УНИВЕРЗИТЕТ У ИСТОЧНОМ САРАЈЕВУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

и

ЕВРОПСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА ЈАВНО ПРАВО

МЕЂУНАРОДНИ САВЕЗ ПРАВНИКА

ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО

СРПСКО УДРУЖЕЊЕ ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

ИНСТИТУТ ЗА КРИМИНОЛОШКА И СОЦИОЛОШКА ИСТРАЖИВАЊА

ЗБОРНИК РАДОВА

„Право између стварања и тумачења“

Том II

COLLECTION OF PAPERS

“Law Between Creation and Interpretation“

Vol. II

XI Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 5. новембра 2022. год. на Палама

УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Источно Сарајево, 2023. год.

UNIVERSITY OF EAST SARAJEVO
FACULTY OF LAW

and

EUROPEAN PUBLIC LAW ORGANIZATION

INTERNATIONAL UNION OF LAWYERS

INSTITUTE FOR COMPARATIVE LAW

SERBIAN ASSOCIATION FOR CRIMINAL LEGAL THEORY AND PRACTICE

INSTITUTE OF CRIMINOLOGICAL & SOCIOLOGICAL RESEARCH

COLLECTION OF PAPERS
"Law Between Creation and Interpretation"
Vol. II

ЗБОРНИК РАДОВА
„Право између стварања и тумачења"
Том II

The XI Scientific Conference on the Occasion of
the Day of the Faculty of Law,
International Scientific Conference,
held in Pale, 5 November 2022.

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

East Sarajevo, 2023

ЗБОРНИК РАДОВА
XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета,
који је у организацији
Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
и суорганизацији
Европске организације за јавно право,
Међународног савеза правника,
Института за упоредно право,
Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, и
Института за криминолошка и социолошка истраживања,
одржан 5. новембра 2022. год. на Палама, на тему:
„ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА“

Издавач
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Алексе Шантића 3, 71420 Пале
тел. 00387 57 226 609 / факс 00387 57 226 892
http://www.pravni.ues.rs.ba / *dekanat@pravni.ues.rs.ba*

За издавача
Проф. др Горан Марковић, декан

Коуредници
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Самир Аличић

Лектор и коректор за српски језик
Проф. др Нина Ћеклић

Лектор и коректор за енглески језик
Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

Техничка припрема
Проф. др Димитрије Ћеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма
Виши асс. Љубана Сладић, ма
Виши асс. Брано Хаџи Стевић, ма

Штампа
Графомарк, Лакташи

Тираж
80 примјерака

Зборник је реферисан у HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS и Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

COLLECTION OF PAPERS
The XI Scientific conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, on the General Topic „Law Between Creation and Interpretation“, which is organized by the Faculty of Law, University of East Sarajevo,
in cooperation with the
European Public Law Organization,
International Union of Lawyers,
Institute for Comparative Law,
Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice,
and the Institute of Criminological & Sociological Research,
on 5 November 2022, in Pale

Publisher
Faculty of Law, University of East Sarajevo
Alekse Šantića Str. 3, 71420 Pale
phone. 00387 57 226 609 / fax 00387 57 226 892
http://www.pravni.ues.rs.ba / *dekanat@pravni.ues.rs.ba*

For the Publisher
Full Professor Goran Marković, dean

Edited by
Associate Professor Dimitrije Ćeranić,
Associate Professor Svjetlana Ivanović,
Associate Professor Radislav Lale,
Full Professor Samir Aličić

Proofreading for the Serbian language
Associate Professor Nina Ćeklić

Proofreading for the English language
Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

Technical preparation
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić
Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević
Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić
Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević

Printing
Grafomark, Laktaši

Circulation
80 copies

COLLECTION OF PAPERS included in base of journals and e-books:
HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS and Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

Зборник радова

ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА

Научни одбор

Проф. др Радомир В. Лукић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, предсједник
Проф. др Миленко Креча, бивши судија Међународног суда правде, судија *ad hoc* Европског суда за људска права, ранији члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда у Хагу
Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Director of the EPLO
Проф. др Дејан Поповић, Правни факултет Универзитета у Београду
Проф. др Зоран Стојановић, Правни факултет Универзитета у Београду
Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Предсједништва Међународног савеза правника, Москва, предсједник Српског удружења за кривичноправу теорију и праксу, предсједник Управног одбора Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд
Проф. др Гордана Илић-Попов, Правни факултет Универзитета у Београду
Проф. др Вид Јакулин, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Словенија
Проф. др Борче Давитковски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Проф. др Елена Геннадиевна Багреева, профессор Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российске Федерацие, член исполкома Международного союза юристов
Проф. др Драган Боланча, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Хрватска
Проф. др Станка Стјепановић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Проф. др Борис Кривокапић, Пословни и правни факултет Универзитета „Унион – Никола Тесла“, Београд, Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, Руска Федерација
Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду
Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици
Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд
Проф. др Јуриј Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија
Проф. др Зоран Лончар, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Др Ивана Стевановић, виши научни сарадник, директор Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду
Проф. др Владимир Ђурић, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд
Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинјиан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary
Assistant Professor Sinem Ogis, Yasar University, Turkey
Assistant Professor Velimir Živković, University of Warwick, UK
Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Postdoctoral Assistant, Human Rights Centre, Ghent University, Belgium

Организациони одбор

Проф. др Горан Марковић, предсједник; Академик проф. др Станко Бејатовић;
Full Professor Spyridon Flogaitis; Проф. др Станка Стјепановић; Проф. др Радомир В. Лукић;
Проф. др Владимир Чоловић; Др Ивана Стевановић; Проф. др Димитрије Ћеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др Сања Савић; Доц. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крешталица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент мр Драгана Дамјановић; Виши асистент мр Мирјана Пупић; Виши асистент мр Тијана Бећовић; Виши асистент Ђорђе Перишић, ма; Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

Коуредници

Проф. др Димитрије Ћеранић; Проф. др Свјетлана Ивановић;
Проф. др Радислав Лале; Проф. др Самир Аличић

Conference Proceedings

LAW BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION

Scientific Committee

Full Professor Radomir V. Lukić, Faculty of Law, University of East Sarajevo, President
Full Professor Milenko Kreća, former judge of the International Court of Justice, *ad hoc* judge of the European Court for Human Rights, former member of the Venice Commission and the Permament Court of Arbitration
Spyridon Flogaitis, University of Athens, Director and President of the Board of Directors of the EPLO
Full Professor Dejan Popović, Faculty of Law, University of Belgrade
Full Professor Zoran Stojanović, Faculty of Law, University of Belgrade
Academician Full Professor Stanko Bejatović, member of the Presidency of the International Union of Lawyers, Moscow, President of the Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade
Full Professor Gordana Ilić-Popov, Faculty of Law, University of Belgrade
Full Professor Vid Jakulin, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia
Full Professor Borče Davitkovski, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia
Full Professor Elena Gennadievna Bagreeva, Professor of the Financial University under the Government of the Russian Federation, Member of the Executive Committee of the International Union of Lawyers
Full Professor Dragan Bolanča, Faculty of Law, University of Split, Croatia
Full Professor Stanka Stjepanović, Faculty of Law, University of East Sarajevo
Full Professor Boris Krivokapić, Faculty of Business and Law, „MB“ University, Belgrade, Law Faculty, Samara National University „S. P. Korolev“, Samara, Russian Federation
Full Professor Vladimir Čolović, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade
Full Professor Velimir Rakočević, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica
Full Professor Darko Simović, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
Full Professor Jurij Toplak, University of Maribor, Slovenia
Full Professor Zoran Lončar, Faculty of Law, University of Novi Sad
Full Professor Goran Marković, Faculty of Law, University of East Sarajevo
Senior Research Fellow Ivana Stevanović, PhD, Director of the Institute of Criminological & Sociological Research, Belgrade
Senior Research Fellow Vladimir Djuric, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade
Associate Professor Dragan Gocevski, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia
Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary
Assistant Professor Sinem Ogis, Yasar University, Turkey
Assistant Professor Velimir Živković, University of Warwick, UK
Assistant Professor Dunja Duić, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Croatia
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Postdoctoral Assistant, Human Rights Centre, Ghent University, Belgium

Organizing Committee

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović; Full Professor Spyridon Flogaitis; Full Professor Stanka Stjepanović; Full Professor Radomir V. Lukić; Full Professor Vladimir Čolović; Ivana Stevanović, PhD; Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Associate Professor Sanja Savić; Assistant Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Sanja Kreštalica; Ninoslava Radić, LL.M; Senior Teaching Assistant Dragana Damjanović, LL.M; Senior Teaching Assistant Mirjana Pupić, LL.M; Senior Teaching Assistant Tijana Baćović, LL.M; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Ćeranić, Associate Professor Svjetlana Ivanović
Associate Professor Radislav Lale, Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Право између стварања и тумачења“, који је одржан 5. новембра 2022. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

Предсједнику Републике Српске,
г. Милораду Додику,

Предсједнику Владе Републике Српске,
г. Радовану Вишковићу,

Адвокатској комори Републике Српске,
предсједнику г. Далибору Мрши

Нотарској комори Републике Српске,
предсједници гђи Слади Ивелић

Министарству за научнотехнолошки развој, високо образовање и информационо друштво Републике Српске

Начелнику Општине Пале,
г. Бошку Југовићу

Начелнику Општине Трново,
г. Драгомиру Гаговићу

Начелнику Општине Рогатица,
г. Милораду Јагодићу

Адвокату из Бијељине,
г. Горану Василићу

Компанији Параграф лекс из Београда

Уз спремност за наставком сарадње на обострану корист и задовољство, а прије свега на ползу свим правним посленицима, уз жељу за унапређењем правног поретка Републике Српске, још једном захваљујемо свим институцијама и појединицма који су нам помогли у припреми и одржавању **XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2022. години био највећи научни скуп у области права на простору бивше Југославије**.
С поштовањем,

ДЕКАН
Проф. др Горан Марковић

Several prominent institutions and individuals provided to us the financial support for the organization of the XI Scientific Conference on the Occassion of the Day of the Faculty of Law on the general topic „Law between Creation and Interpretation“, which was held in Pale on 5 November 2022. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

President of the Republika Srpska,
Mr. Milorad Dodik,

President of the Government of the Republika Srpska,
Mr. Radovan Višković,

Bar Association of the Republika Srpska,
President Mr. Dalibor Mrša,

Notary Chamber of the Republika Srpska,
President Ms. Slada Ivelić,

Ministry for Scientific-Technological Development, Higher Education and Information Society of the Republika Srpska,

Mayor of the Municipality of Pale,
Mr. Boško Jugović,

Mayor of the Municipality of Trnovo,
Mr. Dragomir Gagović,

Mayor of the Municipality of Rogatica,
Mr. Milorad Jagodić,

Attorney,
Mr. Goran Vasilić

Company Paragraf Lex, Belgrade

With the readiness to continue cooperation for mutual benefit and satisfaction, and above all for the benefit of all legal professionals, with the desire to improve the legal order of the Republic of Srpska, we once again thank all the institutions and individuals who helped us in the preparation and holding of the XI Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2022 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences on the territory of the former Yugoslavia in terms of the number of referees, the countries from which they come and the number of published papers.
Sincerely yours,

DEAN
Professor Goran Marković

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том II,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–702.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР XVII

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 1

Проф. др Гордана Станковић
СУД ИЗМЕЂУ ПРИМЕНЕ И СТВАРАЊА ПРАВА.....1

Проф. др Бранко Мораит
КОДИФИКОВАЊЕ ГРАЂАНСКОГ МАТЕРИЈАЛНОГ И ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....16

Проф. др Зоран Пољавић
Судија Ивана Пољавић Сердар
ЗАСТУПАЊЕ ДЕТЕТА У СЛУЧАЈУ ПОСТОЈАЊА СУПРОТНОСТИ ИНТЕРЕСА СА РОДИТЕЉИМА.....39

Проф. др Илија Бабић
ПРЕДАЈА СТВАРИ КУПЦУ У УГОВОРУ О ПРОДАЈИ.....62

Проф. др Станка Стјепановић
ПРАВО РОДИТЕЉА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПРОМЈЕНЕ ПОЛА ДЈЕТЕТА.....82

Проф. др. сци. Драган Боланча
ОДГОВОРНОСТ ПОДУЗЕТНИКА НУКЛЕАРНОГ БРОДА.....101

Проф. др Мирослав Лазић
ИЗБЕГАВАЊЕ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА 115

Проф. др Ранка Рачић
ПРАВО НОТАРА НА НАКНАДУ ТРОШКОВА ПОСТУПКА И НАГРАДУ У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ 134

Проф. др Слободан И. Панов
ТУМАЧЕЊЕ ПРАВНИХ СТАНДАРДА – БЕЗОБАЛНИХ ТЕРМИНА И АКВАРЕЛНИХ ПРАВНИХ НОРМИ 157

УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Проф. др Наташа Стојановић
СОЦИЈАЛНА УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У РУСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ 184

Проф. др. сц. Маја Чолаковић
Проф. др. сц. Марко Беванда
ПРАВНА ЗАШТИТА ДЈЕЦЕ У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ: ДЈЕЦА ИНФЛУЕНСЕРИ (*KIDFLUENCERS*) 205

Prof. dr. Suzana Kraljić
Doc. dr. Katja Drnovšek
Doc. dr Velibor Korać
RAZMERJE MED ZDRAVNIKOM IN PACIENTOM V OKVIRU NEKRIVDNEGA ODŠKODNINSKEGA SISTEMA 232

Проф. др. сц. Борис Крешић
Доц. др. сц. Ервина Халиловић
Ена Моранкић, маг. иур.
ПРАВО ДЈЕТЕТА НА ЛИЧНИ ИДЕНТИТЕТ (МОГУЋНОСТ ПРОМЈЕНЕ ИДЕНТИТЕТА) 250

Проф. др Димитрије Ћеранић
КО ИМА ПРАВО НА НУЖНИ ДИО У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ? 265

Доц. др Тамара Ђурђић-Милошевић
Проф. др Новак Крстић
НЕКА СПОРНА ПИТАЊА КОД ПОКЛОНА ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ 296

Проф. др Анђелија Тасић
СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА ДЕТЕТА НА ОБРАЗОВАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 307

Проф. др. сц. Рамајана Демировић
УСТАНОВА УСВОЈЕЊА У СВЈЕТЛУ ПРАКСЕ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 322

Проф. др. сц. Борјана Миковић
УСВОЈЕЊЕ ДЈЕТЕТА У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ ФЕДЕРАЦИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ – ПОТРЕБА ЗА ИЗМЈЕНАМА ЗАКОНСКИХ ОДРЕДАБА И ПОЛИТИКЕ УСВОЈЕЊА 343

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том II,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–702.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Научни сарадник др Богдана Стјепановић
ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА ВАКЦИНА ПРОТИВ COVID 19 ЗА ШТЕТНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ИЗАЗВАНЕ ВАКЦИНАЦИЈОМ 370

Протосинђел др Јоаким Беженариу
ПРАВО ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ ДА ПОСЕДУЈЕ И УПРАВЉА ДОБРИМА – КАНОНСКЕ ОДРЕДБЕ 400

Виши асистент мр Тијана Баћовић
ОДГОВОРНА ЛИЦА У СЛУЧАЈУ ПОСТОЈАЊА МАТЕРИЈАЛНИХ НЕДОСТАТАКА СТВАРИ У ПРАВУ БиХ 420

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 2

Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник
ДИЛЕМЕ КОЈЕ ПРАТЕ НАЧИНЕ САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА..... 433

Проф. др Игор Камбовски
ПРАВО И ЕЛЕКТРОНСКА ТРГОВИНА – ДА ЛИ НОРМА ПРАТИ И КОНТРОЛИШЕ ТЕХНОЛОГИЈУ И ИНОВАЦИЈЕ?.....452

Проф. др Јелена Ћеранић Перишић, научни саветник
УПОТРЕБА ТУЂЕ ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ У КОНТЕКСТУ УМЕТНИЧКОГ ИЗРАЖАВАЊА – ОСВРТ НА ПРЕДМЕТ *ROGERS V. GRIMALDI* 463

Проф. др. сци. Анита Дураковић
Проф. др. сци. Јасмина Алиходић
МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ У БРАКОРАЗВОДНИМ СПОРОВИМА У ЕУРОПСКОЈ УНИЈИ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....477

Doc. dr. sci. Katja Drnovšek
Prof. dr. sci Suzana Kraljić
PREŽIVLJANJE OTROK – ANALIZA PRIMEROV Z MEDNARODNIM ELEMENTOM 503

Проф. др Луис Хавијер Капоте Перез
СТВАРАЊЕ И ТУМАЧЕЊЕ КОНЦЕПТА КУЛТУРНОГ НАСЛИЈЕЂА У ШПАНСКОМ ПРАВУ 538

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том II,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–702.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Проф. др Бјађо Андо
Проф. др Цинција Валенте
БАЛАНСИРАЊЕ ВЈЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ И ПРИВАТНОСТИ: ПРЕКОГРАНИЧНЕ ПЕРСПЕКТИВЕ 548

Проф. др. сци. Анита Петровић
ПОЈАМ УГОВОРА О ИСПОРУЦИ ДИГИТАЛНОГ САДРЖАЈА ИЛИ ДИГИТАЛНЕ УСЛУГЕ 570

Доц. др Драгана Дамјановић
УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ ОСТАВИОЦА: ДА ЛИ ЈЕ РИЈЕЧ О ПОСЕБНОМ ПОЈМУ УОБИЧАЈЕНОГ БОРАВИШТА? 594

Ива Тошић, истраживач сарадник
Јована Мисаиловић, истраживач сарадник
УСКЛАЂЕНОСТ ПОСЛОВАЊА У ОСИГУРАВАЈУЋИМ ДРУШТВИМА 611

Виши асистент Његослав Јовић, ма
ЗАБРАНА УГОВОРНИХ ОГРАНИЧЕЊА НА ПРОИЗВОДИМА – СЛУЧАЈ *Impression Prods., Inc. v. Lexmark Int'l, Inc.* 626

Виши асистент Ирена Радић, ма
ИСПИТИВАЊЕ МОГУЋНОСТИ ФИНАНСИРАЊА СТЕЧАЈНИХ ПОСТУПАКА У СЛУЧАЈУ НЕДОВОЉНОСТИ ИМОВИНЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА 644

Милена Момчилов, истраживач – приправник
УГОВОР О СЕФУ – ПРОБЛЕМ И ЗНАЧАЈ ОДРЕЂИВАЊА ПРАВНЕ ПРИРОДЕ 663

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА 686

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. II,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–702.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

CONTENTS

FOREWORD XVIII

CIVIL LAW SECTION 1

Full Professor Gordana Stanković, LL.D.
THE COURT BETWEEN THE APPLICATION AND CREATION OF LAW 1

Full Professor Branko Morait, LL.D.
CODIFICATION OF CIVIL SUBSTANTIVE AND CIVIL PROCEDURAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 16

Full Professor Zoran Ponjavić, LL.D.
Judge Ivana Ponjavić Serdar, LL.B.
ON REPRESENTING CHILDREN IN SITUATIONS WHERE PARENTS MAY HAVE ADVERSE INTEREST 39

Full Professor Ilija Babić, LL.D.
DELIVERY OF THE GOODS IN A SALES CONTRACT 62

Full Professor Stanka Stjepanović, LL.D.
THE RIGHTS OF PARENTS TO DAMAGES ARISING FROM SEX CHANGE OF THEIR CHILDREN 82

Full Professor Dragan Bolanča, LL.D.
THE LIABILITY OF NUCLEAR SHIP OPERATOR 101

Full Professor Miroslav Lazić, LL.D.
AVOIDING THE RIGHT OF FIRST REFUSAL IN THE SALES OF AGRICULTURAL LAND 115

Full Professor Ranka Račić, LL.D.
RIGHT OF NOTARY TO COMPENSATION FOR PROCEDURE COSTS AND AWARD IN PROBATE PROCEEDINGS 134

Full Professor Slobodan I. Panov, LL.D.
ON INTERPRETATION OF LEGAL STANDARDS – BOUNDLESS LEGAL TERMS AND FLUID LEGAL NORMS 157

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Full Professor Nataša Stojanović, LL.D.
SOCIAL ROLE OF THE INSTITUTE OF SUCCESSION IN RUSSIAN AND SERBIAN LAW 184

Full Professor Maja Čolaković, LL.D.
Full Professor Marko Bevanda, LL.D.
LEGAL PROTECTION OF CHILDREN IN THE DIGITAL ENVIRONMENT: CHILDREN INFLUENCERS (KIDFLUENCERS) 205

Associate Professor Suzana Kraljić, LL.D.
Assistant Professor Katja Drnovšek, LL.D.
Assistant Professor Velibor Korać, LL.D.
RELATIONSHIP BETWEEN A DOCTOR AND PATIENT IN THE CONTEXT OF NO-FAULT LIABILITY 232

Associate Professor Boris Krešić, LL.D.
Assistant Professor Ervina Halilović, LL.D.
Ena Morankić, LL.M., PhD student
THE RIGHT OF A CHILD TO PERSONAL IDENTITY (THE POSSIBILITY OF CHANGING IDENTITY) 250

Associate Professor Dimitrije Ćeranić, LL.D.
WHO IS ENTITLED TO THE RESERVED SHARE IN INHERITANCE LAW OF REPUBLIC OF SRPSKA 265

Assistant professor Tamara Đurđić-Milošević, LL.D.
Associate Professor Novak Krstić, LL.D.
SOME CONTENTIOUS ISSUES CONCERNING GIFT IN CONTEMPLATION OF DEATH 296

Associate Professor Anđelija Tasić, LL.D.
EXERCISE AND PROTECTION OF THE RIGHT OF THE CHILD TO EDUCATION IN REPUBLIC OF SERBIA 307

Associate Professor Ramajana Demirović, LL.D.
ADOPTION OF CHILDREN IN THE LIGHT OF THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA ... 322

Associate Professor Borjana Miković, LL.D.
ADOPTION OF CHILDREN IN THE FAMILY LAW OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA–THE NEED FOR AMENDMENTS TO THE LEGAL PROVISIONS AND ADOPTION POLICY 343

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Research-associate Bogdana Stjepanović, LL.D.
EXEMPTION FROM CIVIL LIABILITY OF THE MANUFACTURER OF THE VACCINE AGAINST COVID-19 FOR HARMFUL CONSEQUENCES CAUSED BY THE VACCINATION 370

Protosinghel Joachim Bejenariu, LL.D.
THE RIGHT OF ORTHODOX CHURCH TO OWN AND USE PROPERTY– CANONICAL PROVISIONS 400

Senior Assistant Tijana Baćović, LL.M.
RESPONSIBLE PARTIES IN CASE OF DEFECTS OF GOODS IN THE LAW OF BIH 420

CIVIL LAW SECTION 2

Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.
DILEMMAS ARISING FROM THE WAYS OF FINDING OUT ABOUT AND APPLYING FOREIGN LAW 433

Full Professor Igor Kambovski, LL.D.
LAW AND ELECTRONIC COMMERCE: DOES THE NORM KEEP UP WITH AND CONTROL TECHNOLOGY AND INNOVATION? 452

Associate Professor, Principal Research Fellow Jelena Ćeranić Perišić, LL.D.
THE USE OF THIRD-PARTY TRADEMARKS IN THE CONTEXT OF ARTISTIC EXPRESSION – REVIEW OF THE *ROGERS V. GRIMALDI* CASE 463

Associate Professor Anita Duraković, LL.D.
Full Professor Jasmina Alihodžić, LL.D.
INTERNATIONAL JURISDICTION IN DIVORCE DISPUTES IN THE EUROPEAN UNION AND BOSNIA AND HERZEGOVINA 477

Assistant Professor Katja Drnovšek, LL.D.
Full Professor Suzana Kraljić, LL.D.
MAINTAINING CHILDREN – THE ANALYSIS OF CASE LAW WITH INTERNATIONAL DIMENSIONS 503

Professor Luis-Javier Capote-Pérez, LL.D.
CREATION AND INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF CULTURAL HERITAGE IN THE SPANISH LAW 538

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. II,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–702.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-74-7

Associate Professor Biagio Andò, LL.D.
Senior Assistant Professor Cinzia Valente, LL.D.
BALANCING AI AND PRIVACY: CROSS-BORDER PERSPECTIVES 548

Associate Professor Anita Petrović, LL.D.
THE NOTION OF THE CONTRACT FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT OR DIGITAL SERVICES 570

Assistant Professor Dragana Damjanović, LL.D.
HABITUAL RESIDENCE OF THE DECEASED: IS THIS A SPECIAL NOTION OF HABITUAL RESIDENCE? 594

Research Assistant Iva Tošić, LL.D.
Research Assistant Jovana Misailović, LL.M.
COMPLIANCE FUNCTION IN INSURANCE UNDERTAKINGS 611

Senior Teaching Assistant Njegoslav Jović, LL.M.
PROHIBITION OF CONTRACTUAL LIMITATIONS ON PRODUCTS - THE CASE OF IMPRESSION PRODS., INC. C. LEXMARK INT'L, INC. 626

Senior Teaching Assistent Irena Radić, LL.M.
DELVING INTO THE POSSIBILITIES OF FUNDING THE INSOLVENCIES OF ASSETLESS ESTATES 644

Junior Research Assistant Milena Momčilov, LL.M.
SAFE DEPOSIT BOX CONTRACT – PROBLEMS AND IMPORTANCE OF DETERMINING ITS LEGAL NATURE 663

LIST OF REVIEWERS 695

П Р Е Д Г О В О Р

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, који је резултат научног скупа који је по једанаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан новембра 2022. године, 179 аутора и коаутора из 20 држава (Русија, Грчка, Италија, Мађарска, Шпанија, Француска, Уједињено Краљевство, Бугарска, Румунија, Белгија, Финска, Мексико, Колумбија, Перу, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ) саопштили су 151 реферат на српском, руском, енглеском, италијанском, односно матерњим језицима учесника.

Саорганизатори научног скупа били су Међународни савез правника (*International Union of Lawyers*), Европска организација за јавно право (*European Public Law Organization*), Институт за упоредно право, Институт за криминолошка и социолошка истраживања и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

У зборнику су на преко 2000 страница у четири тома објављена 102 рада од 126 аутора и коаутора из 15 држава (Русија, Италија, Мађарска, Шпанија, Француска, Бугарска, Румунија, Мексико, Перу, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ). Трећина радова објављена је на свјетским језицима (енглески, руски и италијански).

Научни скуп који се одржава поводом Дана Правног факултета категорисан је и класификован од стране Министарства за научнотехнолошки развој, високо образовање и информационо друштво Републике Српске као међународни научни скуп од посебног значаја прве категорије, чиме је постао један од три најбоље класификована и категорисана научна скупа из свих научних области.

Аутори су се бавили разноврсним питањима правне теорије и праксе, из свих правних научних дисциплина. Њихов циљ био је да самостално и критички анализирају правна начела и институте, да подвргну критици правне теорије и позитивно право и да дају научни допринос развоју правне теорије и усавршавању правних система. Мултиметодолошки приступ, који краси не само зборник у цјелини, него и појединачне радове, омогућио је да научна анализа буде свестрана и богата, а постигнути научни резултати значајни за унапређење правних наука.

Вјерујемо да ће посленици правних наука наћи довољно добрих научних анализа, интригантних ставова и полазишта за нове научне анализе. Надамо се и да ће носиоци јавних функција и правници практичари наћи одговоре на бројна питања која су им се јављала у политичкој и правној пракси, те да ће ови одговори постати основ за промишљање и усвајање нових позитивноправних рјешења.

На тај начин, овај зборник ће испунити своју сврху. Он ће представљати допринос развоју правних наука, и то у тешким друштвеним и политичким приликама, у којима се пред посленицима правних наука јављају бројни изазови и тешко рјешива теоријска и практична питања.

У Палама, октобра 2023. године

Уредници Зборника радова
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Самир Аличић

FOREWORD

We are honoured to present the Collection of Papers "The Law between Creation and Interpretation", which is the result of the Scientific Conference held for the eleventh time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the Conference held in November 2022, 179 authors and co-authors from 20 countries (Russia, Greece, Italy, Hungary, Spain, France, United Kingdom, Bulgaria, Romania, Belgium, Finland, Mexico, Colombia, Peru, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina) presented 151 papers in the Serbian, Russian, English, Italian, or the native languages of the participants.

The co-organizers of the Scientific Conference were the International Union of Lawyers, the European Public Law Organization, the Institute for Comparative Law, the Institute for Criminological and Sociological Research, and the Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice.

The Collection of Papers contains over 2,000 pages in four volumes with 102 papers by 126 authors and co-authors from 15 countries (Russia, Italy, Hungary, Spain, France, Bulgaria, Romania, Mexico, Peru, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro, and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republic of Srpska and the Federation of BiH). A third of the works was published in the world languages (English, Russian, and Italian).

The Scientific Conference that was held on the occasion of the Day of the Faculty of Law was categorized and classified by the Ministry of Scientific and Technological Development, Higher Education and Information Society of the Republic of Srpska as an international scientific conference of special importance of the first category, which made it one of the three best classified and categorized scientific conferences in all scientific fields.

The authors dealt with various issues of legal theory and practice, from all legal scientific disciplines. Their goal was to independently and critically analyze legal principles and institutes, to critically examine the legal theory and the positive law, and to make a scientific contribution to the development of legal theory and the improvements of legal systems. The multi-methodological approach, which characterizes the Collection of Papers as a whole as well as the individual works, made it possible for the scientific analysis to be versatile and rich, and the achieved scientific results to be significant for the improvement of the legal sciences.

We believe that the theorists in the field of legal sciences will get far-reaching scientific analyses, intriguing attitudes and starting points for new scientific analyses. We also hope that the public office holders and legal practitioners will find answers to numerous questions that have arisen in their political and legal practice, and that these answers will become the basis for reflection and adoption of new positive legal solutions.

In this way, this Collection will fulfill its purpose. It will represent a contribution to the development of the legal sciences in the difficult social and political circumstances which cause numerous challenges to all those who try to solve the theoretical and practical issues which arise in the theory and practice.

In Pale, October 2023

Editors-in-Chief
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Associate Professor Radislav Lale
Full Professor Samir Aličić

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 1 /
CIVIL LAW SECTION 1

УДК/UDC 342.5
342.531.43
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Гордана Станковић

Правни факултет Универзитета у Нишу

СУД ИЗМЕЂУ ПРИМЕНЕ И СТВАРАЊА ПРАВА

У раду се анализира однос законодавне и судске власти према принципу поделе власти и улога суда у поступку за пружање грађанскоправне заштите.

Суд је у вршењу судске функције дужан да поступа по процесним правилима које је прописала законодавна власт и да суди на основу правила материјалног права. Иако подела власти имплицира да суд не може да ствара опште правне норме уместо законодавца, он се налази у улози неке врсте подзаконодавца кад ближе одређује смисао закона, кад попуњава правне празнине, кад тумачи правне стандарде, кад својим критеријумима оцењује конкретне ситуације. Принцип поделе власти не стоји судији на путу да тумачењем фактички ствара ново право које се разликује од оног које је створио законодавац, да постојећа правила модификује или да паралише вољу законодавца или да се чак уздигне и изнад законодавне власти и својом интерпретацијом повреди закон без обзира на то што се у том случају ради о злоупотреби власти.

Тумачење права у поступку његове примене и као услов за његову примену ствара два проблема – исправност тумачења и једнообразност у тумачењу у интересу једнакости пред законом и правне сигурности. Проблем исправности тумачења законодавац је покушао да реши не само кроз могућност аутентичног тумачења закона, већ и појединим инструментима у домену организационог и процесног права. Проблем једнообразности у интерпретацији права решава се у оквирима судског система на плану уједначавања судске праксе у оквиру правних лекова, у поступку за решавање спорног правног питања у парничном поступку и кроз активност судова у заузимању правних схватања.

Кључне речи: Подела власти; Законодавна и судска власт; Примена права; Тумачење права; Уједначавање судске праксе.

Гордана Станковић, *gordanastankovic10@gmail.com*.

*

* *

1. Законодавац, према принципу поделе власти,[1] доношењем општих правних норми које имају универзално важење ствара правни оквир у коме суд треба да врши судску функцију применом права, да би се оно остварило у фактичким животним односима, и заштитио пројектовани правни поредак. Осим тога, да би обезбедио коректну примену права и остваривање принципа законитости, једнакости и правне сигурности, законодавац предвиђа и организује и систем контроле законитости судских одлука,[2] нормира и уређује систем правних лекова и прописује процесне санкције за случај да су појединачни правни акти незаконити.[3]

2. И док законодавац, према уставном принципу о подели власти, ствара право и креира нормативни поредак, суд треба да примењује право и, у процесу примене права, не може да ствара опште правне норме.[4] Кад постоји повод и потреба за пружањем правне заштите, суд интервенише, по правилу, на тражење странке својом одлуком тамо где треба успоставити нарушену законитост у правном поретку. Суд је у вршењу судске функције дужан да поступа по процесним правилима која је прописала законодавна власт и да суди на основу правила материјалног права. Судском одлуком којом се пружа правна заштита примењују се и конкретизују опште правне норме које важе и ван случаја ради кога су донесене, стварају појединачне правне норме које извиру из опште правне норме и које своје правно дејство изазивају у фактичким животним односима, и успоставља нарушени правни поредак јер изречена појединачна правна норма има снагу закона за њене адресате.[5] Пружањем правне заштите суд остварује право у фактичким животним односима и штити правни поредак који је пројектовао законодавац.

---

[1] Одредба члана 4 Устава Републике Србије – УС (2006), *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Амандмани I-XXIX и 16/22.

[2] Према одредби чл. 142, ст. 4 УС (2006), судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку, као и Уставни суд у поступку по уставној жалби.

[3] Посебан вид надзора и контроле судских одлука у погледу заштите људских права врши Уставни суд у поступку по уставној жалби чије одлуке имају обавезно дејство.

[4] „*Lex de future, iudex de praeterito*“ (Закон говори о будућности, а судија о ономе што је било), говорили су стари Римљани.

[5] „Као што је законодавац метар општег правила. тако је и судија законодавац за поједине случајеве“, писао је Ж. Спасојевић, „О јуриспруденцији“, *Архив*, јули 1912, одн. Архив 3/93, 5.

3. Законодавна власт, у границама својих уставних овлашћења, доношењем закона као средства политичког усмеравања,[6] који имају одређену друштвену сврху,[7] ствара опште правне норме које имају универзално важење. Она се не бави решавањем конкретних случајева, нити норме које је сама створила сама примењује. Према принципу поделе власти, законодавна власт нема право да правна правила која је сама створила спроводи непосредно, да их примењује на конкретне случајеве и тако извршава.

Суд је дужан да у вршењу судске функције поступа по правилима која прописује законодавна власт и да их спроводи и извршава. Суд је, као државни правосудни орган,[8] овлашћен да доноси само појединачне норме одлуком којом суд пружа правну заштиту у конкретном случају, и зато појединачна (или индивидуална[9]) правна норма коју је створио судија, извире из опште правне норме.[10] Због тога је суд, као специјализовани орган за пружање правне заштите, главни орган који ствара, а не само примењује право у поступку грађанскоправне заштите доношењем појединачних норми које треба своје правно дејство да изазову у фактичким животним односима.[11]

Појединачна норма коју суд доноси и изриче и која уређује један конкретан животни однос, према слову Устава,[12] није општи извор права.[13] Пошто се призната права лица, која се у судском поступку остварују и штите, заснивају на уставу и закону, суд у вршењу судске функције, у складу са принципом законитости, може само да приме-

---

[6] „Парламент није служба за обавештавање већ централни орган за друштвено усмеравање“ – писао је Алф Рос, А. Рос, *Право и правда,* CID, Подгорица 1996, 31.

[7] *Ibid.*, 168.

[8] Поред државних судова, судску функцију изузетно могу да врше и недржавни судови под условима који су предвиђени законом.

[9] Норма је индивидуална јер се односи на поједини случај и у њој су именована лица на која се она односи. Вид. Р. Д. Лукић, *Увод у право*, друго прерађено издање, Службени гласник, Београд 2022, 151.

[10] Вид. Т. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд 1923, 187.

[11] У том слислу и Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 190.

[12] Према одредби чл. 144 Устава Републике Србије (2006 – Амандмани I-XXIX), судија суди на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона, општеприхваћених правила међународног права и других општих аката, донетих у складу са законом.

[13] И у традиционалним цивилним континенталним правним системима судска одлука није извор права, иако у њима важи ратификована Европска конвенција за заштиту људских права и слобода и примењује се мешовити систем грађанског и прецедентног права с обзиром на то да судска пракса Европског суда права, којом се тумачи текст Европске конвенције, као обавезујући преседан, има снагу националних императивних правних норми.

њује закон на поједине конкретне случајеве, те се његова улога тада своди на примену закона (националних или ратификованих међународних правних аката) и других општих аката или на примену опште прихваћених правила међународног права. Примена права претпоставља правно тумачење, које као логичка мисаона операција садржи и извесне елементе самосталности и елементе стварања, те у том случају судија тумачењем помаже већ постојећој правној норми да уђе у живот и да се оствари у фактичким животним односима.[14]

4. Судска власт коју врше судије у поступку за пружање правне заштите поступа друкчије у односу на законодавну власт. Законодавна власт дејствује самоиницијативно и доноси одлуке од општег интереса и општег карактера. Судска власт поступа искључиво у правним стварима из свог делокруга и састоји се у примени и интерпретацији права. Законе који долазе у атрибуцију суда он тумачи и примењује у конкретном, а не у начелном и општем облику. Суд одлуком коју доноси у поступку за пружање правне заштите разрађује и конкретизује законске норме с обзиром на конкретан случај који регулише конкретни правни однос и подешава их према околностима конкретног случаја и тако омогућава да законска правна норма продре у друштвени живот.[15] Суд је у вршењу судске фуннкције неактиван изван случајева које решава. Његова интерпретација права у вршењу судске функције има обавезну снагу само у оној правној ствари у којој се та судска власт ангажовала, по правилу, на иницијативу и захтев странке и интервенисала ради успостављања евентуално нарушене законитости уколико је била основано затражена правна заштита. Између законодавне и судске власти постоји разлика, како је својевремено примећивао проф. Живојин Перић[16] у *modus*-у *procedendi,* а која потиче из начела поделе власти које служи као темељ државној организацији.

5. Принцип поделе власти, међутим, нипошто не значи да судови не могу сарађивати са законодавцем у елаборацији правног поретка. Подела власти имплицира да судови у вршењу судске функције приликом пружања правне заштите не могу стварати опште правне норме уместо законодавца. У вршењу судске функције, судија се налази у улози неке врсте подзаконодавца кад интерпретацијом ближе одређу-

[14] „Судија није аутомат који правила са папира плус чињенице механички претвара у одлуке“ писао је А. Рос, 164.

[15] У том смислу, Р. Д. Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд 1992, 427.

[16] Вид. Ж. Перић, „О улози судске власти по српском законодавству“ (Предговор), Гојко Никетић, *Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама Одељења и Опште седнице Касационог суда*, Београд 1903, XI.

је смисао закона,[17] кад попуњава правне празнине,[18] кад тумачи правне стандарде или кад има могућност да у извесној мери својим критеријима оцењује конкретне ситуације.

Попуњавањем правних празнина суд посебном техником интерпретације законских правила или ограничава поље примене појединог законског правила или допуњава закон стварањем и изграђивањем нових правних правила и тако „обогаћује закон сагласно духу права“.[19] Појединачна норма створена попуњавањем правне празнине, као самостална правна норма, не представља извор права јер не предствља општу правну норму, иако може евентуално да буде узор приликом пружања правне заштите у сличним правним ситуацијама или повод за формирање обичаја.

Примена правних стандарда приликом одлучивања пружа суду велики маневарски простор за индивидуализацију случајева, за разлику од ситуације кад треба да примени круто правно правило јер их законодавац није формулисао на апсолутан начин и прецизно им одредио садржину. Садржина правних стандарда зависи од околности, времена и простора што омогућава суду да приликом примене правног стандарда створи нове или да протумачи постојеће правне норме на нов начин или да им практично сузи или промени домашај.[20]

С обзиром на то да утврђени чињенични супстрат у поступку правне заштите никад није потпуно исти, суд приликом одлучивања прилагођава постојећу правну норму конкретном случају. Осим тога, уколико је један закон у дужем временском периоду у примени, због промењених друштвених околности, суд је у ситуацији да тумачењем прилагођава правну норму новим потребама живота.

Законодавац тзв. еластичним прописима оставља могућност и слободу суду да у конкретном случају пружања правне заштите у извесној мери својим критеријима оцењује конкретне ситуације и да поступи на начин који сам изабере, иако се суд приликом примене

[17] „Тумач може разумети закон боље него што су га разумели његови творци.“ Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд 1980, 142.

[18] Познато је да је у одредби члана 1 швајцарског Грађанског законика изричито прописано да се у случају законских правних празнина, кад недостаје примењива законска одредба или норма обичајног права, примењује правило које би судија сам установио кад би вршио законодавну власт.

[19] Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд 1983, 143.

[20] Несумњиво је да примена правних стандарда омогућава реинтерпретацију права у складу са захтевима времена и промењеним околностима.

правне норме и даље креће у оквирима који су постављени законом и спроводи вољу законодавца.[21]

6. Принцип поделе власти не стоји судији на путу да тумачењем фактички ствара право које се разликује од оног које је створио законодавац, да постојећа правила модификује или да паралише вољу законодавца. Осим тога, суд, упркос принципу о подели власти, може да се фактички уздигне и изнад законодавне власти кад својом интерпретацијом повреди закон, без обзира на то што се у том случају ради о злоупотреби власти.[22]

7. Као продукт вршења судске функције настаје судска пракса непрестаним доношењем и нагомилавањем судских одлука донетих у појединим правним стварима. Судску праксу чине различите и разноврсне појединачне правне норме које суд, применом апстрактне правне норме силогистичком операцијом у процесу одлучивања, ствара и изриче.[23] Судска пракса, као начин на који судови интерпретирају правна правила, представља трајно и стално тумачење општих правних правила које се врши у процесу примене права. Она је колективна творевина плејаде правника која настаје у њиховој свакодневној професионалној активности као резултат њиховог стручног креативног напора, знања и искуства.

Од тренутка кад је успостављен монопол државног законодавства захваљујући принципу поделе власти, судска пракса је постала подређена закону. Законском регламентацијом сам законодавац је одредио границе и размеру нормативног дејства судске праксе.[24] Она није извор права у националном правном систему.

8. Тумачење права у поступку његове примене и као услов за његову примену изазива и ствара два проблема – исправност тумачења и једнообразност у тумачењу.

Основни задатак праксе је да закон примени са свим његовим манама (*dura lex, sed lex,* односно *non de legibus, sed secundum leges*

---

[21] О томе вид. Г. Станковић, *Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право,* девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд 2013, 249; Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2023, 232.

[22] Ж. Перић, XXII.

[23] Детаљно о томе вид. О. Станковић, „О судској пракси“, *Анали*, бр. 1–2/77, 203; О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, књ. I, Београд 1992, 63; О. Станковић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том III, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, 225; *Лексикон грађанског права* (ур. О. Станковић), Номос, Београд 1996, 702.

[24] О системима законодавног регулисања судске праксе детаљно вид. Т. Тарановски, 483.

iudicandum),[25] али да га у процесу примене, по могућности, прилагоди не само околностима конкретног случаја него и захтевима времена који се постављају пред закон.

Исправност тумачења и извесност у том погледу постоји у погледу претежне већине законских правних правила. Међутим, поједини законски прописи садрже такве правне термине да ни правни експерти не могу често да се сложе о њиховом правом значењу. Због разлика у схватању смисла правне норме јављају се и противречна тумачења, Сва она, и поред тога што претендују да буду исправна, то ипак не могу да буду, и због тога она изазивају колебање и неизвесност у судској пракси.

Проблем исправности тумачења сам законодавац је имао у виду и сам проблем је покушао да реши на неколико начина. Пре свега, предвидео је могућност аутентичног тумачења. Осим тога, у домену судског организационог и процесног права предвидео је неке инструменте који могу да обезбеде исправност тумачења уопште. Тако, нпр. прописи о судовима предвиђају[26] да Врховни суд разматра питања која се односе на примену закона,[27] да утврђује правна схватања, да одређени организациони облици у суду, као што су судска одељења разматрају правна питања[28] или да одељење судске праксе, које проучава и прати судску праксу суда и међународног судског органа, обавештава судију, судијског помоћника и судијског приправника о правном схватању суда.[29]

Проблем исправности тумачења на процесном плану, законодавац је решио тиме што је предвидео, с једне стране, поступак за решавање спорног правног питања[30] које се поставља у току поступка пред нижестепеним судовима у већем броју предмета,[31] а с друге, одређена

[25] „Не треба судити о законима, већ по законима.“

[26] Правила судског организационог права садржала су раније одредбе по којима су инструменти за уједначавање судске праксе била овлашћења председника непосредно вишег суда да тражи од судова на свом подручју податке и обавештења која су му потребна ради праћења и проучавања судске праксе или примене закона, или је виши привредни суд имао овлашћење да даје упутства привредним судовима ради проучавања и уједначавања судске праксе или да републички врховни суд доноси упутства о начину праћења, проучавања и евидентирања судске праксе.

[27] Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, број 10/23, чл. 32, ст. 3.

[28] Закон о уређењу судова, чл. 39

[29] Закон о уређењу судова, чл. 40

[30] ЗПП (2011), чл. 180, 185.

[31] Поступак за решавање спорног правног питања представља процесни инструмент који омогућава Врховном суду да заузме правно схватање о спорном правном питању у току поступка пред нижестепеним судовима у већем броју предмета и да на тај наачин обезбеди једнакост странака и правну сигурност. О томе вид. Г. Станко-

процесна овлашћења или одређене процесне дужности процесних субјеката. Странке су овлашћене да кроз своја правна разлагања[32] упознају суд са сопственом интерпретацијом која судији може да послужи као инспирација у тумачењу. Судија је дужан да своју одлуку образложи тако да контролу његове интерпретације могу да врше странке, инстанциони суд, доктрина и јавно мњење. Странке имају право да скоро неограничено изјављују правни лек због материјалноправне неисправности одлуке и да указују да је суд погрешно применио материјално право и да је у питању интерпретациона грешка.[33] Инстанциони суд по службеној дужности пази на правилну примену материјалног права, те интерпретациона грешка представља разлог који он санкционише у поступку по правном леку коришћењем својих касаторних или реформаторних овлашћења.

И Уставни суд има овлашћење да врши контролу интерпретације и правног схватања које је заузео суд у одлуци и овлашћење да касира судске одлуке, као и одлуку Врховног суда, по уставној жалби, уколико су судском одлуком повређена људска и мањинска права гарантована Уставом и међународним правним актима, тако да његове одлуке имају обавезно правно дејство.

9. Проблем једнообразности у примени права пред судовима опште и посебне надлежности решава се на плану уједначавања судске праксе. „За примену прописа од несумњивог су значаја ставови судске праксе о садржини правних правила и о претпоставкама за њихову примену. Једнообразност у интерпретацији права, а самим тим и у пресуђењу, обезбеђује остварење принципа правне сигурности.“[34] Једнообразност судске праксе у истим спорним правним стварима, као последица јединствености правног поретка и формалне једнакости пред законом, представља један од битних елемената правичног поступања и правичног суђења и израз стабилности правног поретка.[35]

вић, *Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачење и стварни регистар*, шеснаесто издање, Службени гласник, Београд 2022, 75.

[32] Г. Станковић, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд 2018, 333.

[33] Станковић, Боранијашевић, 512.

[34] Правна сигурност – посао је Sauer – је стање не само учинковитости права него и извесности, да се право на један одређени начин примењује. Тада се противнику омогућава, да своје делање подеси не само за тренутак него и за сву будућност; он прорачунава будућност и садржину државних аката“ – W. Sauer, *Grundlagen*. II, 425, цитирано према Ч. Марковићу, *Грађанско право*, књ. I, Београд 1928, 134.

[35] Тако Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 192.

Потреба за уједначавањем судске праксе редовно се јавља на почетку примене сваког новог закона. Сваки нови закон доноси нове дилеме које се редовно јављају кад је закон непотпун, непрецизан, кад изостане неопходна и пажљива стручна редакција. Скоро по правилу, наши закони су непотпуни или неправилно стручно редиговани тако да њихова примена, због колебања, лутања, несналажења, одређене инертности и несигурности, још у самом старту изискује потребу за уједначавањем у примени. Томе доприносе и честе измене и допуне појединих закона[36] које често дестабилизују судство.

Потреба за уједначавањем судске праксе јавља се редовно и као последица дуготрајне примене једног закона који више не одговара стварности јер је превазиђен. Потреба за уједначавањем судске праксе у нашем праву јавља се не само као последица постојања многобројних некодификованих области и примене појединих правних правила из аброгираних закона,[37] већ и као последица дугогодишње неусклађености појединих закона са уставним одребама.

Једнообразност у тумачењу кроз уједначавање судске праксе остварује се, између осталог, кроз организацију судског система, расподелу стварне надлежности, организацију правних лекова, кроз посебну ревизију као ванредни правни лек и разлоге за њено изјављивање, кроз рад судских одељења,[38] кроз рад одељења судске праксе, кроз овлашћења највишег суда посебне надлежности да утврђује правни став ради јединствене примене закона из његове надлежности,[39] кроз овлашћења Врховног суда као највишег суда да утврђује правна схватања,[40] кроз разне облике саветовања судија, кроз објављивање судских одлука[41] и публиковање судске праксе.

---

[36] О томе детаљно вид. Д. Бољевић, „Уједначавање судске праксе – између правне сигурности и судијске независности“, *Уједначавање судске праксе – Однос између правне сигурности и судијске независности*, Друштво судија Србије, Београд 2015, 18.

[37] На пример, уговор о ортаклуку или уговор о поклону.

[38] Према одредбама Закона о уређењу судова, на седницама одељења разматрају се правна питања (одредба чл. 38), док се седница одељења Врховног суда сазива ако између појединих већа настане несагласност у примени прописа или ако једно веће одступи од правног схватања прихваћеног у својој пракси или од правног схватања које су прихватила сва већа. Правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења и објављује се на интернет страници Врховног суда.

[39] Одредба чл. 28 Закона о уређењу судова. Адвокатска комора Србије је у свом обраћању Венецијанској комисији актом од 13. децембра 2021. сматрала да је оваквом формулацијом предвиђена „прилично неодређена дужност“ највише судске инстанце.

[40] Правно схватање је правно становиште о спорном правном питању у судској пракси или о питању које је од значаја за јединствену примену закона у интересу јед-

Организација судског система по принципу нижих и виших судова омогућава да се као орган контроле законитости одлука редовно јавља суд вишег степена, а сам систем правних лекова и разлози због којих се они могу изјављивати, омогућавају да инстанциони судови пазе и на једнообразну примену закона у сличним случајевима и да утичу на формирање одређене судске праксе.[42]

Врховни суд, као највиши суд у судској пирамиди, има овлашћење и задатак да уједначаава судску праксу у поступку за решавање спорног правног питања, доношењем и усвајањем правних схватања на тражење својих већа, кад одељење суда констатује да се постојеће законске празнине у пракси различито тумаче или попуњавају, или на тражење судова нижег степена у случају тзв. репетитивних парница.

10. Врховни суд, као највиша судска институција има овлашћење да у облику правних схватања тумачи законе чија примена спада у судску надлежност уколико уочи да постоји неуједначена примена права између појединих већа или ако једно веће одступи од правног схватања које је прихваћено у пракси суда или од правног схватања која су прихватила сва већа или кад постоје изражене разлике у судској пракси на које се указује у посебној ревизији.

Уколико се уочи да у пракси долази до неједнаке примене закона, Врховни суд, као највиши суд, има задатак и дужност да заузима правна схватања, ставове и закључке.[43] Заузимањем правног схватања Врховни суд одлучује како се има разумети и применити одређена правна норма. Утврђивање правних схватања представља креирање опште правне норме и када у законском тексту не постоји било каква

наке правне заштите, права на правичан поступак и права на правично суђење и правне сигурности које заузима Врховни суд.

[41] Објављивање одлука Врховног суда на сајту из чијег образложења може да се види њихов чињенични супстрат, правна подлога и начин примене и интерпретације права, представља посебан инструмент који доприноси уједначавању судске праксе који може да утиче на нижестепене судове да поступају у складу са праксом и интерпретацијом највишег суда због уверљивости и исправности у примени права.

[42] Организација правосудног система код нас, законодавна расподела стварне и инстанционе надлежности, а самим тим и организација правних лекова, ипак не омогућава да се систематски прати пракса основних судова нити обезбеђује у довољној мери уједначавање судске праксе у низу правних ствари. То се, уосталом, најбоље види на примеру поступка у парницама о споровима мале вредности, посебно због вредносног лимита као критеријума за примену овог посебног парничног поступка, као и у ванпарничним и извршним правним стварима.

[43] Према ранијим законским решењима која су важила у другој југословенској држави, поред начелних правних схватања постојали су и начелни правни ставови. О томе вид. Г. Станковић, „Начелна правна схватања,“ *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш 1994–1995, 5.

норма или кад нема одговарајуће норме.[44] Формулисањем правног схватања Врховни суд формулише правни став који у закону није изричито формулисан у виду опште правне норме али који у њему латентно постоји. Врховни суд има право да у форми правног схватања доноси опште норме и да тако изађе из домена своје функције и уђе у домен законодавца. Утврђивање правних схватања не спада у примену права, нити у вршење судске функције.

Посебан проблем који настаје у пракси постоји када у законском тексту законодавац није понудио било какво решење за једну ситуацију, кад потреба за попуњавањем законске празнине никако не долази на дневни ред парламента, кад судија који треба да одлучи треба да открије намеру законодавца да би сам креирао правно правило које треба да примени.

Утврђивањем правних схватања тумачи се и ствара право под велом интерпретације јер тада улога судије и законодавна улога задиру једна у другу.[45] Утврђивање и заузимање правних ставова и правних схватања представља акт развоја права.

11. Правна схватања Врховног суда утврђује и доноси Општа седница највишег суда, као најшири састав у коме суд врши своју функцију органа судске власти. Она се формулишу, формирају, утврђују и доносе по посебном поступку и имају начелан и општи карактер. Правна схватања не заузима, нити утврђује појединo судско веће приликом одлучивања у конкретној правној ствари.

Правна схватања формулишу на апстрактан и генералан начин значење извесне правне норме,[46] као упутство и основ за решавање свих будућих истоветних случајева пред судовима истог или нижег ранга. Она су, уствари, одлуке – принципи[47] и она треба да послуже као идеје водиље приликом решавања конкретних случајева. Правно схватање које је утврдио највиши суд представља формулисано апстрактно правно питање као његово правно мишљење којим се утиче на сазнање и тумачење правне норме, а не на његову конкретну примену у поступку за пружање правне заштите.

---

[44] Таква ситуација је на пример била у време кад је доднет први Закон о рехабилитацији, *Службени гласник РС*, бр. 33/06, у чијим одредбама није била предвиђена природа овог поступка. Врховни суд је тада својим тумачењем заменио законодавца и утврдио да је поступак за рехабилитацију по својој правној природи ванпарнични поступак јер се уз садејтво суда отклањају правне последице неосноване осуде одређених лица.

[45] Тако Р. Паунд, *Увод у филозофију права*, ЦИД, Подгорица 1996, 94.

[46] Вид. Б. Кошутић, „Начелно мишљење највишег суда као извор права“, *Зборник за теорију права*, св. 1. САНУ, Београд 1978, 86.

[47] *Ibid.*

12. Правна схватања представљају опште правне акте који су израз нормативне функције суда коју врши општа седница суда у законом прописаном саставу и по законом прописаном поступку. Правила организационог судског права предвиђају и уређују начин доношења правних схватања и прописују њихово дејство за сва већа и одељења суда или за суд у целини.

Правна схватања Врховног суда имају ограничену правну снагу. Она су обавезна за сва већа, одељења и саму Општу седницу. Она везују само суд који их је утврдио и његова већа, јер су настала, пре свега, да би се уједначила судска пракса самог највишег суда. Те одлуке општег типа, као принципи, имају обавезну снагу за оне за које су донесене. Адресати су већа. Она су обавезна за сва већа, а не за ниже судове и већа нижестепених судова. Дужност поштовања правних схватања прописана је законом за сва већа одређеног суда и предвиђене су и санкције за случај да се она не поштују. Правна схватања Врховног суда, иако представљају меродавно тумачење правне норме највише судске инстанце, фактички су извор права за суд који их је утврдио и донео. Она су обавезна за сва већа суда као што је обавезан и закон јер је у њему исказано право значење опште правне норме. Правно схватање, као и закон не делује ретроактивно, јер делује убудуће у погледу тумачења правног правила на које се односи.

13. Општа седница која утврђује и доноси правна схватања има положај суверене власти у том домену јер ничим није ограничена. Она може своје правно схватање променити под одређеним законским условима и у прописаном поступку да би се тој новој одлуци – новом правном схватању као новом правном правилу обезбедио ауторитет.

Формулисањем правних схватања наставља се и надограђује законодавна активност у другој форми и на други начин и ствара правна норма која је везана за примену закона на могућ и најрационалнији начин.

14. И поред необавезне снаге за судове нижег степена, правна схватања седнице одељења или Опште седнице Врховног суда или правни ставови Привредног апелационог суда имају пресудан значај за развитак и уједначавање судске праксе. Оно што не могу постићи обавезном правном снагом за судове нижег степена, правна схватања и правни ставови то постижу на други начин.

Јединствена примена закона обезбеђује се и тако што сва већа једног истог инстанционог суда, приликом решавања конкретних случајева, одлучују у смислу усвојеног правног схватања. Сва већа

једног истог суда, у оквиру својих контролних овлашћења у инстанционом поступку, својим одлукама у конкретним стварима примењују правила садржана у усвојеном правном схватању и на тај начин остварују правила садржана у правним схватањима тог суда и, истовремено, остварују одређени степен једнообразности у решавању сличних случајева, уједначавају судску праксу и обезбеђују њену постојаност. Тиме, међутим, аутономија и независност судија нижестепених судова нису угрожени.[48] Правно становиште које највиши судови заузимају по правним питањима у својим одлукама које доносе у поступку контроле законитости, а која су изражена у примедбама вишег суда, нису правно обавезна за нижи суд јер он одлуку заснива на чињеничном супстрату који је утврдио у конкретном случају.

Публиковањем правних схватања, али и одлука и извода из њиховог образложења у виду сентенци у правничким публикацијама, омогућава се да се са схватањем највишег суда упозна шири круг посленика у домену примене права на које оно треба да делују снагом свог ауторитета, угледом оних који су суделовали у њиховом формулисању и снагом своје аргументације.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Суд има задатак да приликом примене и приликом стварања права оствари три основна задатка: да обезбеди формалну једнакост странака пред законом и судом, да обезбеди јединство правног поретка једнообразном интерпретацијом и применом права и да оствари принцип правне сигурности. Без обзира да ли приликом вршења судске функције у стварању индивидуалне правне норме судија интерпретира правну норму или попуњава правну празнину или одлучује у складу са заузетим правним схватањем, он својом одлуком којом формулише право не само што усмерава појединачна понашања у складу са правнополитичким циљевима, већ омогућава и важење права и његову делотворност и ефективност и остваривање задатака које има судска власт.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бољевић, Драгана, „Уједначавање судске праксе – између правне сигурности и судијске независности“, *Уједначавање судске праксе – Однос између правне сигурности и судијске независности*, Друштво судија Србије, Београд 2015;

[48] Ђ. Тасић, *Проблем оправдања државе, Увод у правне науке, Енциклопедија права*, Службени лист СРЈ, Београд 1995, 336.

2. Живановић, Тома, *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофије права I*, Службени лист СРЈ, Београд 1997;
3. Келзен, Ханс, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998;
4. Кошутић, Будимир, „Начелно мишљење највишег суда као извор права“, *Зборник за теорију права*, св. 1. САНУ, Београд 1978;
5. *Лексикон грађанског права* (ур. О. Станковић), Номос, Београд 1996;
6. Лукић, Д. Радомир, *Увод у право*, друго прерађено издање, Службени гласник, Београд 2022;
7. Лукић, Д. Радомир, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд 1992;
8. Марковић, Чедомир, *Грађанско право*, књ. I, Београд 1928;
9. Паунд, Роско, *Увод у филозофију права*, ЦИД, Подгорица 1996;
10. Перелман, Хаим, *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд 1983;
11. Перић, Живојин, „О улози судске власти по српском законодавству“ (Предговор), Никетић, Гојко, *Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама Одељења и Опште седнице Касационог суда*, Београд 1903;
12. Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Нолит, Београд 1980;
13. Рос, Алф, *Право и правда*, ЦИД, Подгорица 1996;
14. Спасојевић, Живан, „О јуриспруденцији“, *Архив*, јули 1912, одн. Архив 3/93;
15. Станковић, Гордана, Боранијашевић, Владимир, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2023;
16. Станковић, Гордана, *Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачење и стварни регистар*, шеснаесто издање, Службени гласник, Београд 2022;
17. Станковић, Гордана, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд 2018;
18. Станковић, Гордана, *Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право*, девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд 2013;
19. Станковић, Гордана, „Начелна правна схватања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш 1994–1995;
20. Станковић, Обрен, Водинелић, Владимир, *Увод у грађанско право*, књ. I, Београд 1992;
21. Станковић, Обрен, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том III, Службени лист СФРЈ, Београд 1978;
22. Станковић, Обрен, „О судској пракси“, *Анали*, бр. 1–2/77;
23. Тарановски, Теодор, *Енциклопедија права*, Београд 1923;
24. Тасић, Ђорђе, *Проблем оправдања државе, Увод у правне науке*, Енциклопедија права, Службени лист СРЈ, Београд 1995.

Правни прописи

1. Закон о рехабилитацији, *Службени гласник РС*, бр. 33/06;
2. Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 10/23;
3. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Амандмани I-XXIX и 16/22.

Retired Full Professor Gordana Stanković, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

THE COURT BETWEEN THE APPLICATION AND CREATION OF LAW

Summary

In this paper, the author analyzes the relationship between legislative and court authority according to the principle of separation of powers and the roles of the court in providing civil legal protection. While performing its judicial function, the court is obliged to act according to the procedural rules set out by the legislative authorities and to make decisions according to the rules of substantive law. Although the separation of powers implies that the court cannot create general legal norms instead of the legislator, it takes the role of a kind of sub-legislator in situations when it interprets the law more closely, fills the legal gaps, interprets legal standards, and assesses concrete situations using its own criteria. The principle of separation of powers does not prevent a judge from using interpretation to, in effect, create a new law that differs from the one made by the legislator. Furthermore, it does not prevent a judge from modifying the existing rules or paralyzing the legislator's will, or even violating the law by rising above the legislator's authority, even though abuse of authority occurred. Interpretation of law as a precondition and during its application causes two problems: the correctness and the uniformity of interpretation for the sake of equality before the law and legal certainty. The legislator has tried to solve the problem of the correctness of interpretation not only through the possibility of an authentic interpretation of the law but also through certain instruments in organizational and procedural law. The problem of uniformity in the interpretation of the law is solved within a judicial system in the domain of uniformity of court practice regarding legal remedies, in the procedure for resolving contentious legal issues in civil proceedings, and by the activity of courts in taking legal views.

Key words: *Separation of powers; Legislative and court authority; Application of law; Interpretation of law; Unification of court practice.*

УДК/UDC 347:340.134(497.6)
347.91/.95:340.134(497.6)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Бранко Мораит

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

КОДИФИКОВАЊЕ ГРАЂАНСКОГ МАТЕРИЈАЛНОГ И ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Грађанско право, у ширем смислу, обухвата и материјалноправне и процесноправне прописе. Босна и Херцеговина, односно ентитети, суочавају се са изазовима стварања грађанског законика. Грађански судски поступак је дјелимично кодификован, односно унификован доношењем истовјетних текстова за ниво БиХ, ентитета и Брчко Дистрикта БиХ. У раду се критички преиспитују домети и перспективе кодификовања оба домена грађанског права.

Кључне ријечи: Грађански законик; Унификација; Хармонизација; Акузаторски поступак; Расправно начело.

1. УВОД

С краја 20. и почетка 21. стољећа десила се транзиција и приватизација. С друштвене сцене је потиснут социјалистички друштвени поредак и правни институти који су му служили. Умјесто друштвене и државне својине реафирмацију је доживјела приватна својина, како у привреди, тако и у грађанском животу. Бивше социјалистичке државе су се вратиле својини и уговору као основним грађанскоправним институтима. У том смислу је у фокус законодавних активности реафирмисана идеја кодификовања грађанског законодавства. У нашем региону запажени су, у мањој мјери, такви процеси. То из разлога што је, *de lege lata*, наслијеђено систематизовано грађанско законодавство дисперзирано у посебним законима. Као што је познато, донесени су закони о својини и стварним правима, пратећи пропи-

Бранко Мораит, *brankomoraitbm@gmail.com*.

си о књижењу некретнина, Закон о облигационим односима је, у основи, задржан у правној снази у свим бившим југословенским републикама, закони о породичним односима и закони о насљеђивању са измјенама и допунама, чине заокружен темељ система грађанског права.

Република Србија је покренула процес доношења грађанског законика. Слично Француском грађанском законику, Нацрт грађанског законика Републике Србије није оригинални пројекат, него је еклектичка творевина, сачињена, углавном, од већ постојећих материјала којима је придодат Општи дио. Премда је Преднацрт припремљен 2009. године од стране Комисије коју је оформила Влада Републике Србије под предсједањем пок. проф. др Слободана Перовића, Преднацрт до данас није озакоњен. У међувремену је Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије престала с радом. Према медијским извјештајима, Удружење правника Републике Србије завршиће започети посао државне комисије на великој кодификацији облигационог, стварног, породичног и насљедног права, иако је владина комисија престала са радом. Разлог за ову посвећеност лежи у чињеници да је, због инфлације прописа, много неусаглашених норми у различитим законима.[1] Исти проблем, али у драстичнијем облику, постоји у разуђеном позитивном законодавству свих нивоа у Босни и Херцеговини.

Прије Републике Србије, у Републици Сјеверној Македонији, Македонска академија наука и умјетности је формирала комисију с међународним члановима с циљем израде Нацрта грађанског законика. У том циљу сам приредио један чланак у којем сам се позвао на садржај и метод израде Нацрта грађанског законика. Сматрао сам да се отишло предалеко у кодификовање цјелокупног приватног права, што цијели пројекат може одвести у ћорсокак.

У Босни и Херцеговини сви грађанскоправни прописи су, сагласно Уставу БиХ, донијети од стране ентитетских законодавних органа. Закон о стварним правима, *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 3/09, – испр., 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука Уставног суда, 107/19, 1/21 – одлука УС и 119/21 – одлука УС; Закон о стварним правима, *Службене новине ФБиХ*, бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука Уставног суда ФБиХ; Закон о власништву и другим стварним правима, *Службени гласник БД*, бр. 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 и 44/22; Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени гласник РС*, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04; Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78; 39/85 и

[1] Према „Политици“ од 24. јуна 2022. године.

57/89, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92, 13/93 и 13/94 и *Службене новине ФБиХ*, бр. 29/03 и 42/11; Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 54/02, 41/08, 63/14 и 56/19 – одлука УС; Породични закон, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/05, 41/05 – испр., 31/14 и 32/19 – одлука УС; Закон о насљеђивању, *Службене новине ФБиХ*, бр. 80/14 и 32/19 – одлука УС; Закон о насљеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19.

Међу уставноправним стручњацима из Федерације БиХ заговара се постојање уставноправног основа за кодификовање цјелокупног грађанског права на нивоу Босне и Херцеговине. Одредба Устава, на коју се они позивају, је члан I тачка 4 Анекса IV Устава БиХ који уређује кретање роба, услуга, капитала и људи. Та одредба гласи: „Кретање по цијелој БиХ је слободно. Босна и Херцеговина и ентитети неће ометати пуну слободу кретања за лица, робу, услуге и капитал у цијелој БиХ“. Међутим, законодавна реалност, како смо приказали у погледу ентитетске надлежности грађанског права, ову аргументацију не подржава, јер је уставноправно раздијељена и реализује се кроз паралелне законодавне процесе у одвојеним оквирима.

2. УТИЦАЈ ВЕЛИКИХ ЕВРОПСКИХ КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА НА ПРОЦЕСЕ КОДИФИКОВАЊА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У НАШЕМ РЕГИОНУ

Незаобилазни дио сваког излагања о теми кодификовања грађанског права је подсјећање на велике грађанске кодификације европских земаља чији је утицај претрпио читав свијет.

Тако је у научним круговима, Француски грађански законик оквалификован као еклектичка творевина. У току израде *Code civil-а* наводи се да је Порталис, члан комисије, изрекао да је „корисно сачувати све што није неопходно уништити“.[2] За разлику од казуистике, практиковане при изради неких других законика, редактори *Code civil-а* су се придржавали савјета Монтескјеа, који Порталис наводи: „Улога законика је у томе да у главним цртама изрази правне појмове, да утврди принципе плодне у посљедицама, а не да улази у појединости питања која могу искрснути у таквој материји.“[3] Због тога су чланови кратки, препуштајући судији да рјешења садржана у Законику дограђује и прилагођава животним приликама и потребама, што је изражено у чувеном члану 4, који налаже судији да пресуди и када је законски текст недовољан.

[2] О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 16.
[3] *Ibid.*, 17.

Аустријски грађански законик (АГЗ), такође је еклектичка творевина, настао под утицајем школе природног права. Тако је у параграфу 7 наведено, „ако се неки случај не би могао пресудити ни по ријечима, ни по пиродном смислу закона, нити по аналогији, онда треба пресудити по начелима природног права с обзиром на брижљиво прикупљене и зрело расуђене околности“.[4] Овим је суд стављен у положај сталног и активног дограђивача права, пошто ће у случају празнине или недовољности закона сам поставити правило или нејасно правило прецизирати тражећи инспирацију у римском праву, упоредном праву „или, чак, на основу здравог разума. Аустријски судови су дали велики допринос развоју грађанског права у Аустрији тако што су помогли да Законик преживи бурна времена, политике и економске кризе, аграрне реформе, укидање племства, установљење рушење нацистичког режима“.[5]

За подручје Босне и Херцеговине АГЗ је био извор грађанског права након анексије и у првој Југославији. Примјењиван је у области имовинског (облигационог и стварног права), а у области породичног и насљедног права, шеријатско право за муслимане а обичајно право за хришћане. Како наводи академик Војислав Спаић, послије окупације Босне и Херцеговине „крајем 1978. г. ... остао је у Босни и Херцеговини и даље на снази Турски грађански законик, тзв. Меџеле. Иако АГЗ није никад званично правно постао законик ових крајева, ипак је он то посао *via facti*. Тако је уз Меџеле важио и АГЗ“. Како истиче академик Спаић, судије су биле Аустријанци или Словени из других крајева, који нису познавали затечено право у Босни и Херцеговини, те су примјењивали право АГЗ избјегавајући његово цитирање све до Првог свјетског рата. „Ово стање карактерише позната крилатица да сресни суд суди по здравом разуму, окружни по АГЗ, а Врховни по – Меџели.“[6] Рецепција АГЗ је завршена с наредбом бивше Земаљске владе за БиХ од 27. октобра 1911. која препоручује судовима да не примјењују прописе Меџеле ако су „противни модерним схватањима. Од тада престаје примјена Меџеле“.[7]

Црногорски Општи имовински законик из 1888. године, називан и Богишићев законик, дјело је са снажним печатом аутора текста, Валтазара Богишића, присталице историјске правне школе, који је Општи имовински законик сачинио као кодификацију обичајног права, јер „то што опстоји не треба ни да се искључи ни измијени осим случаја

[4] *Ibid.*, 18.
[5] *Ibid.*, 19.
[6] В. Спаић, *Грађанско право, општи дио и стварно право*, Сарајево 1971, 71.
[7] *Ibid.*, 72.

велике потребе, као и узакоњењем опстоја и свеза чисто имовинског карактера.[8] Што се тиче насљедства, оно исторички произлази из фамилије и других родних веза, па по томе и има свагда лик подобан институту из кога је проистекао“.[9] Богишић своје аргументе поткрепљује и примјером интервенција у Грађански законик Краљевине Србије из 1844. који је обухватао цјелокупну материју грађанског права, али је законодавац био принуђен да IV главу (26 параграфа) укине и замијени посебним Законом о старатељству од 25. октобра 1872. који има 165 чланова, што се није догодило ни са једним дијелом законика који садржи чисто имовинска правила.[10]

Њемачки грађански законик из 1896. године настаје након потискивања присталица историјске правне школе (Савињија), када је стечено државно-политичко јединство остварено уједињењем у тзв. Други рајх 1871. године, што је требало ојачати правним јединством, грађанским закоником важећим за цијелу земљу, и ујединити тада постојећа четири правна подручја: Пруског *Landrecht-a*, Француског грађанског законика на лијевој обали Рајне, у Саксонији Грађанског законика од 1865., а у осталим дијеловима Њемачке важило је као супсидијарни извор „модерно пандектно право“.[11] Као доминантан извор правила узето је римско пандектно право, за разлику од *Code civil* као практичног дјела. Њемачки грађански законик рађен је као научно дјело. Грађа је распоређена у четири посебна дијела: облигационо, стварно, породично и насљедно право и опширни општи дио, 246 параграфа, који садржи дефиниције основних појмова и принципе важеће у читавом грађанском праву, заједничке његовим посебним дијеловима. Гирке је метод Њемачког грађанског законика назвао методом који треба да избрише сваку недоумицу у мислима судије, јер ју одликује потпуност и подробност регулисања материје. Законодавац је ипак унио извјестан број генералних клаузула, тј. општих принципа које суд може да примјењује у рјешавању конкретних случајева, водећи рачуна о правилима морала, добрим обичајима, као и савјесности и поштењу, што је у пракси помогло да се попуне недовољности слова закона и ублажи његова крутост.[12]

Мада Њемачки грађански законик није примјењиван на простору бивше Југославије, па тако ни у Босни и Херцеговини, њемачка организација ГТЗ је повјерила њемачком проф. др Хелмуту Русману изра-

[8] О. Станковић, В. Водинелић, 16. В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Београд 1967, 66.

[9] В. Богишић, 59.

[10] О. Станковић, В. Водинелић, 21. В. Богишић, 56.

[11] О. Станковић, В. Водинелић, 21.

[12] *Ibid*., 26.

ду Нацрта закона о облигационим односима ФБиХ/РС. Нацрт је садржавао 1374 члана, Општи дио 100 чланова више у односу на Закон о облигационим односима и Посебни дио 155 чланова више него ЗОО. Такво формулисање је била посљедица тога што су многе одредбе ЗОО из Општег дијела задржане, а новим одредбама су поједини институти потпуније обрађени а поједини су први пут формулисани. Повећање броја одредаба Посебног дијела објашњава се тиме да је уврштен одређени број нових уговора који нису раније уврштени у систематику ЗОО.[13] Овај пројекат Закона о облигационим односима није ступио на правну снагу, али остаје као радни документ за евентуалне будуће активности на том плану.

Најзад, швајцарско грађанско законодавство је извршило утицај на припрему југословенског Закона о облигационим односима. Чувена је одредба члана 1 швајцарског Закона о облигацијама, по којој, суд, у недостатку законске одредбе и обичајног права, одлучује на основу правила која би поставио да је он законодавац, при чему се инспирише рјешењима прихваћеним у правној науци и судској пракси.

3. МЕТОДИ СИСТЕМАТИЗОВАЊА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

Савремени процеси развоја грађанског права су у сталном турбулентном кретању. Како смо у уводу истакли, Босна и Херцеговина има потпун али разуђен систем грађанског права. Можемо прелиминарно констатовати да ни један од метода сређивања норми грађанског права, тј. унификација, кодификација и хармонизација, није у потпуности примијењен. Унификација подразумијева да исте правне норме важе на свим дијеловима државне територије једнако за све субјекте и све органе примјене права. Идеја је да на једној државној територији не постоји више правних подручја и да се сузбије тзв. правни партикуларизам, који може бити узроком неравноправности грађана и других правних лица, модерно речено, као подлога кршењу људских права. Кодификација је израда сводног закона чиме се тежи довођењу норми у складан систем који се заснива на извјесним општим принципима, повезаним унутрашњим јединством.[14] Према академику Радомиру Лукићу, кодификација је доношење јединственог акта за цијелу грану права или правну област.[15] Међу остале методе систематизације правних прописа, које не захтијевају корјените реформске

[13] Вид. Б. Мораит, А. Бикић, *Објашњења уз Нацрт Закона о облигационим односима*, Сарајево/Бања Лука 2006.

[14] З. Јелић, *Основи нормативне технике*, Београд 1986, 234.

[15] З. Јелић, 235.

захвате, убраја се метода инкорпорације, која се састоји од спољне обраде законског прописа при чему се садржај закона не мијења, него се израђује тзв. пречишћен текст, или метода консолидације који значи спајање низа важећих аката у јединствен текст. А, као што видимо, кодификација грађанског права је у модерним државама могућа, ако се оствари државно-политичко јединство.

Осим тога, процес придруживања Европској унији подразумијева хармонизацију, тј. прилагођавање домаћег права са правним тековинама ЕУ које се државама чланицама намећу, али и државама кандидатима као услов за приступање процесу придруживања ЕУ.

Сви ови процеси у Босни и Херцеговини су започети, успорени, недовршени, партикуларни и несагледиви. Академска заједница је, у оквиру својих могућности и гласности, указивала на потребу убрзања и заокруживања ових процеса од стране владајућег политичког фактора. Међутим, законодавни процес се, у већини, обавља унутар политичких структура, изван утицаја академске заједнице. Ма како визионарски изгледао својевремено изречени позив професора Живановића законодавним тијелима у тек насталом ентитету Република Српска, која се тек конституисала и тражила рјешења за своје дјеловање и егзистирање, да се донесе грађански законик, постоје примјери, мада ријетки, да грађански законик доносе и аутономне територијалне јединице у државним оквирима. Примјер је Каталонија. Каталонија је једна од седамнаест аутономних покрајина Шпаније. Грађански законик Каталоније оформљен је од шест књига чија је израда трајала 15 година. Прва књига, Опште одредбе успоставља системску структуру грађанског законика. Друга књига (2010. године) обухвата физичка лица, породично право, аутономију физичких лица у области здравствене заштите и медицински третман физичких лица. Трећа књига (2006. године) уређује правна лица, четврта књига (2008. године) насљеђивање, пета књига (2006. године) стварна права и шеста књига (2017. године) облигације.[16]

4. МОГУЋНОСТИ КОНВЕРГЕНЦИЈЕ ПОДСИСТЕМА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

За успјешну конвергенцију система грађанског права у Босни и Херцеговини недостају многи услови. Ти негативни услови су препреке за започињање процеса кодификације грађанског права. Међу тим негативним условима убрајамо:

[16] Наведено према: Министарство правде, људских и мањинских права Црне Горе, Компаративна анализа грађанских законика у Европи, *https://www.gov.me/dokumenta/-9748153c-2784-4a75-ac99-02347237a49e*.

– Политички: непостојање консензуса политичких странака по питању јединства система грађанског права;

– Уставноправни: одредбе Устава БиХ о подјели надлежности између БиХ и ентитета уступили су ову материју ентитетској надлежности;

– Научни и стручно-кадровски потенцијали чине се недовољним за овакав подухват. Криза образовног система, дисперзија капацитета, приватизација образовних процеса и инфлација научне валоризације научног подмлатка, те нетранспарентност напредовања научних кадрова усложнили су научно-стручне претпоставке за успјешно реализовање замашнијег законодавног пројекта. Уз ово треба додати сужена поља научне публицистике и периодике и непостојање научне критике и критичког сагледавања постојећег законодавног оквира, као и непостојање материјалних претпоставки за овакав пројекат;

– Етаблиран, хетероген, разуђен и локализован правни систем који садржи све компоненте грана грађанског права на разним нивоима политичко-територијалне организације. Главне гране грађанског права су уређене посебним законима и на ентитетском нивоу, у којима постоје и разлике у формулисању грађанскоправних института;

– Непостојање консензуса па ни назнака о садржинском и методолошком приступу конципирању нацрта евентуалне кодификације грађанског права, тј. да ли ће се приступити обликовању само имовинског права или цјелокупног грађанског права.

5. РЕФОРМИСАЊЕ НАЧЕЛА И ПРАВИЛА ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

5.1. Развој, садашње стање и перспективе

Историјски развој модерног парничног поступка у Босни и Херцеговини прати се од 1883. године, од када су се почела примјењивати начела аустријског парничног поступка, односно Гласер-Пражаков нацрт Грађанског парничног поступка из 1881, као и Грађански парнични поступник за Босну и Херцеговину из 1883. године.[17] Овај законски акт на снази је остао до 1929. године. Њега је смијенио југословенски Законик о судском поступку у грађанским парницама који је ступио на снагу 3. августа 1929. године. Комисија, којој је 1921. године била повјерена израда овог законика, за цијелу југословенску државу, као основу за свој рад прихватила је аустријски Законик о

[17] Наведено према Ј. Чизмић, *Коментар Закона о парничном поступку*, друго измијењено и допуњено издање, Сарајево 2016, 21.

судском поступку у грађанским парницама од 1. августа 1895. године.[18] На концепцијама аустријско-германског континенталног права настали су и каснији југословенски законски пројекти, Закон о парничном поступку из 1958. и 1978, који су се, у Босни и Херцеговини, примјењивали и након осамостаљења, тј. све до доношења ентитетских и др. закона о парничном поступку у Босни и Херцеговини.[19]

Посљедња реформа грађанског процесног законодавства у Босни и Херцеговини,[20] Републици Српској,[21] Федерацији БиХ[22] и Брчко Дистрикту БиХ,[23] обиљежена је, између осталог, укидањем начела материјалне истине и афирмисањем процесне или судске истине. Реформатори наглашавају да је то учињено ради постизања економичности парничног поступка као главног насљеђеног недостатка затеченог система парничног суђења у БиХ. Закон о парничном поступку пред Судом БиХ, најзначајније је измијењен и допуњен Законом о измјенама и допунама Закона о парничном поступку.[24] Циљ овог новелирања је био услађивање с европским стандардима, које је од 2003. године до данас, према релевантној оцјени, начинило радикалан заокрет у односу на узорну правну традицију.[25] Закони о правобранилаштву и нотарима и нотарској служби донијети су на нивоу ентитета.

Говорећи о надлежности Босне и Херцеговине у области правосудних организационих прописа, интервенцијама ОХР донијет је један број прописа. Закон о Суду БиХ[26] прописује да је у погледу парничне надлежности овлашћен да рјешава имовинске спорове између државе и ентитета, између државе и Брчко Дистрикта БиХ, између ентитета, између ентитета и Брчко Дистрикта БиХ и између институција БиХ које су повезане са вршењем јавних овлашћења. Остаје констатација да учешће државе као парничне странке на било ком нивоу јавне власти и суђења модификује природу приватноправног спорења у јавно-

[18] *Ibid.*, 22.

[19] Вид. фусноте 1–4.

[20] Закон о парничном поступку пред Судом Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 36/04, 84/07, 58/13, 94/16 и 34/21.

[21] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13 и 109/21.

[22] Закон о парничном поступку, *Службене новине ФБиХ*, бр. 53/03, 73/05, 10/06 и 98/15.

[23] Закон о парничном поступку Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 28/18 и 6/21.

[24] *Службени гласник БиХ*, бр. 58/13.

[25] Ж. Рашевић, „О Новели Закона о парничном поступку пред Судом Босне и Херцеговине“, *Нова правна ревија* 1/14, 50.

[26] *Службени гласник БиХ*, бр. 49/09 – пречишћен текст.

правно, а да су јавноправна, а не приватноправна спорења ближе управном спорењу неголи грађанском парничном суђењу.[27] Нема сумње да би судови ентитета и Брчко дистрикта БиХ имали стварну грађанскоправну надлежност у парницама за које је сада надлежно Управно одјељење Суда БиХ, када Суд БиХ не би био установљен. А како је установљен Суд БиХ, његова надлежност у том домену искључује надлежност других судова у БиХ.[28]

У погледу прописивања надлежности поступање Суда БиХ уређено је и Законом о парничном поступку пред Судом БиХ. Одредбом члана 1 става 2 ЗПП-а пред Судом БиХ, прописано је да ће се његове одредбе примјењивати и у имовинским споровима проистеклим из штете која је настала при вршењу послова органа управе Босне и Херцеговине, других институција Босне и Херцеговине, службених лица тих органа и институција. Одредбом става 3 истог члана истог закона, прописано је и да ће се примјењивати и у другим имовинским споровима, кад је надлежност Суда утврђена законима Босне и Херцеговине или међународним уговором. На овај начин, проширена је надлежност суда БиХ када је посебним прописима БиХ тако прописано. То је прописано у Закону о радним односима у институцијама БиХ, законима који уређују поступање органа Управе за индиректно опорезивање БиХ, прописима о јавним набавкама, мобингу и др.

5.2. Укидање начела материјалне истине у судском парничном поступку

Начело материјалне истине, као идеја водиља досадашњег парничног поступка у БиХ, операционализована је начелом судског управљања парницом и инквизиционом, истражном, максимом. Наша правничка јавност, а посебно правни теоретичари, нису били сагласни са овим реформаторским захватом, али је реформа брзо изведена, а недоумице и проблеми с праведном примјеном права су остали.

Правилност и законитост судске одлуке је мисао водиља цјелокупног процеса, његов циљ и смисао.[29] Укрштајући овај основни циљ парнице с начелом економичности поступка, лако је закључити да начело процесне економије има претежно технички, а не суштински значај, јер служи олакшавању несметаног рада судије на доношењу правилне и законите судске одлуке, у крајњој линији, мериторном рјешењу спора. Упркос томе, реформатори парничног поступка су се ослонили на перцепцију јавности и присутну раширеност критике

[27] Ж. Рашевић, *ibid*.
[28] *Ibid*., 60.
[29] М. Ч. Марковић, *Основна начела парничног поступка*, Нови Сад 1977, 125.

спорости правосуђа, за шта су наишли на политичку подршку како домаћих, тако и страних политичких фактора.

У примјени реформисаног ЗПП-а запажене су проблематичне појаве које се односе, првенствено, на сужене могућности укидања пресуда ниже судске инстанце и враћања првостепеној инстанци неправилних и незаконитих одлука. Тиме су првостепене инстанце ускраћене одговорности за почињене грешке у судовању, чије би их исправљање по упутама више судске инстанце довело до боље судске праксе. По нашем мишљењу, онај ко је направио грешку у суђењу треба да је исправи, а не да то умјесто њега чини виша инстанца. Исправљајући своју грешку треба да научи да је не понови, а вишој инстанци би преостало оно за шта је и намијењена, поступање по правним лијековима. Очито је да су редактори нових рјешења ЗПП-а сматрали да неукидање и враћање нижој судској инстанци води убрзању поступка и постизању ефикасности суђења. Редактори нису имали у виду другу страну медаље: да се суштински повређују процесна права странака и ремети рад судова. Оваквим, новим приступом, потире се разлика у суђењу између првостепеног и другостепеног, жалбеног, апелационог суда. А та разлика је нужна. Судећи суд, пред који се износи чињенични супстрат спора и који има непосредни увид у чињенични материјал који је прикупио и извео, треба да донесе правилну али и закониту пресуду. На првостепеном суду је задатак правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања, али, такође, и правилна примјена материјалног права. Другостепени (жалбени, апелациони) суд треба да поступа по жалби којом странка указује на евентуалне недостатке првостепеног поступка који се односе на неправилно и непотпуно утврђено чињенично стање, повреде одредаба процесног закона и неправилну примјену материјалног права.

Ако извршимо увид у процесни конструкт по реформисаном ЗПП-у, поставља се питање оправданости постојања овако замишљених првостепених судских инстанци, јер они постају нека врста, фигуративно казано, „пролазне станице“, кроз коју пролази „брзи воз суђења“ и више се не враћа. Апелациони суд, по правном лијеку, треба да преузме њихову улогу и поновно суди о истој ствари. Тако замишљеним првостепеним судовима никакву одговорност не ствара неквалитетан рад, јер не очекују враћање списа предмета на поновно суђење. Произлази и да не морају пазити на квалитет свога рада, него само на квантитет, јер ће све грешке поправљати апелациона инстанца. Лоше проведен поступак, неправилна и незаконита одлука и други пропусти у раду, не доводе, по новом ЗПП-у, до одговорности првостепене судске инстанце. По нашем мишљењу, које одудара од традиционалне праксе, првостепени судија морао би бити висококвалите-

тан и као такав вредновану, односно награђен. На њему стоји сав терет правилног и законитог суђења. Од њега грађани и друге странке на суду очекују правду. Шта он успије да уради доноси заштиту субјективних грађанских права и људских права у грађанском парничном судовању. Првостепени судија треба да је судија „у најбољој форми“. Он се ни по примањима не би требало да одваја од судија судова више инстанце. Нажалост, искуство говори да тако ствари не стоје у правосудној организацији. По нашем мишљењу, поред оптималних процесних правила и личност судије пресудно утиче на правилност и законитост суђења и пресуђења.

У теорији грађанског процесног права, врсни теоретичари журно рјешавање спорова никада нису сматрали процесном врлином, односно вриједношћу којој треба све подредити. Журба у суђењу није циљ, већ је основни процесни циљ доношење правилне и законите одлуке. Оправдана је само правилна и законита одлука, а никако хитно и напречац донесена одлука. Како истакнути теоретичари грађанског процесног права истичу у својим радовима, сама ријеч „процес“, према своме смислу и значењу, упућује на „једно лагано, смишљено, достојанствено кретање напријед“.[30] Правни теоретичари указују на историју процесног права у којој су начела процесног права условљена и зависна од народа у којем су створена или „правног круга“ којем право тог народа припада. Слични животни услови траже слична рјешења, а различити различита.[31] Тако се може доћи и до схватања правде које постоји у конкретној животној средини, односно заједници.

Почев од 19. вијека развија се и афирмише схватање да је грађански судски поступак установа у јавном интересу, па се тежи успостављању одговарајућег баланса између диспозиционог (расправног) начела и инквизиционог начела.[32] У том правцу се види утицај расправног начела на увођење обавезног заступања странака од стране квалификованих правних заступника, пуномоћника, насупрот рјешењу да се умјесто обавезног адвокатског заступања уведе начело судског подучавања странака невичних праву.[33] Досљедно спроведено начело страначке диспозитивности наслања се на правну природу грађанских субјективних права. Међутим, непосредни предмет парнице није искључиво субјективно материјално право по којем је само странка *dominus litis* („господар спора“). Непосредни предмет парнице је правозаштитни захтјев за заштиту субјективног грађанског пра-

[30] *Ibid.*, 124.
[31] *Ibid.*, 3.
[32] *Ibid.*, 4.
[33] *Ibid.*, 5.

ва. Од субјективног грађанског права одваја се, произлази, „право на тужбу“, која се упућује државном судском органу, те је, по својој правној природи, „право на тужбу“ један јавноправни институт. Судска одлука, што нас враћа на тему ове расправе, не може да зависи само од воље странака, јер је објективни циљ поступка остварење материјалноправног поретка признавањем, од стране ауторитета власти, субјективних грађанских права оном субјекту којем су она незаконито ускраћена, осујећена или одузета.[34]

Може се поставити питање, да ли судијска функција треба да зависи од воље парничних странака и у којој мјери судија треба да поступа по службеној дужности.[35] Ако би се, хипотетички, цјелокупан парнични поступак препустио страначкој диспозицији, не би било никаквих гаранција да суд донесе правилну и законити одлуку. Суд ће, евентуално, моћи донијети одлуку, али највјероватније, само у интересу и у корист богатије, боље заступане и брањене странке, науштрб како истине, тако и сиромашније, процесно неорганизованије и лошије брањене странке. А то је пораз правосуђа као јавноправне друштвене функције.

Ипак, законодавац ове дилеме рјешава, односно усложњава, зависно од сопствених погледа на парницу. Законодавно се може парница организовати као борба приватних интереса странака пред судом, који је пасивни посматрач те борбе и који се оглашава тек након окончања те борбе, да „прогласи побједника“. С друге стране, могуће је да законодавац постави суд у позицију одлучивања у спору о грађанском праву када парница има јавноправну функцију, а независни суд представља државни орган из треће гране власти. Нема сумње да овај други приступ преовлађује у домаћој европско-континенталној традицији парничног правосуђа, која се ослања на германски узор. Тада ће начела ЗПП-а морати садржавати и принцип судског руковођења парницом, због чега би се морао очувати и утицај инквизиционе максиме на ток поступка.[36] По нашем мишљењу, реформисано грађанско парнично правосуђе не би требало да постане „страначка ствар“ или њихово средство за рјешење спора по сраначкој, јачој вољи. Грађански парнични поступак мора обазбиједити да суд, као државни орган, након исцрпљивања страначке диспозиције покретањем спора тужбом (и каснијим улагањем прописаних правних лијекова), парнични поступак води *ex officio*.[37] Несумњиво, стоји да је битан

[34] *Ibid.*, 24.
[35] *Ibid.*, 25.
[36] *Ibid.*, 36.
[37] *Ibid.*, 37.

положај судије у парници да, с позиције јавног интереса, омогући адекватно промовисање приватних интереса парничних странака, омогућавајући им равноправно спорење и праведну пресуду.[38]

5.3. Расправно начело, начело слободне оцјене доказа и формална истина

Пресуда парничног суда може бити правилна само онда када изглед парничне ствари, како је странке презентирају суду, и онога што суд о тој парничној ствари, након завршетка расправљања закључи, постану у становитој мјери подударни. Постоји неминовни раскорак између онога како странке виде ствари и онога како парнична ствар егзистира у стварности. Различите су интерпретације чињеница из стварности, било намјерно или усљед човјекове несавршености, а њихову истинитост или неистинитост треба суд да утврди. Због тога је нужан доказни поступак. „Провјеравање истинитости страначких чињеничних навода и утврђивање истине о правно релевантним чињеницама назива се доказивање.“[39] Доказивање је заједничка дјелатност суда и странака помоћу које суд треба да утврди истинитост страначких чињеничних навода, ни мање ни више него „ко говори истину“, ради добијања материјала за доношење правилне пресуде.

5.3.1. Формална и материјална истина

Формалну истину можемо назвати и судском, јер је свака судска пресуда, док се не укине од стране више судске инстанце, односно док год је правоснажна, релевантна истина за парничне странке. С друге стране је постојање материјалне или стварне истине о неком предмету спора. Лоше је за суд и за странке ако се формална истина, оличена у судској одлуци, разликује од материјалне истине. Формална истина је похрањена у судском спису, а материјална истина постоји у стварности али и у свијести парничних странака, често и у просуђивању шире јавности. У том контексту, у јавности се говори о праведној или неправедној судској одлуци.

Истиниту чињеничну подлогу, неопходну за пресуђење од стране редовног суда, у крајњој линији, требало би добити када судија, руководећи се процесном инквизиционом максимом, утврђује постојање свих правно-релевантних чињеница, онако како би требало да поступа судија, особито, у кривичном поступку. Невјероватно је сазнање, које се шири унутар правне заједнице, да је и кривично-процесно

[38] *Ibid.*, 38.
[39] *Ibid.*, 87.

судовање омекшало став према утврђивању материјалне истине.[40] И у редовима кривичара процесуалиста уочени су исти проблеми као и у редовима процесуалиста цивилиста.[41] Истиче се да непостојање обавезе суда да се стара о потпуном расвјетљавању кривичне ствари утврђивањем истинитости одлучних чињеница обесмишљава да се у поступку по жалби испитује чињенично стање. Ако је утврђивање чињеничног стања у искључивој диспозицији странака, чему да се оспорава непотпуност чињеничног основа.[42] Аутор из чињенице опстајања овог жалбеног основа закључује да је законодавац, ипак, засновао легитимацију суда да заједно са странкама утврди истинитост одлучних чињеница, јер ако одлучне чињенице нису истинито утврђене, чињенично стање биће погрешно.[43] Отуда се тек жалбени поступак јавља као платформа за утврђивање материјалне истине, што даје додатни задатак апелационом суду и отвара могућност да и другострепени суд заказује расправу ради утврђивања потпуног и правилног чињеничног стања. Тиме се архитектоника грађанског поступка добрано мијења.

Грађански судски поступак је, прелиминарно, лимитиран диспозитивном максимом по којој покретање спора зависи од диспозиције странака. Међутим, протезање ове иницијалне идеје на даљи ток поступка може резултирати да се као резултат добије само „формална истина“, чија се истинитост претпоставља „ван разумне сумње“. Слично је реформисан и кривични поступак у којем се истинитост претпоставља ако је предмет доказивања истинит „ван разумне сумње“. Тако се инсталира изненађујућа новотарија у утврђивање супстрата судске одлуке и резултата доказивања, јер, на мјесто несумњиво утврђене материјалне истине ступа правни стандард „ван разумне сумње“. Осим тога, у систему процесних правила у којем је материјална истина циљ, злоупотребу страначких овлашћења, у поступку утврђивања истине, спречавају широка судијска овлашћења, јер су судији тада дата овлашћења да активно учествује у утврђивању

[40] М. Шкулић, професор Правног факултета Универзитета у Београду изјављује за „Политику“, 10. септембра 2011. године, између осталог: „Истина као да много не занима наше реформаторе. Она је у законском предлогу имплицитно означена као својеврсни непотребни луксуз у кривичном поступку. Актери кривичне процедуре нису чак дужни ни да теже истини. Сада се истини више тежи у класичном парничном поступку, него у кривичној процедури, па испада да ће ускоро у Србији бити важније утврдити чија је кокошка прешла преко међе него ко је кога убио.“

[41] И. Илић, „Утврђивање чињеница у реформисаном кривичном поступку“, *Зборник радова Однос права у региону и права Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2015, 474–493.

[42] *Ibid.*, 489.

[43] *Ibid.*, 490.

чињеничног стања у предметном спору. Сагласност странака о чињеницама искључује потребу судијског истраживања. Али, у случају несагласности странака о битним чињеницама спора, суд, у систему истраживања материјалне истине, испитује истинитост чињеничних навода странака и даје своју оцјену о том, кључном процесном питању. Значи да парнични судија испитује истинитост чињеничних навода странака када је, у процесном законодавству, легализовано истражно начело, односно инквизициона максима. Ако позитивно право легализује расправно начело, доказе суду нуде само странке. Због тога се поставља питање: шта је потребно учинити да се аутономија странака, у парници којом доминира расправно начело, сведе на разумну мјеру, како би се отворио пут за доношење правилне, односно истините судске одлуке? По нашем мишљењу, потребно је парничним прописом дозволити да судија позове странке да поднесу суду на увид доказе који, по схватању суда, недостају, ради потпуног освјетљавања спорне парничне ствари, али тако да то не анулира забрану примјене инквизиционе максиме, као и да не утиче на непристрасност суђења.

Према југословенском грађанском процесном праву, којим је доминирало начело материјалне истине и инквизициона максима, суд је био овлашћен да сам проналази доказе ради провјере истинитости чињеничних навода странака, а формулисано је у одредби члана 7 става 3 ЗПП-а,[44] „суд је овлашћен да изводи и доказе које странке нису предложиле, ако су ти докази од значаја за одлучивање“. Надаље, према одредби члана 7 става 1 ЗПП/77, „суд је дужан да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи истинитост захтјева“. Дакле, то је био превасходни задатак суда а не странака, којима је суд давао налоге да поступе у правцу изналажења релевантних доказа за своје чињеничне тврдње или их је прибављао службеним путем. Пасивност странака, у погледу прибављања оних доказа који им не иду у прилог, осујетио би суд, прибављањем доказа по својим наредбама.

Насупрот наведеном, одредба члана 7 става 1 важећег реформисаног ЗПП-а,[45] наговјешћује другачију будућност: „странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтјеве и да изводе доказе којима се утврђују те чињенице“.

Очигледна је инверзија правила у односу на ЗПП/77 због које долази до пермутације улоге суда и странака у доказном поступку. Према рјешењу ЗПП/03, странке предлажу и изводе доказе, док је

[44] *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77 (у даљем тексту: ЗПП/77).
[45] *Службени гласник РС*, бр. 58/03 (у даљем тексту: ЗПП/03).

према одредбама ЗПП/77 суд могао да изводи доказе и које странке нису предложиле ако су ти докази, по оцјени суда, од значаја за правилно одлучивање о основаности захтјева и, у крајњој линији, за утврђивање материјалне истине.

Према начелу материјалне истине, судија ће као доказане сматрати само оне чињенице о којима је стекао судијско увјерење да су оне такве и у стварности, тј. да нису у несагласности са стварним стањем ствари.[46] Представа, коју је суд добио о стварности након извођења и оцјене доказа, требала је бити у толикој мјери увјерљива да судија стекне увјерење да доказане чињенице одговарају у потпуности стварном стању ствари, тј. да су то доказане чињенице.

Како је сада прописано да доказе предлажу саме странке,[47] суд рјешењем допушта или одбија извођење предложених доказа.[48] Више не постоје законске могућности да суд рјешењем нареди извођење потребних доказа, јер суд више нема такво законско овлашћење[49] да преузима иницијативу за извођење потребних доказа ради утврђивања истинитости спорних чињеница.

Оцјена доказа је судијски ангажман, поређење представе о стварности, коју је судија добио извођењем доказа у доказном поступку, са страначким навођењем доказа, односно поређење доказних резултата са темом доказивања.[50] Које ће чињенице узети као доказане, одлучује суд на основу слободне оцјене доказа.[51] Наведена одредба, која промовише слободну оцјену доказа, не разликује се од формулације одредбе члана 8 ЗПП/77. И једна и друга одредба промовишу теорију слободне оцјене доказа, односно слободне судијске оцјене доказа. Питање је, да ли ове одредбе, у два различита законска текста, на исти начин служе утврђивању материјалне истине у парници?

У правној теорији се наводи да, „супротстављање појмова ‘материјална истина’ и ‘формална истина’ није логички одрживо. Или нешто јесте истина или то није истина“.[52] Гаранција коју пружа слободна оцјена доказа да је нешто истинито лежи у судијском увјерењу које ће чињенице узети као доказане односно као истините, након

[46] М. Ч. Марковић, *ibid*., 89; ЗПП/77, чл. 8.
[47] ЗПП/03, чл. 7, ст. 1.
[48] М. Ч. Марковић, 95.
[49] Према одредбама ЗПП/03.
[50] *Ibid.*, 100.
[51] ЗПП/03, чл. 8.
[52] М. Ч. Марковић, 104.

савјесне и брижљиве оцјене сваког доказа посебно и свих доказа заједно.[53]

Према теоријским резоновањима, упркос томе што је начело слободне оцјене доказа завладало процесним правом, оно садржи унутрашње противрјечности које се огледају у, евентуалној, судијској произвољности (судија је човјек који, као и сваки други, има и врлина али и мана) и у евентуалној судијиној неспремности (професионалној, здравственој, моралној и др.) за обављање одговорног и захтјевног судијског позива. Због свега тога, систем слободне оцјене доказа заснива се на идеализованој поставци, замишљеном лику савјесног, брижљивог, стручног, моралног и поштеног судије који хумано и професионално и надасве непристрасно, обавља свој позив. Из искуства, није непознато, да и најсавјеснији судија може да погријеши. Судијска грешка је вјерни пратилац судијске функције.

Систем слободне оцјене доказа, према ЗПП/03, садржи још једну „сјенку“, а то је евентуално изостајање судијске иницијативе приликом предлагања и извођења доказа. То је настало стање због изостављања одредбе члана 7 став 3 раније важећег ЗПП/77, према којој одредби је суд био овлашћен да изводи и оне доказе које странке нису предложиле, ако су ти докази, по оцјени суда, били од значаја за одлучивање. Без овакве одредбе у ЗПП/03, суд не може доћи, у сваком предмету, до увјерења о истинитости страначких навода, што може оштетити интересе странака у поступку, као и јавни интерес за праведним суђењем.

Како се види из текста Коментара,[54] „одредба члана 7 ЗПП-а РС и ЗПП-а ФБиХ је претрпјела радикалне измјене у односу на одредбу члана 7 садржану у ранијем ЗПП-у РС и ранијем ЗПП-у ФБиХ. Наиме, одредбом члана 7 новог парничног процесног законодавства је, за разлику од одредбе члана 7 ранијег парничног процесног законодавства, прописано расправно начело. Другим ријечима, начело материјалне истине је овом радикалном измјеном уступило мјесто расправном начелу које подразумијева колико чињеница, толико и права, а самим тим ослобађа суд обавезе да по службеној дужности прикупља доказе и потпуно и истинито утврђује спорне чињенице“. Прописујући да су странке дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтјеве и да изводе доказе којима се утврђују те чињенице (став 1 одредбе члана 7 овог закона), овом одредбом је установљен принцип „колико чињеница, толико и права“, а самим тим, умјесто начела

[53] ЗПП/03, чл. 8.

[54] *Коментар Закона о парничном поступку у Федерацији БиХ и Републици Српској*, Заједнички пројекат Савјета Европе и Европске комисије, Сарајево 2005, 17–18.

материјалне истине, прописано је начело формалне истине. Формална истина, за разлику од материјалне истине, подразумијева да „чега нема у спису, то на свијету и не постоји“.[55]

Латинска правна сентенца, *Quod non est in actis, non est in mundo*, не може се тумачити као парола расправног начела и формалне истине. По нашем мишљењу, које се разликује од мишљења израженог у цитираном коментару, стање списа, који формира судија руковођен принципом материјалне истине и посвећен њеном утврђивању, мора се разликовати, по природи ствари, од стања у спису које је установио судија руковођен расправним начелом и начелом формалне истине. Ми говоримо о принципијелним питањима, али је запажено да гласови из професионалне заједнице судија не указују на недостатке нових рјешења, него се чак истиче да нова рјешења имају већи практични значај. Професионалне судије парничари истичу аргумент да само слово закона није потпуно истиснуло обавезу поштовања и истраживања материјалне истине и да унутар новог ЗПП/03 постоје многе одредбе које судији дају активну улогу у вођењу парнице.[56] У том смислу се апострофира значај припремног рочишта које пружа велике могућности „добром судији“ за доношење правилне и законите одлуке. Ипак, забрињава питање: да ли је парничном судији сада потребно да у образложењу пресуде даје исцрпне разлоге којима документује зашто је формирао увјерење о истинитости или неистинитости спорних чињеница или се може зауставити на утврђивању релативне, на суду сада једино могуће, „процесне“ истине, односно да би могао образложење свести на формулацију „на основу резултата изведених доказа који су наведени у записнику са главне расправе, суд је нашао...“?

Бивше југословенско процесно законодавство, чији је баштиник и разуђено босанско-херцеговачко парнично процесно законодавство, рецептор је аустро-германског процесног насљеђа у којем је преовладавало начело судијског арбитрерног реда у материјалном управљању парницом. Упркос великом и респектабилном насљеђу, реформа грађанског процесног законодавства у Босни и Херцеговини, пригрлила је рјешења романских правних система у погледу организације управљања парницом, који су узор промовисања екстремног страначког суверенитета као што је и *common law, adversary system*, да иницијатива у погледу прикупљања процесне грађе лежи на странкама.

---

[55] *Quod non est in actis, non est in mundo*.

[56] Такво значење, према афирматорима рјешења из новог ЗПП/03 су, на примјер: чл. 3, ст. 2; чл. 7, ст. 2; чл. 8, 10, 12, ст. 1; чл. 53, ст. 2; чл. 66 у вези с чл. 53; чл. 68; чл. 79, ст. 2. у вези с чл. 67; чл. 81, 88, ст. 2; чл. 98, 102, 104, ст. 2; чл. 124, 125, 126, 127, 144, ст. 2 и 3; чл. 155, ст. 2; чл. 227, 229, ст. 1 и чл. 336.

Недовршеност реформом промовисаног „адверсарног“ система можда би била избјегнута да је у суђење уведена порота по узору на англосаксонску пороту. Овако, како се стало на пола пута, домаћи судија се није ослободио одлучивања ни о чињеничним ни о правним питањима. Због тога наш грађански судски поступак мора садржавати процесне гаранције да ће чињенична питања, као подлога за одлучивање у спору, бити истинита. Судија, због недостатка пороте, не може остати индиферентан ако, по свом увјерењу, пред собом види неистините исказе, неувјерљиве доказе и погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање. Англосаксонски судија, у адверсарном систему суђења, задржава свој професионални дигнитет, јер се пороти препушта суд о чињеницама. Код нас, слично реакцијама у босанско-херцеговачким правничким редовима, јављају се и реакције правника у Републици Србији на њихове реформаторске захвате који иду истим путем као у Босни и Херцеговини. Они, у својим написима, истичу да јачање расправног начела, уз слабљење истражног начела, због ослобађања суда обавезе да по службеној дужности утврђује спорне чињенице, не води праведном суђењу. Они сматрају да је то узроковано неком врстом догматског схватања одредбе члана 6 ЕКЉП. Међутим, „добро“ правосуђење није само оно које је „брзо“. Истина не може бити вриједносно инфериорна у односу на брзину поступка и јавноправни основ права на судску заштиту не може бити занемарен било каквим изговором.[57]

Адвокатска комора Србије (АКС) сада предлаже доношење потпуно новог Законика о кривичном поступку (ЗКП) умјесто измјене постојећег, који је у примјени девет година а којег називају „нови“ ЗКП. Адвокати, на недавно одржаном савјетовању Удружења за међународно кривично право на Златибору, истакли су, између осталог: „Будући да је у наш кривични поступак увео правила блиска англосаксонском моделу, суд није дужан да утврђује истину већ одлучује на основу ‘доказног двобоја’ странака у поступку – тужилаштва и одбране. Тако се у пракси пред судовима појављују две истине о томе ко је и како извршио неко кривично дело, навели су учесници саветовања. Једна је права истина, а друга ‘правосудна истина’, која не мора да одговара ономе што се стварно догодило.”[58]

Професионални судија, и по нашем мишљењу, због заштите свог професионалног угледа и савјесног обављања послова и задатака пра-

[57] М. С. Јанковић, „Предлог закона о парничном поступку – отворена питања“, *Правни информатор* 9/2011, *http://informator.rs/predlog-zakona-o-parničnom-postupku-otvorenapitanja-html.*

[58] Наведено према: А. Петровић, *Кривичари предлажу доношење новог ЗКП-а*, објављено у „Политици” од 12. јуна 2022, 10.

вилног, законитог и, коначно, праведног суђења, не може с „повезом на очима“ чекати окончање страначког окршаја и прогласити побједника, без обзира на којој страни се истина крила.

6. О УСКЛАЂЕНОСТИ ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА У БИХ

У погледу грађанско-процесног законодавства може се констатовати виши степен унутрашње конвергенције у односу на грађанско материјално право, јер су ентитетски закони доношени и мијењани синхронизовано, водећи рачуна да нема одступања у погледу законских ријешења. Босанско-херцеговачко правосуђе је, у транзиционом (реформском) раздобљу, упућено да савладава наметнути партикуларизам и правне празнине и да се едукује, с обзиром на утицаје принципа из англосаксонског правног круга. Поред тога, одлучујући је утицај судске праксе Уставног суда БиХ, која је ослоњена на праксу Европског суда за људска права. Тако се домаћи судија, поред стандардне улоге да обавезно тумачи и примјењује законску норму (општу правну норму), налази у перманентној позицији да води рачуна о досадашњој судској пракси која за њега треба да има једино оријентациони значај. Међутим, фактички и практично примијењено, судска пракса, изражена кроз ставове, схватања и мишљења највиших судова, је обавезни оријентир у раду судова нижег степена, јер ће се, у случају да суде противно тим ставовима, њихове правилне и законите одлуке наћи под ударом касације, односно ревизије. У том смислу, треба оцијенити и ширину важења високог приципа унутрашње институционалне независности домаћег судије.

Модерни трендови захтијевају заштиту људских права из ЕКЉП, па тако и права на правично суђење у разумном року. Како је код нас уочен проблем дуготрајних рокова суђења и тзв. „старих“ предмета, законодавци су рјешење проблема временског трајања парничног поступка пронашли на терену реформисања процесноправних норми. Они нису проблем временски предугог трајања грађанског судског поступка нашли у постојећим организационим, кадровским и материјалним (не)приликама домаћих судова. Због тога се догодила исхитрена реформа која је погодила законске одредбе које су имале традицију германског, континенталног система, тако да се приступило дјелимичној разградњи евопско-континенталног, германско-југословенског система норми грађанског процесног права. Очигледно је да се наше правосуђе није прилагодило новим условима напуштајући начело материјалне истине као идеју водиљу у поступању судије. Независност судије гаранција је за непристрасно поступање у

суђењу. Истовремено, то је подлога за формирање судијских одлука на основу слободног судијског увјерења.

У данашњој Босни и Херцеговини, у примјени су различити прописи донијети од стране различитих легислативних тијела (у ФБиХ ентитетских и кантоналних, у РС ентитетских, у Дистрикту Брчко дистриктских, а у БиХ закони на нивоу БиХ као тзв. „државни закони“), чијој се унутрашњој хармонизацији тежи, с више или мање успјеха. Разлика у односу на раније федерално и савезно законодавство је у томе што закони на нивоу БиХ немају онај значај какав су имали бивши савезни закони, нити су хијерархијски надређени ентитетским законима. Сваки од тих законодавних нивоа дјелује хоризонтално и обухвата судове који примјењују законодавство из свог домена. У примјени су и даље неки бивши савезни закони на свим нивоима, какав је случај са Законом о облигационим односима. Све то усложњава судски систем у Босни и Херцеговини и чини га комплекснијим у односу на бивши систем у СФРЈ. Полазећи од ових констатација чини се неопходним користити се понуђеним инструментима за уједначавање судске праксе. Чак и систем уједначавања судске праксе се додатно усложњава одлукама Уставног суда БиХ по апелацијама, као и дејством одлука Европског суда за људска права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Богишић, Валтазар, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Београд 1967;
2. Илић, Иван, „Утврђивање чињеница у реформисаном кривичном поступку“, *Зборник радова Однос права у региону и права Европске Уније*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2015;
3. Јанковић, Милан С., „Предлог закона о парничном поступку – отворена питања“, *Правни информатор* 9/2011, *http://informator.rs/-predlog-zakona-o-parničnom-postupku-otvorenapitanja-html*;
4. Јелић, Зоран, *Основи нормативне технике*, Београд 1986;
5. *Коментар Закона о парничном поступку у Федерацији БиХ и Републици Српској*, Заједнички пројекат Вијећа Европе и Европске комисије, Сарајево 2005;
6. Марковић, Миливоје Ч., *Основна начела парничног поступка*, Нови Сад 1997;
7. Мораит, Бранко, Бикић, Абедин, *Објашњења уз Нацрт Закона о облигационим односима*, Сарајево/Бања Лука 2006;
8. Рашевић, Живојин, „О Новели Закона о парничном поступку пред Судом Босне и Херцеговине“, *Нова правна ревија* 1/14;

9. Спаић, Војислав, *Грађанско право, општи дио и стварно право*, Сарајево 1971;
10. Станковић, Обрен, Водинелић, Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд 2007;
11. Чизмић, Јозо, *Коментар Закона о парничном поступку,* друго измијењено и допуњено издање, Сарајево 2016.

Правни прописи

1. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13 и 109/21;
2. Закон о парничном поступку, *Службене новине ФБиХ*, бр. 53/03, 73/05, 10/06 и 98/15;
3. Закон о парничном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77;
4. Закон о парничном поступку Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 28/18 и 6/21;
5. Закон о парничном поступку пред Судом Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 36/04, 84/07, 58/13, 94/16 и 34/21;
6. Закон о суду БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/09 – пречишћени текст.

Интернет извори

1. Министарство правде, људских и мањинских права Црне Горе, Компаративна анализа грађанских законика у Европи, *https://www.gov.me/dokumenta/9748153c-2784-4a75-ac99-02347237a49e*.

Retired Full Professor Branko Morait, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

CODIFICATION OF CIVIL SUBSTANTIVE AND CIVIL PROCEDURAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Civil law, in a broader sense, includes both substantive and procedural rules. Bosnia and Herzegovina that is, its entities, face the challenges of creating a civil code. Civil court proceedings have been partially codified, that is, unified by the adoption of identical legal texts for the level of BiH, the entities and Brčko District of BiH. The paper critically examines the scope and perspectives of codifying both domains of civil law.

Key words: *Civil code; Unification; Harmonization; Prosecutorial procedure; Trial principle*.

УДК/UDC 347.642/.643
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Зоран Поњавић

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Судија Ивана Поњавић Сердар

Основни суд у Крагујевцу

ЗАСТУПАЊЕ ДЕТЕТА У СЛУЧАЈУ ПОСТОЈАЊА СУПРОТНОСТИ ИНТЕРЕСА СА РОДИТЕЉИМА

Деца су неспособна да врше своја права изјавама своје воље, због чега их заступају законски заступници, родитељи или старатељи. Поверење у њихову способност да штите интересе малолетника је камен темељац законског заступања. Међутим, када су интереси законског заступника у супротности са интересима детета, овог поверења више нема и мора се успоставити супсидијарни начин заступања. Према породичном законодавству Републике Србије, то се постиже постављањем колизијског старатеља или привременог заступника. У раду се анализирају ситуације у којима се они постављају, као и надлежност органа старатељства, односно суда у вези са тим. Њихово постављање зависи искључиво од процене постојања супротности интереса, чак и у ситуацији када то дете тражи. Ову процену је релативно лако направити када је дете странка па је супротност интереса директна и видљива, за разлику од ситуација у којима би се дете могло појавити као странка, само што се о његовим правима одлучује у адхезионим поступцима.

У раду се настоји дати одговор на питање како утврдити постојање супротности интереса када је она најмање видљива, у области личних или имовинских односа у којима се дете појављује као „прикривена“ странка. Постојање супротности интереса у поступку који се води између родитеља поводом вршења родитељског права, када дете нема „аутономно материјално право“, по мишљењу аутора мора бити рес-

Зоран Поњавић, *zponjava@gmail.com*.

триктивно тумачено. У овим случајевима тешко се може рећи да постоји супротност интереса већ само различито виђење родитеља интереса детета, што није разлог за именовање привременог заступника. Не ради се о супротности два интереса, родитеља и детета, будући да постоји само интерес детета и остваривање права – функције родитеља.

Кључне речи: Законски заступник; Супротност интереса; Колизијски старатељ; Привремени заступник; Партиципација детета.

1. УВОД

Након усвајања међународне Конвенције о правима детета Уједињених нација 20. новембра 1989. године, статус детета се радикално изменио од објекта до субјекта права. Дете се све више идентификује са одраслим и схвата све озбиљније. Призната су му субјективна права од рођења, а међу њима и право на заступање.

Идеја о праву заступања детета развијена је и кроз активност Комитета за права детета, надзорног тела успостављеног Конвенцијом, које је задужено за контролу примене Конвенције о правима детета. Комитет је промовисао четири принципа који осликавају статус детета: право на недискриминацију, право на живот и развој, првенство најбољег интереса детета и право на партиципацију. Иако се термин „партиципација“ (учешће) не појављује нигде у Конвенцији, овај појам је укорењен у њој. Могло би се рећи да чини централни део нове парадигме права детета. У Општем коментару бр. 12 наводе се главна питања приликом чијег решавања је потребно учешће, односно када је потребно саслушати дете у грађанским судским поступцима за развод и раставу, одвајање од родитеља и алтернативно старање, усвајање и *kafalah* исламског закона. Постоји неколико облика учешћа деце у одређеним судским поступцима у којима се одлучује о њиховом праву или који се њих тичу. Први је директно учешће, посебно када се дете саслушава или када се подвргава стручном мишљењу. У овом контексту Комитет препоручује да се детету, када год је могуће, пружи могућност да у било ком поступку буде непосредно саслушано.

Дете може учествовати индиректно, када његове интересе заступа заступник, претходно се консултујући са дететом. Могућност заступања мора бити „на начин који је у складу с процесним правилима националног закона“. Заступник може да буде један или оба родитеља, адвокат или нека друга особа (између осталих, и социјални радник). За Зерматена (*Zermatten*), ранијег председника Комитета за права детета, најтеже је у овом погледу пронаћи баланс између заштите

која је потребна детету и његовог учешћа.[1] Јер колико год је контрапродуктивно пустити дете да одлучује о свему, толико је опасно оставити га без одбране у поступку.

Заступање детета није ограничено на одређену област права. Овај специфични облик законске заштите постоји у: бракоразводном поступку, наравно, али и кривичном поступку за малолетнике, међународном о отмици деце и поступку примене заштитних мера. Међутим, у неким случајевима законски заступници не могу заступати дете већ им је потребно поставити специјалног (посебног) заступника. У овом раду ћемо се ограничити на заступање детета у породичном праву у случају постојања супротности интереса са родитељима, као законским заступницима, што је привукло пажњу због њиховог значаја у пракси и различитог тумачења кључних појмова од којих зависи потреба постављања специјалних, уместо законских заступника.

2. ЗАКОНСКО ЗАСТУПАЊЕ

Због своје рањивости и незрелости дете се налази под посебном заштитом, поред осталог и због недостатка пословне способности. Његова пословна неспособност је основно правило, за разлику од пунолетних физичких лица код којих је она изузетак. Малолетство и неспособност су чврсто повезани, а само су понекад раздвојени у случају еманципације. Нееманциповани малолетник нема пословну способност али са друге стране има правну способност, односно, то што не може самостално остваривати своја права не значи да их нема. Са изузетком неких права, као што су закључење брака, састављање тестамента, могућност обавезивања као јемца, малолетник ужива иста субјективна права као и пунолетно лице. Пословна неспособност је нужно један хендикеп који онемогућава потпун развој правне персоналности малолетника, па се заступање појављује као спона између његове опште правне способности и пословне неспособности**.** Основ заступања се налази у неспособности малолетног лица да врши своја права изјавама своје воље, што закон надомешта организовањем остваривања његових права од других лица, законских заступника, родитеља или старатеља. Тако је дете (*infans)* у етимолошком смислу прошло пут од онога који не уме да говори до онога чија се реч не рачуна.

[1] J. Zermatten, *Entre droit d'être entendu et droit à voir son intérêt supérieur être pris en compte, quel rôle pour l'avocat*? Наведено према: J. Prontera, *La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents*. Master, Univ. Genève, 2014, 6, *https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46730*, 5. септембар 2022.

Механизам заступања, непознат у римском праву,[2] се традиционално дефинише као вршење права у име и за рачун другога на начин да се правни ефекти приписују заступаноме. Тако долази до троструког односа између заступника, заступаног и трећег лица, као и до разграничења статуса правног субјекта и оног који предузима правни акт. Последица заступања на први поглед је брисање правне личности заступаног јер испред њега стаје заступник, вршећи она овлашћења која је заступани могао остварити да је деловао сам. Његова овлашћења, међутим, нису неограничена.

Генерално говорећи, овлашћења заступника су ограничена на конвенционалан начин путем уговора, или као у случају законског заступања правима заступаног. Међутим, када су у питању законски заступници, родитељи, обим њихових овлашћења није одређен искључиво по критеријуму права детета јер се овде појављује специфичан фактор, а то је родитељско право. Родитељи су заступници детета, али не само то. Они имају овлашћења аутономна и општа, како у погледу личности, тако и имовине детета, одређена од стране закона са мисијом која превазилази заступање, чиме се надомешта недостатак пословне способности.[3] Односно, заштита малолетника од стране родитеља, као законског заступника, због његове природне неспособности је у стварности већа и опсежнија у односу на остале видове заступништва као у случају заступања лица лишених пословне способности. Закон је заступнику доделио капиталну улогу у осигурању правног живота малолетника. Он постаје вектор целокупног развоја правног субјективитета детета са важном улогом у систему његове заштите. Стога се термин пословне способности настао у имовинском (грађанском) праву често показује као неадекватан за одређивање способности у породичном праву, где су у питању пре свега неимовинска, лична права.[4] Уосталом, када доктрина проучава заштиту која се пружа малолетницима, она разматра свеукупни правни положај малолетника, а не само у погледу предузимања његових правних радњи и правних послова.

---

[2] Али ипак са коренима у римском праву у институту *negotiorum gestio*.

[3] J. Hauser, “De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte 9 févr. 2001)”, *RJPF*, 6 juin 2001, 7. Према: L. Francoz-Terminal, *La capacité de l’enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Thèse de doctorat de droit, Université Jean Moulin Lyon 3, *https://scd-resnum.univ-lyon3.fr/out/theses/2007_out_-francoz-terminal_l.pdf*, 12. септембар 2022.

[4] З. Поњавић, „Старалац као законски заступник“, *Реформа породичног законодавства* (ур. Л. Тодоровић), Зборник радова за научни скуп 25. и 26. септембра 1996, Правни факултет Београд, Београд 1996, 313.

Према томе, законско заступање детета од стране родитеља је увек повезано са вршењем родитељског права. Стога се ова правна техника заступања налази под утицајем еволуције у области вршења родитељског права над дететом, које се схвата као право функција, односно као скуп права и дужности родитеља према деци, те стога идентична ограничења важе и за њега. Пре свега, она која проистичу из растуће правне аутономије детета. Право детета признато Конвенцијом и Породичним законом Републике Србије (ПЗ) да изрази своје мишљење када се одлучује о његовим правима или која се њега тичу неизбежно води ка преиспитивању правног заступања. Стога, неки предвиђају његову суморну будућност, суочену с једне стране са растућом аутономијом деце, кроз признавања њихових слобода и права на изражавање мишљења из Конвенције о правима детета, а са друге стране, са новим методама заштите рањивих особа, путем њиховог суделовања, потпомогнутим одлучивањем, при закључењу правног акта, чиме се настоји помирити аутономија и заштита.[5] Малолетник, вршећи једну диспозитивну радњу, сам закључује правни акт уз претходно одобрење његовог „заступника“. Због свега овога, техника заступања се често схвата као застарели механизам, сведочећи о неспособности која се сматра понижавајућом, јер доводи до порицања аутономије личности и, у најгорем случају, порицања личности заступаног.

Заштита коју родитељи пружају је општа, тиче се свих потреба детета, везаних за личност и имовину. Иако се овлашћења родитеља као законских заступника односе на различите домене, личност и имовину, Породични закон их регулише заједно, под заједничким називом „старања о детету“. Наиме чл. 68, ст. 2 нормира да „Старање о детету обухвата: чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање те управљање и располагање имовином детета.“ Према томе, родитељско право подразумева интегрално старање о детету, о личности и имовини.[6]

Старање које се тиче заступања се односи првенствено на управљање и располагање имовином детета, али и на заступање у поступцима заштите права и интереса детета. Ово је нормирано у чл. 72, ст.

[5] Z. Ponjavic, “Ability of persons deprived of legal capacity to exercise their personal rights”, *Law in the process of globalization*, [collection of papers contributed on the occasion of 40th anniversary of the Faculty of Law of the University of Kragujevac], (eds. S. Djordjevic, S. Vladetic, J. Labudovic Stankovic), Kragujevac 2018, 451–471.

[6] За разлику од примера ради француског права које старање о личности регулише одвојено, у првом поглављу девете главе, а старање о имовини у другом поглављу Грађанског законика. Вид. *https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT00000607-0721/*.

1 Породичног закона према коме родитељи имају право и дужност да заступају дете у свим правним пословима и у свим поступцима изван граница пословне и процесне способности детета (законско заступање).

Када се ради о старању о управљању и располагању имовином детета, треба рећи да то није само институција заштите имовине већ и у ширем смислу палијативно санирање пословне неспособности малолетника. Тако се ипак показује постојање аутономије између старања о имовини у односу на старање о личности. Старање о управљању и располагању имовином несумњиво укључује овлашћења заступања, док вршење родитељског права у погледу личности детета подразумева вршење осталих овлашћења из његове садржине. Средства која оцу и мајци стоје на располагању у циљу остварења ове мисије су вршење права и дужности да васпитавају дете, подижу га и чувају, доношењем свакодневних одлука које се односе на његов живот, као што су храна, одећа, школовање, здравље, хобији, религија. У овом циљу родитељима се дају прерогативи да их врше у интересу детета, што доводи до поменутог квалификовања родитељског права као функције, а не субјективног права.

У поступцима из породичних односа у којим се родитељи појављују као заступници, права и интереси детета су заштићени и правилима парничне процедуре, пре свега применом официјелног и истражног начела. Првенствено се ради о заступању у поступцима у којима дете не може самостално иступати због своје процесне неспособности, која је само израз његове пословне неспособности. Појам процесног заступања у овом случају изведен је из појма заступника у материјалном праву, односно у правним пословима.[7] Према официјелној максими суд може предузети одређене мере по службеној дужности будући да није везан предлозима странака, чак и када су оне сагласне или када нема њиховог предлога. У поступку у вези са породичним односима суд може утврђивати чињенице и када оне нису међу странкама спорне, а може и самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела (чл. 205 ПЗ). Управо захваљујући овим начелима суд треба да заштити најбоље интересе детета. Међутим, да ли је само њихова примена довољна да се на најбољи начин постигне овај циљ? Утврђивање најбољег интереса од стране суда није нимало лако. Питање је да ли су родитељи најспособнији да открију интерес свог детета, будући да су често заузети решавањем својих проблема, нпр. у случају развода брака, чак и када се слажу у погледу решења које се тиче вршење неког права из садржине родитељског права.

[7] Д. Палачковић, *Парнично процесно право*, Крагујевац 2004, 111.

Поред овога, судије могу бити у искушењу да одустану од разјашњења одређених важних питања из разлога процесне економичности. На крају, суд може одустати од утврђивања мишљења детета због одсуства његове зрелости или способности за формирање мишљења, у ком случају родитељи говоре уместо њега.

Захваљујући институцији посебног (специјалног) заступника у поступку, ове празнине могу бити попуњене. У недостатку мишљења детета које није утврђено због незрелости или одсуства способности за формирање мишљења, његова права штитиће независни и искусан супсидијаран представник, а не његови родитељи. Поред овога, више се не поставља питање пристрасности судије с обзиром на то да независни заступник представља дете. Може се сматрати да је овим положај детета у поступку побољшан.

3. СУПСИДИЈАРНО ЗАСТУПАЊЕ

Поверење у способност законског заступника да заштити интересе малолетника је камен темељац законског заступања. Међутим, када су интереси законског заступника у супротности са интересима детета, овог поверења више нема и мора се успоставити супсидијарни начин заступања. Према Породичном закону родитељи као законски заступници не могу заступати дете у случају постојања супротних интереса.[8] ПЗ предвиђа два вида овог заступања: преко колизијског старатеља и привременог заступника.

Најстарији механизам овог заступања је преко колизијског старатеља, првобитно уведен у грађанско право као одговор на ситуације у којима је законски заступник имао став који се није могао помирити са одбраном интереса детета. Постојање супротности интереса представља неку врсту границе заступања. Најпре су постављани за заступање приликом склапања правних послова који се тичу управљања и располагања имовином детета, односно у пословима имовинске природе. Првенствено имају материјалноправна овлашћења, али могу имати и процесна. Пре свега, у поступцима у којима се одлучује о правима детета или се њих тичу.

Према чл. 132, ст. 1. ПЗ „орган старатељства може одлучити да постави привременог старатеља штићенику, као и детету под родитељским старањем… ако процени да је то неопходно ради привремене заштите личности, права или интереса тих лица“. А у другом ставу се већ истиче дужност органа старатељства да, поред осталог, постави

[8] „Ако између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси, дете заступа колизијски старатељ“ (чл. 265, ст. 1).

овог старатеља лицу чији су интереси у супротности са интересима његовог законског заступника, односно лицима која имају супротне интересе а истог законског заступника (колизијски старатељ).[9]

Овај старатељ нема мисију опште бриге о детету какву имају родитељи или старатељи, већ посебну мисију. Одлуком о постављању привременог старатеља одређује се правни посао или врста правног посла коју он може предузети у зависности од околности сваког конкретног случаја (ст. 3). Углавном су то послови који се тичу управљања и располагања имовином детета. Дакле, има овлашћења законског заступника, родитеља или старатеља само у случају предузимања правног посла за који је постављен. То значи да и он може неке послове склапати самостално, док ће му за друге требати сагласност органа старатељства. Постављање овог старатеља не доводи у питање вршење родитељских права од стране родитеља, односно старања о детету од стране старатеља.

За разлику од законског заступника, он може вршити своја овлашћења само у границама права признатих детету. Односно, овлашћења родитеља, као законског заступника детета, за разлику од колизијског старатеља никада нису ограничена правима заступаног. То је разлог зашто овај механизам заступања постоји.[10] У супротном би довела до лишавања детета његових права уколико не може директно или посредно преко законског заступника да их остварује. Овлашћења родитеља, као законског заступника, се дакле односе „и на лична права заступаног, по класичној шеми заступања, али и на специфична и општа права родитеља која му закон приписује изван

[9] Нешто другачије решење, детаљније и прегледније, предвиђа чл. 215 Породичног закона Републике Српске:

1. Посебан старалац поставиће се лицу над којим родитељи или усвојиоци врше родитељско право за вођење спора између њега и његових родитеља или усвојиоца, за закључење појединих правних послова између њих, као и у другим случајевима када су њихови интереси у супротности.

2. Лицу под старатељством поставиће се посебан старалац за вођење спора између њега и стараоца, за закључење правних послова, као и у другим случајевима када су њихови интереси у супротности.

3. Када међу малољетницима над којима исто лице врши родитељско право или међу лицима која имају истог стараоца треба да се води спор или закључи правни посао у коме су интереси малољетника, односно штићеника у супротности, поставиће се сваком од њих посебан старалац за вођење спора, односно закључења посла.

4. Када родитељи, усвојиоци, стараоци или поједини органи, односно организације у вршењу својих послова сазнају за случајеве из ст. 1. до 3. овог члана, дужни су да о томе обавијесте надлежни орган старатељ.

[10] L. Francoz-Terminal, 58.

било каквих посебних овлашћења за заступање“.[11] У механизму законског заступања изражава се само једна воља, воља заступника. Ако се малолетник сматра особом коју треба заштитити од других, али и од самог себе, не може се обавезивати својом вољом чак и ако је изрази његов законски заступник. Изражена је воља законског заступника у име детета, која ће га обавезивати као да је то била његова воља. Кроз правно заступање, „уговор ће моћи да произведе своје ефекте на имовину или личност особе чија сагласност недостаје“.[12]

Поред овога, и суд може поставити привременог заступника у случају ако процени да у спору за заштиту права детета или у спору за вршење односно лишење родитељског права дете као странка није заступано на одговарајући начин.[13] У Породичном закону нема одговора на питање да ли овог заступника може поставити суд, без било чијег тражења, и у случају постојања супротности интереса детета и законског заступника. Одговор је делимично дат у одредби чл. 81, ст. 1, тач. 2 ЗПП–а према којој суд може поставити привременог заступника ако утврди да „постоје супротни интереси туженог и његовог законског заступника“ а поступак постављања законског заступника би трајао дуго па би настале штетне последице. Ово правило се, међу-

[11] Истина, можда би се могао извући и другачији закључак у погледу овлашћења колизијског старатеља. Наиме, нетачно је порицати да колизијски старатељ може имати више права од детета. Јер он замењује родитеље који као законски заступници имају општу моћ заступања чије су границе одређене Законом, а не позивањем на границе права која дете има. Вид. M. Goncalves Schwartz, *La notion de mandataire ad hoc*, Thèse Droit. Poitiers: Université de Poitiers, 157, *http://theses.univ-poitiers.fr/notice/view/56074*.

[12] J. Carbonnier, *Droit civil: Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis, 16e éd. 1992, 234.

[13] Вид. чл. 266, ст. 2 ПЗ: „Ако суд процени да у спору за заштиту права детета или у спору за вршење односно лишење родитељског права дете као странка није заступано на одговарајући начин, дужан је да детету постави привременог заступника.“ Слично решење као у Републици Србији постоји у праву Француске. Старатељски суд може поставити заступника *ad hoc* да уместо родитеља врши права детета у његово име и за његов рачун и то у границама датих овлашћења. Поставља се унапред у грађанским парницама када су његови интереси супротни интересима законских заступника (чл. 389-3 Грађанског законика), које се тичу утврђивања и оспоравања порекла детета према родитељима, у спору за поништење усвојења, у спору за одржавање личних односа са дететом, а такође и у споровима око наследства или за накнаду штете. Такође, под истим условом суд га може поставити и у току судског поступка (чл. 388-2). Нешто другачије решење предвиђа енглеско право. У њему се нормира двострука заштита детета: преко социјалног радника (*Guardian ad litem*) кога поставља суд, чија је дужност да утврди чињенице везане за дете, који се обавезно поставља када су интереси детета у супротности са интересима законског заступника, као и преко правног заступника детета (*Advocate*) који предузима процесне радње у име и за рачун детета. Вид. A. Grevot, “L'administrateur *ad hoc*: l'enfant délaissé du dispositif de protection de l'enfance”, *Journal du droit des jeunes*, vol. 297, 7/2010, 12–19.

тим, односи само на ситуацију када је дете у процесној улози туженог.[14]

И привремени заступник има овлашћења законског заступника али само у парници у којој је постављен, за разлику од законског заступника који може водити све парнице заступаног. Има сва права и дужности које има законски заступник, па и у погледу овлашћења за предузимање парничних радњи.[15] Овлашћења овог заступника проистичу из одлуке суда, за разлику од родитеља као законских заступника чија овлашћења проистичу из закона. Ову одлуку суд доставља без одлагања органу старатељства, а странкама чим је то могуће. Привремени заступник предузима парничне радње у поступку све док се странка, њен законски заступник или пуномоћник не појави пред судом или док орган старатељства не обавести суд да је поставио старатеља (чл. 82, ст. 2 ЗПП). Против решења о постављању привременог заступника није дозвољена жалба (чл. 81, ст. 5 ЗПП). Суд има моћ процене врло широког појма заступања на „одговарајући начин“ из чл. 266, ст. 2 ПЗ. У овом смислу не помаже ни констатација да ће се процена вршити са аспекта заштите интереса детета, будући да садржина овог крајње неодређеног појма еволуира током времена.

У оба случаја дужност постављања ових супсидијарних заступника зависи од процене органа старатељства или суда, односно, нема аутоматског и императивног постављања. Постављају се када постоји само ризик од супротности интереса. Није потребно да је до њега и дошло. Заједничко им је и то што су оба привремени. Они су супсидијарни у односу на законског заступника, односно, постављају се само када законски заступник не може да у потпуности врши своју функцију заступања.

У недостатку законске дефиниције може се рећи да је колизијски старалац, односно привремени заступник, физичко лице које именује орган старатељства или суд да замењује законског заступника, односно родитеља или старатеља, заступајући малолетно дете у поступку који је у току, или поводом предузимања неког правног акта. Иако није добио мандат од детета да га заступа у складу са његовом вољом,

[14] У правној теорији се истиче да су правила ПЗ о привременом заступнику специјална у односу на она из ЗПП-а па се детету као странци „по себи“, а не искључиво као туженом (као што стоји у тачки 2) може поставити привремени заступник. Вид. Д. Палачковић, „Поступак у спору за заштиту права детета“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Зборник радова са саветовања, Врњачка Бања, 16. и 17. октобар 2006, Крагујевац 2006, 540.

[15] Ј. Чизмић, „Привремени заступник у парничном поступку“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, Vol. 36, 1/2015, 607.

има способност да делује у име њега, вршећи његова права у границама поверене му мисије.

4. ПОСТАВЉАЊЕ ЗАСТУПНИКА НА ЗАХТЕВ ДЕТЕТА

Супсидијарни заступник, колизијски старатељ или привремени заступник, се може поставити због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника и ако то затражи дете, само или преко неког другог лица или установе, под условом да је навршило десет година и ако је способно за расуђивање. Како ово не би остало мртво слово, дете мора бити информисано о свом праву да буде заступано. Уколико би суд проценио да дете није способно за расуђивање одбијајући његов захтев за постављање супсидијарног заступника, против ове одлуке дете не може уложити жалбу. Именовање овог заступника може се извршити у различитим фазама поступка, било у првом степену или пред вишим, односно апелационим судом, јер се потреба детета за подршком може појавити у било ком тренутку током поступка.

Оваква одредба на два нивоа удаљава дете од права да му се постави заступник. Најпре, овом одредбом су прописани само услови да дете уопште може поставити захтев (затражити), без обавезе органа да га позитивно реши. Утврђење постојања ова два услова још увек не значи много. Оваквом нормом упитне вредности, законодавац је избегао да призна детету право на привременог заступника, односно колизионог стараоца, што би било у складу са тенденцијом израженом у Конвенцији о правима детета према којој деца морају играти активну улогу у поступку. Нека страна права, као што је швајцарско, садрже овакво решење. Наиме, према чл. 299, ст. 3 Грађанског процесног законика „на захтев детета способног за расуђивање, суд поставља заступника. Против одлуке о одбијању захтева дете може да се жали“.

С циљем решавања захтева детета ови органи морају спровести одговарајуће извиђаје да би се на брз и погодан начин уверили у његову способност за расуђивање.[16] Имајући у виду чињеницу да одређивање ових заступника треба да ојача позицију детета у поступку процене ове способности треба бити прилично либералан, растерећен строгих критеријума. Иако се то у ПЗ не каже, сматрамо да би у овом случају ако се усвоји захтев требало дозволити детету способном за расуђивање да само изабере заступника у кога има поверење, што је у складу са правима детета на партиципацију. Постављањем овог заступника индиректно се ограничавају прерогативи његовог оца

[16] Г. Станковић, „*Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право*“, Ниш 2007, 558.

и мајке, односно умањују овлашћења родитеља на заступање. Посебно је питање када се мишљење детета слаже са оним што судија сматра да је у његовом најбољем интересу да ли је то знак зрелости детета, односно способности за расуђивање. Лоше дефинисан однос између интереса и права детета доприноси дискреционој моћи судије. Свакако би било корисно за дете и његов приступ правди када би се дало појашњење, било кроз развој законодавства или усвајање смерница за правнике. Ово треба урадити узимајући у обзир дефиницију зрелости у међународном праву, као посебан појам различит од узраста који се мора процењивати од случаја до случаја, узимајући у обзир развојне способности детета за разумевање и изражавање.

5. СУКОБ ИНТЕРЕСА

Законски заступник неће моћи да заступа дете, већ ће то чинити колизијски старатељ или привремени заступник ако између њих постоје супротни интереси. Зато је појам супротности интереса заиста кључан за њихово постављање.

Супротност интереса је својствена људској природи. Ко каже интерес, каже сукоб.[17] У законодавству, као и у судској пракси није дефинисан овај појам, будући да традиционално више припада домену деонтологије него права. Може се дефинисати као ситуација у којој се лични интереси особе сукобљавају са њеним дужностима према другим. Тада се лице коме је законски призната материјална моћ за обављање мисије за друге мора определити између свог и интереса неког трећег лица. Дакле, то је ситуација неслагања, разилажења између два субјекта права која може довести до спора, односно, „супротстављање правних захтева поднетих у грађанској парници у којој се доноси одлука. Што технички значи да надлежни судија не решава сукоб, већ спор.“[18]

Нарочити проблем се јавља са дефинисањем појма „интерес“. Може ли се одговорити на питање шта је интерес или треба једноставно рећи да се ради о нејасном и непрецизном појму. Разлог који се често наводи да се оправда одсуство генеричке дефиниције интереса је у његовој свеприсутној природи.[19] Интерес је еластичан, пролазан и

[17] A. Martin-Serf, “L’évolution législative et les conflits dans les entreprises en difficulté“, *Gazette du Palais*, 26 juin 2008, 9. Према: M. Mekki, “La lutte contre les conflits d'intérêts: essor de la transparence ou règne de la méfiance?”, *Pouvoirs*, vol. 147, 4/2013, 17–32.

[18] V. Edihno Dos-Reis, *Les conflits d’intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Droit, Université Grenoble Alpes, 2016, 4.

[19] Супротност интерса се јавља у различитим областима права, грађанском, кривичном, привредном, јавном или у приватном сектору. Сукобни интереси су вишеструк-

неухватљив појам да би се могао обухватити помоћу јединствене дефиниције. Реч је изведена од латинске речи „*interest*“ што значи „камате“ која означава не само штету, већ и њену надокнаду.[20] На питање „шта је интерес“ један правник је истакао да „ако интерес није правно заштићен, он је по закону ништа. А ако јесте, то је право“.[21]

У контексту супротности интереса у породичном праву може постојати унутрашња супротност која настаје када се чланови породичне групе позивају на иста породична овлашћења тражећи предност за свој антагонистички захтев. Сукоб се тада тиче значења (смисла) или обима права који сваки од њих тражи, на које се позива. У таквом случају, супротност интереса је сведена на сукоб тумачења. Пример су многобројни сукоби родитеља у погледу овлашћења за вршење родитељског права, када отац и мајка у име најбољег интереса детета износе супротне тврдње.[22]

Супротност интереса може бити директне природе, што је највидљивије у области заступања у имовинским односима, управљања и располагања имовином детета. Примера ради, то је случај са постојањем контрадикторних интереса у оставинском поступку у коме су на наслеђе позвани дете, као парнично неспособна странка и његов законски заступник. И у неким другим ситуацијама није тешко закључити да постоји супротност интереса. То се пре свега односи на случајеве класичног заступања у имовинскоправним споровима, када је супротност интереса детета и његовог законског заступника, родитеља или старатеља, очигледна и када се детету поставља колизијски старатељ. Тако у случају парничног поступка за издржавање који дете покреће против једног родитеља, а родитељ са којим дете живи из неоправданих разлога не тражи издржавање за дете као његов заступник, или ако је поверено другом лицу или установи. Или се спор води за накнаду штете коју је старатељ, као законски заступник детета, причинио имовини штићеника. У овим случајевима, као што се констатује у правној теорији, довољно је утврдити да постоје супротни интереси па суд уопште не би требао улазити у оцену хоће ли закон-

ки: индивидуални, колективни, категоријални, јавни, локални, регионални, општи, глобални… Борба против сукоба интереса постала је неопходност због све чешћег мешања јавних и приватних интереса.

[20] И у архаичном говору српског језика „дати паре под интерес“ значило је позајмити новац са каматом.

[21] H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles 1939, t. 3, p. 894. Према: V. Edihno Dos-Reis, 9.

[22] *Ibid*., 15.

ски заступник у конкретном спору поступати супротно интересима детета.[23]

Када су у питању лични, неимовински, породични односи, супротност интереса се у судској пракси препознаје нарочито у споровима о пореклу детета. То су парнице у којима је детету по закону признат положај странке, без обзира у ком својству се налази, тужиоца или тужене стране, као што је случај са парницама за утврђивање или оспоравање очинства и материнства. Постојање супротности интереса детета и родитеља је очигледно. Детету се у овим споровима колизијски старатељ по правилу поставља унапред, као што је нпр. случај и са тужбом детета за заштиту од насиља у породици против родитеља, законског заступника, који самостално врши родитељско право.[24] Супротност интереса може бити и посредне (индиректне) природе, када законски заступник заступа истовремено интересе више деце.

Мање је видљива супротност интереса у области личних или имовинских односа у којима се дете не појављује као странка, већ као „прикривена“ странка, а понекад је чак сведено на објект поступања, као што је случај са спором родитеља и трећих лица који их ометају у вршењу родитељских права.[25] У Породичном закону нису ни примера ради, као што је случај са неким решењима из упоредног права,[26] наведени ови случајеви. У овим споровима, супротност интереса детета и законског заступника не само да је мање видљива, већ је њено постојање под знаком питања. Постојање супротности интереса као једини критеријум у овом случају за њихово постављање у поступку који се води између родитеља поводом вршења родитељског права мора бити рестриктивно тумачено. Наиме, примена овог критери-

[23] Вид. М. Јанковић *et al.*, *Коментар Закона о парничном поступку*, треће допуњено издање, Београд 1990, 125.

[24] Одлука Апелационог суда у Београду, Гж 2 1324/1, 10. 1. 2014. У образложењу ове одлуке Суд истиче да у овој парници децу, као тужиоце, не може заступати други родитељ коме деца нису поверена јер није законски заступник деце па им је због тога постављен колизијски старатељ, *https://sirius.rs/praksa/vZ3vFA*.

[25] Г. Станковић, „Дете као странка у парничном поступку“, *Зборник радова Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Г. Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2012, 35.

[26] Тако Швајцарски грађански процесни законик у ставу другом под а) члана 299 нормира да се може привремени заступник поставити нарочито у парницама у којима се одлучује о: вршењу родитељског права, поверавању деце, важним питањима одржавања личних односа, учешћу у старању о деци, доприносу за идржавање. Вид. *https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/fr#art_299*. Као и: M. Pradervand-Kernen, Les Droits de l‘enfant dans la procédure civile, à la lumière de la jurisprudence Suisse, *https://willworking.com/pdf/Justice%20pour%20mineurs/2015_audition-et-representation-enfant-en-justice.pdf*, 25. 8. 2022.

јума у поступцима у којима дете нема „аутономно материјално право” се показује као потпуно неефикасно, а питање је може ли уопште постојати и бити примењен. Могло би се рећи да не постоји супротност интереса већ само различито виђење родитеља о ономе што захтевају интереси детета, али то није разлог за именовање привременог заступника. У поступцима који се односе на вршење родитељског права, одлука судије се заснива на интересима детета. Овај интерес је тада у центру расправе родитеља и њихових захтева. У њима се не расправља о интересима родитеља, односно о њиховим правима, већ о могућности да врше ингеренције (овлашћења) која су им призната у оквиру вршења родитељског права. Дакле, не ради се о супротности два интереса, родитеља и детета, будући да постоји само интерес детета и остваривање права – функције родитеља.[27] Интерес који родитељ наводи у свом захтеву није његов већ дететов. Идеја је да интерес детета, који чини основ захтева родитеља према другом, не треба мешати са њиховим сопственим интересом. Постојање супротности са интересом детета на које се односи поступак не може се у овом случају доказати. Треба признати да ово може бити само разилажење родитеља у оцени интереса детета, а не супротност интереса у строгом смислу речи.[28] Детету се, дакле, неће поставити привремени заступник, али ће суд у складу са чл. 65 ПЗ имати дужност, између осталог, да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна. У овим поступцима, чим дође до разилажења између онога што желе родитељи или један од њих и жеља детета, резоновање у контексту супротности интереса је беспредметно. Судија који разматра случај је, шта год да се деси, заштитник интереса детета и одлучиће у складу са њим, што у неким случајевима може захтевати, у зависности од чињеница случаја, да жеља детета попусти пред родитељским прерогативима и обрнуто.

Очигледно је да идеја да се детету призна што више права може створити конфузију у погледу могућности постављања привременог заступника у току поступка који се води по тужби једног родитеља за вршење родитељског права. У питању може бити решавање неких питања у којима би се дете могло појавити као странка, само што се решавају у адхезионим поступцима. Примера ради, у брачном спору којим се тражи развод брака тужилац, супружник – родитељ, као законски заступник поставља један или више адхезионих захтева: за вршење родитељског права, за поверавање детета на чување и васпи-

[27] Ова идеја је оснажена формулацијом чл. 67 Породичног закона: „Родитељско право изведено је из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.“

[28] L. Francoz-Terminal, 372.

тавање, за издржавање детета, за одређивање привремене мере ради законског издржавања. Законски заступник, дакле, поред захтева за остварење својих права у поступку истиче захтев за решавање о одређеном праву детета, иако у поднеску себе не означава као законског заступника а дете као странку, нити ће тако бити означено у пресуди.

Из овог списка треба издвојити адхезиони поступак за издржавање где супротност интереса детета и његовог законског заступника може бити интезивнија и очигледнија у односу на друге примера ради набројане случајеве. Супротност интереса између детета и родитеља који је тужен за издржавање је очигледна, овом другом престаје овлашћење заступања, што у принципу значи да само други родитељ има право да заступа дете. Да ли постоји супротност интереса када у овом спору и супружник, родитељ законски заступник, тражи издржавање за себе након развода брака? Његов захтев се појављује у конкуренцији са захтевом детета које заступа, будући да претендују на исти извор за издржавање. Међутим, ова супротност је ипак само привидна. Наиме, интереси детета су боље заштићени у односу на интересе родитеља применом истражне и официјелне максиме, као и због чињенице да издржавање детета има предност у односу на издржавање родитеља. Поред овога, издржавањем детета не подмирују се само његове основне животне потребе, већ и потребе за образовањем и васпитањем, што у крајњем случају олакшава и материјални положај родитеља, законског заступника, који се о њему стара. Стога је и у његовом интересу да овај износ у корист детета буде што већи.

Ако интезитет неслагања између родитеља по овим питањима не прелази ниво уобичајен за већину парова, није сврсисходно поставити супсидијарног заступника детету, поготову када и извештај центра за социјални рад не помиње потребу за тим, нити су родитељи тако што захтевали. Иако се у ПЗ не предвиђа право родитеља да захтевају постављање привременог заступника такво право им се, међутим, мора признати јер произилази из њиховог статуса странака у поступку за заштиту права детета. Питање потребе постављања посебног заступника мора бити на уму судији током читавог поступка, што мора довести до именовања заступника чим судија процени да је таква мера неопходна.

6. ЗАДАЦИ И УЛОГА ЗАСТУПНИКА

Као специјални, супсидијарни, заступник детета може бити постављен адвокат, социјални радник, педагог, психолог, учитељ. Како већина ових лица нема комплетне компетенције за заступање, најбоље би било поставити адвоката који је специјализован за ове врсте

спорова.[29] Нажалост, оваква специјалност се од адвоката према законодавству Републике Србије не тражи, као што је то случај са специјализацијом (едукацијом) судија који решавају породичне спорове.[30] Једино према чл. 81, ст. 1 ЗПП-а постоји обавеза суда да за привременог заступника постави искључиво адвоката по редоследу са списка адвоката који суду доставља надлежна адвокатска комора.

Начин на који овај супсидијарни заступник врши поверену дужност је извор дилема, будући да законодавство не садржи одредбе које регулишу његов однос са дететом. Такође, доктрина и судска пракса нису у овом погледу дале неки допринос, било у погледу дефинисања аутономије детета или овлашћења заступника.

Примарна мисија заступника је да судији и осталим учесницима у поступку предочи виђење детета у расправи и да одлучује у његово име. Да би то могао урадити, мора бити у стању да се постави на место детета. Ако се гледиште детета игнорише у корист утврђивања његовог благостања, оно ће се наћи у улози објекта и неће имати било какве користи од постављања заступника. Други задатак заступника је да обавља функције праћења и контроле и да проверава да ли се неопходне мере заштите детета које је он предложио спроводе. Он пријављује кашњења у поступку и стара се да се случај реши што је брже могуће. Коначно, заступник може играти улогу посредника између странака у спору, првенствено између родитеља.

Када адвокат брани интересе пунолетне особе дужан је да поштује његова упутства. Делатност адвоката се усмерава према жељи налогодавца. Ако је адвокат мишљења да жеље налогодавца не одговарају његовим интересима, од њега се тражи да му то назначи али адвокат остаје везан жељама налогодавца. Другачија је ситуација са привременим заступником, односно колизијским старатељем. Жеље детета могу бити неразумне, изманипулисане од стране родитеља, једном речју нису у његовом најбољем интересу. Основно питање када се ради о улози заступника детета је да ли своју активност мора водити ка оном што је објективно добро за дете или према жељама и вољи детета.[31]

---

[29] Према чл. 299 Швајцарског грађанског процесног законика заступник мора бити „искусан у пружању помоћи и у правним питањима“.

[30] Вид. чл. 35, ст. 5 ЗПП: „Судије које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета.“

[31] Према чл. 158, ст. 4 *FamFG* Немачке, како субјективна воља детета тако и објективно добро детета морају се узети у обзир, Закон о поступку у породичним стварима и у стварима у ванпарничној надлежности, *https://dejure.org/gesetze/-FamFG/158.html*.

Породични закон у овом погледу у рубруму чл. 267 „Дужност колизијског старатеља или привременог заступника“ набраја ове дужности само ако у спору за заштиту права детета или у спору за вршење, односно лишење родитељског права заступа дете које је способно да формира своје сопствено мишљење. Дужан је „да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна; да детету пружи објашњење које се тиче могућих последица акта који он предузима; да пренесе суду мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета“. Његова улога је, на први поглед, прилично скромна и своди се на „посредника између детета и суда“, али и да „увек настоји да осигура да се мишљењу детета посвети дужна пажња, односно да интереси детета буду заштићени на најбољи начин“.[32] Из овог набрајања произлази да се они своде на објективне преносиоце мишљења детета суду, пошто га је претходно пажљиво утврдио. Ово може бити тежак задатак јер се врло често интереси родитеља мешају са интересима деце па их је тешко раздвојити.

Међутим, заступник може одступити од пуког објективног преношења воље детета ако би то било у супротности са његовим најбољим интересом, чак и ако заступа дете способно за расуђивање. Апстрактни појам најбољег интереса детета еволуира стално и може створити правну несигурност. Неки међународни документи у овом погледу нагињу ка субјективном приступу преношења воље и жеље детета од стране заступника. Тако Комитет министара Савета Европе у својим директивама које се односе на правусуђе примерено деци[33] у броју 40 истиче да „Децу треба посматрати у потпуности као посебне клијенте који имају своја права, и адвокати који их заступају треба пре свега да истакну њихово мишљење“.[34] Такође, и у Општем коментару бр. 12 Комитета за права детета[35] у броју 36 се каже да „Ако се саслушање детета обавља преко заступника, од највећег је значаја да заступник тачно пренесе мишљење детета доносиоцу одлуке“.

Чини се да би било најбоље прихватити један мешовити, објективно-субјективни приступ који на најбољи начин уравнотежује улогу

[32] М. Драшкић, *Коментар породичног закона*, Београд 2020, 616.

[33] *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010, *https://rm.coe.int/16804b92f6*.

[34] *Les enfants devraient être considérés comme des clients à part entière ayant leurs propres droits, et les avocats qui les représentent devraient mettre en avant l'avis de ces derniers*; (Слободан превод).

[35] УН, Општи коментар број 12: Право детета да буде саслушано, 20. јули 2009.

заступника у заступању интереса детета. Наиме, заступник не мора сваки пут да преноси жеље детета. Може их оставити по страни ако су очигледно непромишљене или неразумне. Ипак, сматрамо да заступник мора назначити на одговарајући начин постојање супротности између воље и жеље детета и интереса детета.

Такође, у овој расправи о објективном или субјективном приступу улози заступника треба свакако, или пре свега, узети у обзир узраст детета. Што је дете старије, утолико ће бити потребније афирмисати значај његовог гледишта. Очигледно је да дете млађе од 10 година није увек у стању да на прави начин своје жеље пренесе заступнику. У овом случају заступник би могао и уз помоћ других лица, нпр. дечијег психолога утврдити жеље детета, тако да у овом случају интеракције са дететом готово да нема. Заступник би у овом случају морао да суду пренесе свој став о томе шта је у најбољем интересу детета. С друге стране, ако је дете старије, нарочито ако је само односно преко неког другог лица или установе затражило да му се постави колизијски старатељ, односно заступник, треба очекивати да се они више придржавају упутстава детета.

7. ЗАКЉУЧАК

Имплементација механизма заступања омогућава учешће детета у правном животу у мери у којој је његова неспособност покривена овлашћењима која у његово име и за његов рачун врши законски заступник. Примена овог режима заступања данас више не обухвата брисање укупне правне личности малолетника и склањање иза његових заступника, будући да је организовано његово учешће у имплементацији права која су му призната. Механизам заштите детета се прилагођава прогресивном признању права у складу са природним способностима детета од рођења до пунолетства. Партиципација детета омогућава да се помири природна способност детета да учествује у доношењу одлука које се њега тичу, са поштовањем његове природне потребе за заштитом. Под утицајем Међународне конвенције о правима детета и тренда већег учешћа деце у остваривању њихових права, прибегавање колизијском старатељу или привременом заступнику у случају постојања супротности интереса представља средство промоције заступања интереса детета, без обзира на постојање законског заступника и без потребе за његовим разрешењем. Са ове тачке гледишта, постављање супсидијарних заступника је могућност да малолетник стекне одређену пословну и процесну аутономију.

Дужност постављања супсидијарних заступника зависи од процене суда или органа старатељства, чак и ако то затражи дете, непосредно или преко неког другог лица или установе, које је навршило 10. годину живота и способно је за расуђивање. Не располажемо подацима колико често судови постављају ове заступнике у спору за заштиту права детета или у спору за вршење, односно лишење родитељског права када дете нема положај странке, али постоје индиције да то ретко чине имајући у виду њихову оптерећеност огромним бројем предмета. То би допринело развлачењу поступка па судови користећи своје дискреционо право ретко прибегавају овом институту. Чини се стога неопходним модификовање закона нормирањем изузетних случајева који би захтевали обавезно именовање ових заступника под одређеним условима, чиме би дискрециона моћ судије била ограничена. Судија тада не би имао другог избора осим да одреди заступника када то дете или родитељи траже. Поред тога, овакво нормативно решење (дуализам) чини једног од ова два супсидијарна заступника сувишним. Једино у случају да дете није заступано на одговарајући начин дискреција не постоји. Тада суд по својој процени једино може поставити привременог заступника.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Grevot, Alain, “L'administrateur *ad hoc* : l'enfant délaissé du dispositif de protection de l'enfance”, *Journal du droit des jeunes*, vol. 297, 7/2010;
2. Драшкић, Марија, *Коментар породичног закона*, Службени гласник, Београд 2020;
3. Јанковић, Милка, Карамарковић, Хранислав, Јанковић, Живота, Петровић, Драгољуб, *Коментар Закона о парничном поступку*, треће допуњено издање, Београд 1990;
4. Mekki, Mustapha, „La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance?“, *Pouvoirs*, vol. 147, 4/2013;
5. Палачковић, Душица, *Парнично процесно право*, Крагујевац 2004;
6. Палачковић, Душица, „Поступак за заштиту права детета“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Зборник радова са саветовања, Врњачка Бања, 16. и 17. октобар 2006;
7. Ponjavic, Zoran, “Ability of persons deprived of legal capacity to exercise their personal rights”, *Law in the process of globalisation*, [collection of papers contributed on the occasion of 40th anniversary of the Faculty of Law of the University of Kragujevac], (eds. S. Djordjevic, S. Vladetic, J. Labudovic Stankovic), Kragujevac 2018;
8. Поњавић, Зоран, „Старалац као законски заступник“, *Реформа породичног законодавства* (ур. Л. Тодоровић), Зборник радова за

научни скуп 25. и 26. септембра 1996, Правни факултет Београд, Београд 1996;

9. Станковић, Гордана, „Дете као странка у парничном поступку“, *Зборник радова Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Г. Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2012;
10. Станковић, Гордана, *Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право*, Ниш 2007;
11. Уједињене нације, Комитет за права детета, Општи коментар број 12: Право детета да буде саслушано, 20. јули 2009;
12. Carbonnier, Jean, *Droit civil: Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis, 16e éd. 1992;
13. Чизмић, Јозо, „Привремени заступник у парничном поступку“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, Vol. 36, 1/2015.

Правни прописи

1. Закон о парничном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 и 18/2020;
2. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015;
3. Породични закон Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014.

Интернет извори

1. Edihno Dos-Reis, Vignon, *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Droit, Université Grenoble Alpes, 2016; *https://theses.hal.science/tel-01680978v2/document*;
2. Законик о грађанском поступку Швајцарске, *https://www.fedlex.-admin.ch/eli/cc/2010/262/fr#art_299*;
3. Закон о поступку у породичним стварима и у стварима ванпарничне надлежности Немачке, *https://dejure.org/gesetze/FamFG/158.html*;
4. *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010, *https://rm.coe.int/16804b92f6*;
5. Одлука Апелационог суда у Београду, Гж 2 1324/13, 10. 1. 2014. *https://sirius.rs/praksa/vZ3vFA*;
6. Pradervand-Kernen, Maryse, Les Droits de l'enfant dans la procédure civile, à la lumière de la jurisprudence Suisse, *https://willworking.-com/pdf/Justice%20pour%20mineurs/2015_audition-et-representation-enfant-en-justice.pdf*;
7. Prontera, Julien, *La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents*, Master, Univ. Genève, 2014. *https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46730*;

8. Schwartz, Marie Goncalves, *La notion de mandataire ad hoc*, Thèse Droit. Poitiers: Université de Poitiers, *http://theses.univ-poitiers.fr/-notice/view/56074*;
9. Francoz-Terminal, Laurence, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Thèse de doctorat de droit, Université Jean Moulin Lyon 3, *https://scd-resnum.univ-lyon3.fr/out/theses/2007_-out_francoz-terminal_l.pdf*;
10. Француски грађански законик, *https://www.legifrance.gouv.fr/-codes/id/LEGITEXT000006070721/*.

Full Professor Zoran Ponjavić, LL.D.

Faculty of Law, University of Kragujevac

Judge Ivana Ponjavić Serdar, LL.B.

Basic Court in Kragujevac

ON REPRESENTING CHILDREN IN SITUATIONS WHERE PARENTS MAY HAVE ADVERSE INTEREST

Summary

Due to their vulnerability and immaturity, children are under the special protection of their parents, their statutory guardians. They exercise their children's personal and property rights on their behalf and in their best interest. Parents have autonomous and general authority in this regard, which is prescribed by law and their mission exceeds the representation of persons lacking legal capacity based on civil law. In this way, the law has given parents a capital role in securing the legal lives of their minor children.

The trust that the statutory guardian will be capable of guarding the minor's interests is the cornerstone of statutory representation. However, in cases where the interests of the statutory guardian conflict with the child's interests, this trust no longer exists, and a subsidiary form of representation needs to be established. Based on the Family Law of the Republic of Serbia, this situation is resolved by appointing a collision guardian or temporary representative of a child. Their authority is restricted in the same way as the authority of the statutory guardian. The difference between them is that the temporary representative is appointed by the court when the civil case has already been filed and for this purpose only, while the collision guardian is appointed in advance and is given much broader authority.

The adverse interests may be direct, with the most obvious case being the child's representation related to his or her property rights, that is, managing and disposing of his or her property, as well as the child's representation in civil cases where the child appears as a party to the proceedings. The existence of adverse interests is more difficult to establish in cases of child representation related to his or her personal and property rights, where the child appears as a "covert" party. There is a question of whether adverse interests exist in such cases at all, since the child does not have "autonomous material rights", or whether there is just an issue of different opinions of parents regarding the requirements of the child's best interest, which should not result in the appointment of a temporary representative.

Under the influence of the Convention on the Rights of the Child and the trend of increasing participation of children in realizing their rights, resorting to these subsidiary methods of their protection represents the means of their indirect involvement in creating their own interests. Even without relieving the statutory representative, a child has acquired certain procedural autonomy, particularly given the fact that the child itself can demand the appointment of a temporary representative. In this way, the mechanism of children's protection is adapted to the progressive recognition of their rights according to their natural capacity from birth to adulthood. In this situation, the most challenging thing is to find the balance between the protection that a child needs and his or her participation in decision-making since, although it might seem counterproductive to include a child in every single decision, it is also very dangerous to leave him or her unprotected.

Key words: *Legal representative; Adversary interests; Collision guardian; Temporary representative; Child participation*.

УДК/UDC 347.232
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Илија Бабић, редовни професор у пензији

Београд

ПРЕДАЈА СТВАРИ КУПЦУ У УГОВОРУ О ПРОДАЈИ

У раду аутор осветљава тренутак предаје ствари купцу у уговору о продаји уз осврт на решења римског и упоредног права. Одређује појам ствари и робе, дефинише и разврстава ствари и доказује да начин предаје ствари зависи од њене природе. Анализира предмет продаје и предаје ствари и права купцу. На основу нотарски обрађеног уговора о продаји, који садржи клаузулу интабуланди (clausula intabulandi), право својине на непокретности стиче се уписом у земљишни регистар или други одговарајући начин одређен законом. Право својине на покретну ствар, на основу уговора о продаји, купац стиче кад му се она преда у државину или на други законом одређен начин.

Поједине ствари могу се предати из руке у руку – физичка предаја (traditio vera). Ако се ствари не могу предати из руке у руку или су удаљене од уговорних страна или би било неподесно или нерационално да се врши физичка предаја обавља се симболична предаја (traditio symbolica). У одређеним ситуацијама право својине не стиче се у моменту предаје ствари него у тренутку заснивања правног посла. Физичка предаја је тада сувишна, она се фингира. У привредном праву дистанциона предаја се, по правном дејству, изједначава са физичком предајом ствари, иако ствар још није предата купцу него лицу које ће за њега извршити превоз ствари.

Уговором о продаји може се уговорити да продавац покретну ствар преда купцу одмах након закључења уговора, уз задржавање права својине (pactum reservati dominii), док купац не исплати цену у потпуности. Кад су предмет уговора о продаји преносива имовинска права, продавац је у обавези да купцу прибави продато право, а када вршење тог права захтева држање ствари, продавац је дужан да купцу преда ствар у државину.

Кључне речи: Појам ствари (робе); Начин предаје покретне ствари; Начин предаје непокретности; Ризик пропасти ствари; Стицање права својине.

Илија Бабић, *babic.ilija@yahoo.com*.

1. УВОД

Једна од основних обавеза продавца после закључења уговора о продаји јесте преношење права својине на ствари (роби) на купца. Ову обавезу продавац може да испуни ако купцу преда ствар, односно прибави продато право, а кад вршење тог права захтева држање ствари, да му преда и ствар. Продавац и купац могу одступити од ових основних диспозитивних правила и закључити продају „са нарочитим погодбама“ (чл. 527–551 Закона о облигационим односима – ЗОО). Наше право, за стицање права својине на ствари, захтева постојање правног основа (уговор о продаји, размени, поклону и др.) и предају ствари (начин стицања). Начин стицања права својине, међутим, зависи од природе ствари (да ли су ствари покретне или непокретне, индивидуално одређене или одређене по роду).

Француско, швајцарско и италијанско право предвиђају да право својине на продатој ствари прелази на купца у тренутку закључења уговора, а не у моменту њене предаје купцу. И једно и друго решење у грађанским законицима континенталне Европе има основу у римском праву. Овај рад настоји да, уз помоћ више метода тумачења права, осветли облигационоправна и стварноправна дејства предаје ствари.

2. РИМСКО ПРАВО

Стицање права својине на основу уговора о продаји јесте најчешћи начин деривативног стицања права својине. Јустинијаново право (основа грађанског континенталног права Европе) напушта раније форме стицања права својине тако да *traditio* постаје једини и редован деривативни начин стицања права својине за све ствари. Деривативно стицање подразумева постојање пуноважног правног основа (*causa, titulus*), по правилу облигационог уговора, и начина стицања (*modus acquirendi*). Ако је циљ правног посла да стицалац постане власник ствари, предаји ствари претходи (или се то догађа сукцесивно) договор страна о заснивању правног посла. Воља о предаји ствари и стицању права својине је кључна у уговору о продаји, а она је подлога предаје ствари и стицања права својине (*iusta causa traditionis*).[1] У неким случајевима начин стицања (*traditio*) се одвајао од правног основа и постајао стварноправни уговор о преносу права

[1] К. Салковски, *Институције с историјом римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894, 252; О. Станојевић, *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004, 262; М. Хорват, *Римско право,* Школска књига, Загреб 1974, 133–134; А. Ромац, *Рјечник римског права*, Информатор, Загреб 1989, 338.

својине. После закључења уговора о продаји продавац је морао чувати ствар као *bonus pater familias* (као кад држи туђу ствар), и купцу је предати заједно са плодовима који су настали до предаје. Купац ствари је сносио ризик за случајно оштећење ствари од тренутка закључења уговора по правилу: *periculum est emptoris perfecta emptione*.[2]

3. УПОРЕДНО ПРАВО

Француски грађански законик из 1804. – ФГЗ, доследније него други доцније донесени грађански законици, прихвата решење Јустинијановог права да право својине и ризик пропасти или оштећења индивидуално одређених ствари прелази на стицаоца у тренутку кад је уговор закључен. Члан 1583 ФГЗ прописује да је продаја перфектна (готова, свршена) међу странама и право својине по закону стиче купац чим је постигнута сагласност о ствари која се продаје и цени, мада ствар још није предата купцу нити је плаћена цена. Ипак, уговор о продаји није перфектан и ризик пропасти или оштећења ствари не прелази на купца док се ствар не индивидуализује. Кад се ствар не продаје на велико већ по тежини, бројању или вагању, продаја није перфектна и за продате ствари ризик сноси продавац док се не извагају, преброје или измере. Купац може да тражи или испоруку ствари или накнаду проузроковане штете у случају неизвршења обавезе (чл. 1585 ФГЗ).[3]

Општи аустријски грађански законик из 1811. – ОАГЗ одређује да је уговор о куповини, „као и онај о промени“, основ за прибављање својине: „прибављање бива тек предајом предмета куповине. До предаје ствари продавац задржава право својине (пар. 1053 ОАГЗ)“.[4] Ако ствар случајно пропадне, пре предаје, тај ризик погађа продавца. Тада се продавац ослобађа обавезе, а отпада и купчева обавеза исплате цене.[5]

Српски грађански законик из 1844. – СГЗ, по узору на ОАГЗ, предвиђа да се могу прибавити ствари које имају господара „кад законим начином од једног пређу на другог, и овоме се предаду“ (пар. 285). Видови предаје ствари потпуније су уређени пар. 286–303а СГЗ-а.

---

[2] Д. Стојчевић, *Римско облигационо право*, Завод за издавање уџбеника, Београд 1960, 83.

[3] Види потпуније коментар члана 1585. ФГЗ: L. Andre, C. Pierre, *Code civil*, Litec, Paris 2001, 862–864.

[4] Вид. А. Рушнов, *Тумач Обћем аустријском грађанском законику, књига друга*, Књижаре Лав, Хартмана, Загреб 1891, 489–491.

[5] Л. Марковић, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 432–433.

Ризик случајне пропасти или оштећења ствари погађа власника – продавца све док ствар не преда купцу.

Немачки грађански законик из 1896. – НГЗ прописује да предајом продате ствари прелази на купца опасност случајне пропасти и случајног оштећења. Од тренутка предаје ствари купац стиче користи али и терете ствари. Ако је продавац на захтев купца отпремио продату ствар у друго место испуњења, прелази ризик на купца, чим је продавац ствар предао шпедитеру, возару или другом лицу за превоз (пар. 446 и 447).

Италијански грађански законик из 1942. – ИГЗ, као и ФГЗ, одређује (опште правило) да у уговорима који имају за предмет пренос својине неке одређене ствари (као што је и уговор о продаји), заснивање или пренос неког стварног права, односно пренос неког другог права, својина, или право преносе се и стичу „законито израженом сагласношћу страна“ (члан 1376). Ово правило важи и за скуп ствари, иако су исте врсте – „мада ствари морају бити означене бројевима, измерене или премерене“ (чл. 1377 ИГЗ). Ако уговор има за предмет пренос ствари одређених само по роду, својина се преноси индивидуализирањем извршеним сагласношћу страна или на начин како оне одреде. Кад ствари које се преузимају треба да буду пренете из једног места у друго, индивидуализирање се обавља путем предаје превозиоцу или шпедитеру. Ствар мора бити предата у стању у коме се налазила у тренутку продаје – постизања сагласности воља (чл. 1378 и 1477, ст. 1 ИГЗ).

Швајцарски законик о облигацијама из 1911. – ШвЗО, исто као ФГЗ и ИГЗ, прописује да користи и ризик за ствар која је предмет продаје прелазе на купца у тренутку закључења уговора, осим ако нешто друго не произлази из околности или посебног споразума. Исте последице настају за ствари одређене само по роду, ако су индивидуализиране, а када треба да буду отпремљене у друго место, потребно је да их је продавац предао на отпрему. У уговорима закљученим под одложним условом користи од продате ствари и ризик за њу прелазе на продавца тек испуњењем услова (чл. 185 ШвЗО).

Једнообразни законик Сједињених Америчких Држава из 1962. – ЈЗСАД предвиђа да ако уговором није предвиђено да продавац робу испоручи у одређеном месту опредељења, а уговор налаже продавцу или га овлашћује да робу отпреми преко превозиоца, ризик за пропаст робе прелази на купца у тренутку кад је робу прописно предао превозиоцу. Када је уговором предвиђено да продавац робу испоручи у одређеном месту опредељења, па се она тамо прописно и понуди док се налази у државини превозиоца, ризик за пропаст прелази на купца

у тренутку кад је роба у месту опредељења прописно понуђена тако да купац буде у стању да робу преузме (чл. 2–509).

4. ПРЕДАЈА СТВАРИ (РОБЕ)

4.1. Појам ствари и робе

Ствар је материјални део природе у људској власти на коме постоји субјективно стварно право. Мора испуњавати физичке и правне претпоставке. Физичка претпоставка захтева да део природе може бити у власти човека. Сунце, звезде, Месец, слободни ваздух у атмосфери, електрицитет у природи, океани, мора итд. нису ствари са гледишта стварног права. Правна претпоставка има у виду да се на том делу материјалне природе, под влашћу човека, може стећи стварно право или неко друго субјективно грађанско право. Најчешће је ствар истовремено и роба, али то не мора бити увек случај – тако се као објекат правног посла може појавити дијамант нађен у земљи, земљишна парцела у коју није уложен никакав рад (вид. чл. 5 Закона о стварним правима – ЗСП).

Роба је спољашњи предмет али и нематеријално добро, ствар или право на ствари, која задовољава потребе човека. Има употребну и тржишну вредност. Ако се ствар користи за непосредну потрошњу, нема својство робе. Из својства ствари да се може користити за потребе човека, проистиче њена употребна вредност, а самим тим и тржишна вредност. Израз вредности неке робе њен је новчани облик или цена.[6] За разлику од општег појма ствари својственог стварном праву, роба је посебна врста ствари намењена тржишту и значајан је предмет правних послова у привредном праву. Општа подела ствари на покретне и непокретне, индивидуално одређене и по роду одређене, главне и споредне и друге поделе важе и за робу као ствар намењену тржишту (најчешће продаји). У појединим правним ситуацијама разврставање робе по овим својствима има значај за сношење ризика њене пропасти или оштећења.

4.2. Одређеност цене

Одредбе Закона о облигационим односима – ЗОО које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено (чл. 25 ст. 1 ЗОО). Ако у уговору о продаји грађанског права цена није одређена или одредива („уговор не садржи довољно података помоћу којих би се она могла

[6] К. Маркс, *Капитал*, Просвета – БИГЗ, Београд 1979, 43–44 и 93.

одредити“) уговор је ништав (по тексту чл. 462, ст. 1 ЗОО „уговор нема правно дејство“). Кад је закључен уговор о продаји у привреди, а цена није одређена нити одредива уговор није ништав. Купац је дужан платити цену „коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у недостатку ове разумну цену“. Правни стандард „разумна цена“ конкретизован је у чл. 462, ст. 3 – то је текућа цена у време закључења уговора, „а ако се она не може утврдити онда цена коју утврђује суд према околностима случаја“. За уговор у привреди прописана су и нека друга одступања од уговора о продаји грађанског права.[7]

5. ПРИРОДА СТВАРИ И ТРЕНУТАК ЊЕНЕ ПРЕДАЈЕ КУПЦУ

5.1. Уопште

Основна обавеза продавца је да купцу преда ствар (робу). За предају ствари везује се одговорност за ризик њене пропасти или оштећења. Тренутак предаје ствари, међутим, зависи од тога да ли је она покретна или непокретна. Ако постоји закључен пуноважан уговор о продаји, право својине на покретној ствари купац стиче кад му је ствар предата у државину. Начин стицања права својине предајом ствари у грађанском и привредном праву, по правилу, јединствено је регулисано. Предаја је релевантна само ако је учињена са намером да на купца пренесе право својине одређене ствари (робе) и намере купца да је стекне у својину. Сама предаја ствари без намере да се на стицаоца пренесе право својине не преноси право својине (тзв. *nuda traditio*). Да би предаја ствари пренела право својине, она мора бити последица уговора о продаји с којим је у вези.

Предмет предаје (ствар) мора бити могућ, допуштен и одређен, односно одредив (чл. 46, ст. 2 ЗОО). Не може се пуноважно пренети право својине (иако је ствар предата) ако је ствар изузета из промета у потпуности или је у ограниченом промету (пуноважан је промет тих ствари само између законом прописаних лица).

По правилу, право својине се може пренети предајом ствари само ако је преносилац (траденс) власник те ствари (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Ако преносилац није власник ствари, предајом ствари у државину стицаоца (акципијенса) не може му на њој пренети право својине.

[7] Тако кад се после пријема ствари од стране купца покаже да ствар има неки недостатак који се није могао открити уобичајеним прегледом приликом преузимања ствари (скривени недостатак), купац је дужан, под претњом губитка права, да о том недостатку обавести продавца уговора у привреди без одлагања (чл. 482, ст. 1 ЗОО).

Предаја ствари зависи од врсте ствари, уговора страна и природе посла. Осим случајева наведених у ЗСП, предаја покретних ствари сматра се извршеном и када из конкретних околности произлази да је извршена предаја ствари (чл. 109, ст. 6 ЗСП). За разлику од начина стицања покретних ствари, право својине на непокретностима стиче се уписом у земљишни регистар (катастар непокретности).

5.2. Покретне и непокретне ствари као предмет продаје

Уговор о продаји у привреди најчешће за предмет има покретне ствари, али и непокретне ствари (станови и куће за тржиште, грађевинске парцеле и друго). Античка подела ствари на покретне и непокретне чини се да битно не губи на значају.[8]

Покретне ствари су оне чији се положај у простору може променити, а да се тиме не повреди њихова битна особина. Непокретне ствари су оне чији се положај у простору не може променити, а да се на тај начин не повреди њихова битна особина.[9] Члан 518 ФГЗ одређује да су земљиште и зграде непокретности по својој природи. Непокретности су честице земљишне површине, заједно са свим оним што је са земљиштем трајно спојено. Земљиште укључује површину тла и испод површине (чл. 6 ст. 2 и 3 ЗСП).[10] Успостављено је правно јединство непокретности у складу са римским правилом *superficies solo cedit*.[11] Парцеле земљишне површине јесу главна ствар, а исту правну судбину имају објекти и све оно што је трајно спојено са њима. Део земљишта нису објекти трајно са њим повезани ако их од њега правно одваја стварно право грађења. Самосталним стварима сматрају се машине и уређаји физички повезани са непокретношћу или кад имају својство њеног небитног дела ако је у јавном регистру уписано да на њима имају права трећа лица – на пример регистарско заложно право (чл. 14 ЗСП). Покретне ствари у функцији неке друге непокретности коју је одредио власник непокретности сматрају се

[8] Подела ствари на покретне и непокретне потиче из римског права, али није чинила *summa divisio* (основну поделу). Ова подела постала је главна у европским кодификацијама XIX века. Тако се, према одредбама чл. 516 ФГЗ све ствари деле на покретне или непокретне.

[9] Параграф 185 СГЗ је одредио: „Ствари оне, које се не могу с једнога места на друго кренути, или преместити, а да се у својим саставним честима и изгледу не наруше, јесу непокретне. Које се пак у целости својој могу преместити, оне су покретне.“

[10] A. Chamoulaud-Trapiers, *Droit des biens*, Breal 2007, 13.

[11] Према римском правилу *superficies solo cedit*, све што је на наведени начин везано за земљу дели правну судбину земљишта.

непокретностима по намени. Све што је са земљом трајно органски везано такође је непокретност.[12]

5.3. Предаја покретне ствари

Физичка предаја (traditio vera). Одређене мање ствари могу се предати из руке у руку (предаја коња, робе у продавницама, воћа или поврћа на пијаци итд.). Фактичку (физичку) предају има у виду чл. 467, ст. 2 ЗОО, који прописује да је продавац „извршио обавезу предаје купцу, по правилу, кад му ствар уручи...“. Ако је ствар индивидуално одређена, предаје се управо та ствар, а уколико је ствар одређена по роду, она се претходно мора индивидуализовати. Фактичка предаја постоји и када се ствар не узима из руке у руку (нпр. због тога што је кабаста), али се на прибавиоца преноси фактичка власт на ствари, продавац (или треће лице за њега, на пример шпедитер) је довезао и истоварио бетонске блокове на место које је стицалац означио где ће бити ускладиштена до уградње.

Симболична предаја (traditio symbolica). Неке ствари (роба) се не могу предати из руке у руку (нпр. контејнери у утроби брода, нафта у танкеру) или су удаљене од уговорних страна (продавац продаје робу која се превози друмским превозом, железницом или авионом) или би било неподесно или нерационално да се врши физичка предаја (нпр. предаја аутомобила, камиона, замрзнутог меса у хладњачи, предаја више хиљада боца шљивовице). У тим ситуацијама врши се симболична предаја. Предаја покретних ствари сматра се извршеном и предајом исправа на основу којих купац може располагати тим стварима, као што су: предаја складишнице, преносивог товарног листа (традициони или диспозициони папири). Симболично је предата ствар стицаоцу ако му је уручен део неке ствари или уређај на основу кога стицалац може ступити у државину ствари (нпр. предајом кључева аутомобила, камиона, складишта, штале) или издвајањем или другим означавањем ствари која значи предају ствари (чл. 109, ст. 2 ЗСП) – предаја знацима.

Фиктивна предаја. У одређеним случајевима право својине не стиче се у моменту предаје ствари него у тренутку закључења уговора о продаји. Физичка предаја је тада сувишна, она се фингира.

Предаја кратком руком (traditio brevi manu). Фиктивна предаја покретних ствари постоји у случају када се роба налази у државини купца по неком правном основу (нпр. роба је код њега ускладиштена

[12] „Трава, дрва, плодови и све што земља издаје, је непокретно добро, докле се год од земље не одвоји. И саме рибе у води, и дивљач у шуми постају тек онда покретним добром, кад се риба улови и дивљач ухвати или убије.“ (параграф 187 СГЗ).

или машину користи на основу уговора о закупу или лизингу), па са продавцем закључи уговор о продаји. У овој ситуацији, право својине на роби купац стиче у тренутку закључења уговора о продаји (чл. 109, ст. 3 ЗСП). Наиме, „кад прибавилац већ има ствар у својим рукама, онда предаја сама по себи отпада“.[13]

Пренос права својине на стицаоца док ствар остаје у државини преносиоца (*constitutum possessorium*). Овај вид фиктивне предаје супротан је предаји кратком руком. Продавац преноси право својине на стицаоца у тренутку закључења уговора о продаји, а робу му не предаје у државину. Ствар (роба) остаје и даље у државини продавца који на њој стиче неко уже стварно или облигационо право, нпр. по основу уговора о плодоуживању, уговора о ускладиштењу, уговора о закупу (чл. 109, ст. 4 ЗСП).[14]

Пренос права својине на ствари која се не налази у рукама власника него трећег лица (*cessio vindicationis*). У овом случају фингиране предаје ствари учествују: преносилац, стицалац и треће лице. Преносилац, као власник ствари, има посредну државину ствари која се преноси стицаоцу. Стицалац нема државину (посредну, а ни непосредну), а треће лице је непосредни држалац и ималац неког ужег стварног или облигационог права.[15] Право својине на покретну ствар (робу), коју држи треће лице (на пример, складиштар), прелази на купца у тренутку закључења уговора о продаји којим му је продавац пренео право да захтева повраћај те робе. Треће лице има право да према купцу (новом власнику) истакне све приговоре које је имао према ранијем власнику (чл. 109, ст. 5 ЗСП).

Дистанциона предаја јесте предаја робе лицу које, за купца, организује отпрему. У привредном праву ова предаја се, по правном дејству, изједначава са физичком предајом – кад је према уговору потребно да се изврши превоз ствари, а уговором није одређено место испуњења, предаја је извршена уручењем ствари превозиоцу или лицу које организује отпрему (чл. 472 ЗОО). Ризик за пропаст или оштећење ствари (робе) предате превозиоцу или лицу које организује отпрему, прелази на стицаоца у тренутку предаје ствари тим лицима.

Предаја ствари без преноса права својине (*pactum reservati dominii*). У уговору о продаји продавац покретне ствари може се обавезати да преда ствар купцу одмах након закључења уговора уз задржавање права својине, све док купац не исплати цену у потпуности. Овај вид

[13] Л. Марковић, 365; А. Ромац, 363.

[14] О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2001, 68.

[15] *Ibid.*, 69.

продаје представља изузетак од правила да се својина на покретној ствари стиче предајом, а најчешће се уговара у продаји са оброчним отплатама цене.

Задржавање права својине предвиђа се посебном одредбом уговора о продаји. Пуноважно је, међутим, уговорити задржавање права својине и накнадно, после закључења уговора о продаји, а најдоцније док ствар није предата купцу. Споразум о задржавању права својине може бити закључен и простом сагласношћу воља (чл. 28 ЗОО). Када је за главни уговор прописана законска форма или је она уговорена као битан услов пуноважности уговора, споразум о задржавању права својине мора бити изражен у тој форми. Тако је продаја с оброчним отплатама цене пуноважна ако је састављена у писаној форми (чл. 534 ЗОО). Исту форму мора имати и накнадни споразум о задржавању права својине на ствари која је предмет те продаје. Да би задржавање права својине деловало према купчевим повериоцима, мора бити учињено у облику јавно оверене исправе, пре стечаја купца или пре пленидбе ствари у извршном поступку (чл. 540, ст. 2 ЗОО). Ако се о покретним стварима воде посебне јавне књиге, право својине може се задржати само ако је то предвиђено прописима о уређењу и вођењу тих књига.

Уговор о задржавању права својине ствара обавезе за обе уговорне стране. Продавац је у обавези да ствар преда купцу и право својине пренесе на њега тек када цену плати у потпуности, док се купац обавезује да исплати цену продавцу након предаје ствари, у одређеном, уговореном року. Продајом и предајом ствари купац стиче овлашћење да је користи и држи, а не да и њоме располаже. Ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси купац од часа када му је ствар предата (чл. 541 ЗОО), иако на њега није пренесено право својине. Уколико купац не плати цену која је доспела, продавац је овлашћен да захтева њену исплату принудним путем или раскид уговора.

5.4. Предаја непокретности

За стицање права својине на непокретним стварима, поред постојања пуноважног уговора о продаји закљученог у писменом облику, који је нотарски обрађен (чл. 5, ст. 1 Закона о нотарској служби у Републици Српској), потребан је и одговарајући начин стицања. Предаја непокретних ствари у државину стицаоца није довољан и релевантан начин предаје, као што је то случај код покретних ствари. Оправдано се истиче да је државина покретних ствари донекле поуздан знак да је држалац и власник, „а код непокретних ствари државина не може имати тај значај, пошто се она увек и не види, а не може

поуздано ни да се утврди у сваком случају, ко је држалац једног непокретног добра“.[16] Прибавилац, осим тога, мора бити сигуран да трећа лица немају нека друга права на ствари (хипотеку, право преče куповине, право службености, право грађења, право реалног терета). Стога су уведени земљишни регистри и напуштено римско начело да се својина на покретним и непокретним стварима стиче на исти начин – предајом.[17]

На основу уговора о продаји право својине на непокретност стиче се уписом у земљишни регистар или други одговарајући начин одређен законом (чл. 53 ЗСП). Уговор мора да садржи клаузулу интабуланди (*clausula intabulandi*) – изричиту изјаву продавца да пристаје да се, на основу овог уговора, као ималац права својине у земљишни регистар упише стицалац. Ако је на основу пуноважног уговора о продаји у земљишном регистру извршен пренос права својине са продавца на купца, купац постаје власник ствари без обзира на то што му она није предата, а цена није исплаћена. Супротно томе, купац не постаје власник непокретности и када му је на основу пуноважног уговора о продаји непокретност предата али није извршен пренос у земљишном регистру (конститутивно дејство уписа).

5.5. Предаја непокретности и пренос својине у поступку извршења

Посебна правила о предаји непокретности и стицању на њој права својине предвиђена су Законом о извршном поступку (ЗИП). Након полагања цене, суд решењем досуђује непокретност купцу, одређује да му се она преда, а Републичкој управи за геодетске и имовинско-правне послове да се изврши упис промене права својине, те бришу права трећих за које је то решењем одређено. Укидање или преиначење решења о извршењу после спровођења решења о досуди непокретности нема утицаја на право својине купца које је стечено на овај начин (чл. 93 и 94 ЗИП).

5.6. Индивидуално одређене ствари и ствари одређене по роду

Покретне ствари одређене су по роду ако се у правном промету одређују по некој мерној јединици (килограму, тони, вагону, хектолитру, дужном метру, новчаним апоенима итд.), то јест вагањем, бројањем или мерењем (*res quae pondere, numero, mensura consistunt*). У ове ствари сврставају се новац, серијски произведене машине, намеш-

[16] Л. Марковић, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927, 371.
[17] *Ibid.*

тај, житарице, брашно, шећер, алкохолни и безалкохолни напици итд. Правило је да ствар одређена по роду не пропада (*genera non pereunt*).

Индивидуално одређена ствар је ствар одређена појединачно (конкретно), било зато што је једина такве врсте, непоновљива, или су јој такво својство дале стране у закљученом правном послу (нпр. слика познатог сликара, писаћи сто израђен према одређеном пројекту, одређена земљишна парцела, стан, кућа). Ако се одређена количина ствари издвоји из рода, она се индивидуализује и тако постаје индивидуално одређена (нпр. из силоса је издвојена одређена количина жита, са складишта 100.000 цигли и др).

Подела ствари по роду и на индивидуално одређене значајна је нарочито у уговору о продаји. Предмет појединих уговора (на пример: о залози, закупу, ускладиштењу, грађењу) може бити само ствар која је индивидуално одређена. Ако пропадне индивидуално одређена ствар, обавеза престаје, али када су предмет обавезе ствари одређене по роду, обавеза не престаје чак и кад све што дужник има од таквих ствари пропадне услед околности за које он не одговара (чл. 354 и 355 ЗОО). У том случају дужник је дужан испоручити друге ствари истог рода. Ако су ствари одређене само по роду, дужник је дужан дати ствари средње каквоће (чл. 311 ЗОО). Власник може власничком (реивиндикационом) тужбом захтевати од држаоца враћање само индивидуално одређене ствари (ово проистиче из чл. 127, ст. 2 ЗСП).

5.7. Предмет продаје и предаје купцу

Ако није што друго уговорено или не произлази из природе посла, продавац је дужан да преда ствар купцу „у исправном стању, заједно са њеним припацима“, а „плодови и друге користи од ствари припадају купцу од дана кад је продавац био дужан да му их преда“ (чл. 468 ЗОО). Предмет уговора о продаји могу бити и преносива имовинска права.

Главна ствар (главно право) самостално постоји и може бити предмет продаје (и других правних послова).[18] Припадак је споредна, самостална и покретна[19] ствар коју је њен сопственик намењио да

[18] О потпунијем одређењу главне и споредне ствари видети: пар. 294 ОАГЗ, чл. 808 ОИЗ и чл. 9 Закона о стварним правима Републике Српске. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије из 2015. не дефинише главну и споредну ствар.

[19] У судској пракси и непокретној ствари даје се својство припатка главне ствари: „Помоћна зграда у сеоском домаћинству је припадак стамбене зграде, као главне ствари, па се учеснику у стицању грађевинског објекта, који представља припадак главне ствари, не може признати посебно право својине на таквом објекту, уколико нема и право својине на главној ствари“, одлука ВСС, Рев. 1207/85, Р. Ђосић, *Акту-*

олакшава или омогућава коришћење знатно вредније, главне ствари (*res principalis*).[20] Својство припатка може имати само физички самостална ствар, а не и она која је изгубила своју самосталност и налази се у физичкој вези са целом ствари.[21] Припадак може настати одвајањем од сложене (покретне или непокретне) ствари без оштећења.

Припадак дели правну судбину главне ствари. Продаја, залагање или друго располагање и заплена главне ствари обухвата и припадак, изузев када су стране изричито одредиле да припадак није предмет правног посла.[22]

Плодови су приходи који настају од неке ствари природно или посредством нечијег рада, као и све друго што проистиче из њене намене. Јављају се периодично, намењени су за одвајање и не исцрпљују супстанцу из које произлазе. Плодови припадају ономе коме припада ствар или право из кога проистичу, ако законом или правним послом није другачије одређено. Најзначајнија је подела плодова на природне, индустријске и цивилне. Члан 12 ЗСП одређује појам плодова и дели их на природне и цивилне. *Природни плодови* (*fructus naturales*) органски произлазе из неке ствари, не умањују њену супстанцу, а настају без улагања људског рада (нпр. самоникло јестиво биље, трава која није посејана). У природне плодове се убрајају и плодови ствари чија се супстанца одвајањем плодова умањује, као што је рудно благо – органске или неорганске минералне сировине: угаљ, уљни шкриљци, нафта, гас, камена со, песак и др.

Индустријски плодови (*fructus industriales*) настају улагањем људског рада и уз помоћ природе (нпр. културе воћа и поврћа) и разликују се од индустријских производа. Појам индустријских производа, међутим, није једногласно прихваћен.[23]

Цивилни плодови не произлазе сами из ствари него из неког правног односа. Испољавају се у новчаном виду, а изузетно у виду других ствари одређених по роду. Власник стана може издати стан у

елна судска пракса из грађанско-материјалног права, Београд, Пословни биро 1996, 37.

[20] Члан 11 ЗСП дао је потпуну дефиницију припатка: „Припадак је покретна ствар коју је власник намијенио да као споредна ствар трајно служи намјени главне ствари, а која стоји у таквом просторном односу према главној ствари да омогућава испуњење те намјене.“

[21] Д. Стојановић, *Стварно право*, Просвета, Београд 1968, 17.

[22] Исти став прихвата и судска пракса: „Споредна ствар, помоћна зграда, дели судбину стамбене зграде као главне ствари, то правило важи само ако те ствари припадају истом власнику. Вољом странака споредна ствар може постати самостална и бити предмет самосталног правног посла“ – одлука ВСС, Рев. 2094/90, Р. Ћосић, 37.

[23] О. Станковић, М. Орлић, 12.

закуп или новац дати на штедњу. Закупнина и камата коју остварује из уговора о закупу стана или уговора о улогу на штедњу представљају цивиле плодове.

Све док се не одвоји, плод је саставни део ствари и у својини власника те ствари. Такви, висећи плодови (*fructus pendentes*) деле правну судбину главне ствари. Плодови постају самосталне ствари тек одвајањем (*fructus separati*). Подела плодова на висеће, одвојене и убране нарочито је значајна у ситуацији када држалац враћа власнику индивидуално одређену ствар и када је основана лична службеност.[24]

Право својине на плодове које ствар или право даје припада власнику ствари, односно имаоцу права и он стиче право својине или друго право на плодове у тренутку њиховог одвајања. С обзиром на то да је ово правило допунско диспозитивног карактера, уговорне стране својом вољом могу другачије уредити стицање плодова.

5.8. Права као предмет уговора о продаји

Предмет уговора о продаји могу бити преносива имовинска права. У тој правној ситуацији продавац је у обавези да купцу прибави продато право. Ако вршење тог права захтева држање ствари, продавац је дужан да купцу преда и ствар у државину. Тако се продајом повласне непокретности на купца преноси и право стварне службености на послужној непокретности. Већ основане личне службености плодоуживање (*ususfructus*), право коришћења (*usus*) и право становања (*habitatio*) не могу, по својој природи, бити предмет уговора о продаји нити других правних послова, али се могу основати уговором о продаји или другим правним послом (вид. чл. 187, ст. 1 и 2 ЗСП). Ова права су везана за личност и ако није правним послом одређено њихово краће трајање, гасе се смрћу њиховог титулара. У правној науци се, међутим, неосновано истиче да предмет продаје може бити право плодоуживања.[25] Предмет уговора о продаји може бити право грађења (ограничено стварно право на нечијем земљишту које титулара овлашћује да на површини земљишта или испод ње има зграду у својини што је дужан да трпи власник земљишта (вид. чл. 286 ЗСП)).

[24] Савестан држалац дужан је предати власнику осим главне ствари плодове који још нису убрани (чл. 129, ст. 2 ЗСП), док је несавестан држалац дужан предати власнику осим главне ствари све њене плодове и накнадити вредност убраних плодова које је потрошио, отуђио или уништио, као и вредност плодова које је пропустио да убере (чл. 130, ст. 2 ЗСП – И. Бабић, *Грађанско право, књига 2. Стварно право*, Службени гласник, Београд 2012, 36–38.

[25] Б. Благојевић *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, Савремена администрација, Београд 1980, 947; М. Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 48.

Битна одлика права грађења јесте његова отуђивост и наследивост, као и право на земљишту.

Одређена ауторска и сродна права, те права индустријске својине могу се преносити уговором о продаји ако се не преносе ауторским уговором или уговором о лиценци. Ималац патента или малог патента има искључиво право и да са њима располаже. Они могу бити у целини или делимично предмет преноса и на основу уговора (чл. 70 Закона о патенту у вези са чл. 686 ЗОО). Ималац права индустријског дизајна може имовинска права стављати у промет на основу уговора о лиценци (вид. чл. 62–63 Закона о индустријском дизајну), али и на основу уговора о продаји. Жиг, односно право из пријаве, може бити пренето на друго лице или на друга лица за сву или само за неку робу, односно услуге (чл. 56 и 58 Закона о жигу). Имовинска ауторска права (поједина или сва) могу се, и на основу ауторског уговора и других правних послова уступати другим лицима (вид. чл. 20–33 Закона о ауторском и сродним правима).

У случају да су предмет уступања потраживања, стране закључују уговор о цесији а не уговор о продаји потраживања и споредних права (вид. чл. 436 и 437 ЗОО).[26]

6. ПРОДАЈА ТУЂЕ СТВАРИ

Уговор о продаји у нашем праву има облигационо дејство јер се само његовим закључењем не преноси право својине на купца. Стога је могућа и дозвољена продаја туђе ствари. До тренутка предаје ствари купцу продавац може прибавити право својине на ствари и испунити своју основну обавезу. О продаји туђе ствари на којој још нема право својине продавац је дужан обавестити купца у време закључења уговора. Ако то продавац не учини, савесни купац (није знао или није могао знати да је ствар туђа) може, „ако се услед тога не може остварити циљ уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете“ (чл. 460 ЗОО).

Могуће је да је продавац продао и предао савесном купцу покретну ствар. Ако је купац „у доброј вери“ („у тренутку закључења уговора, а и у тренутку примања непосредне државине није знао, нити је с обзиром на околности могао знати да ствар не припада отуђиоцу“), тада је стекао својину ствари у тренутку стицања самосталне државине, ако му је ствар предата у непосредну државину или се већ од раније налази код њега. Ово правило се не примењује „ако је ствар њеном власнику или лицу путем које је он држао била украдена, или

[26] Супротно: М. Васиљевић, 48–49.

ју је изгубио, односно загубио; осим у погледу стицања готовог новца, хартија од вриједности на доносиоца или на јавној лицитацији“ (вид. чл. 111 ЗСП).

У ФГЗ, ШвЗО и ИГЗ уговор о продаји индивидуално одређене ствари има стварноправно дејство те је продаја туђе ствари ништава – продавац нема право својине на ствар те је не може ни пренети купцу у време закључења уговора. Ако купац није знао да је ствар туђа, осим права на враћање цене, има право и на накнаду штете. Француска судска пракса заузела је став да то не важи за ствари одређене по роду и ако је стицање својине на основу уговора одложено.[27] Италијански грађански законик, такође, обавезује продавца да купцу „обезбеди стицање својине на ствари или праву, уколико стицање није непосредно последица уговора“ (чл. 1476).

7. ВРЕМЕ И МЕСТО ПРЕДАЈЕ СТВАРИ (РОБЕ)

Продавац је у обавези да купцу преда ствар у време и на месту предвиђеном уговором. Ако су стране уговором предвиделе предају ствари у оквирном року „у току извесног периода времена“ (у току месеца, тромесечја и друго), а уговором није одређено која страна одређује датуме предаје ствари у оквиру тог рока, то право припада продавцу, „осим кад из околности случаја произлази да је одређивање датума предаје остављено купцу“. Кад датум предаје ствари није одређен, допунско диспозитивно правило одређује да је продавац у обавези да изврши предају „у разумном року после закључења уговора, с обзиром на природу ствари и на остале околности“. Уколико место предаје ствари није одређено уговором предаја се врши у месту у коме је продавац имао пребивалиште, односно боравиште. У уговорима у привреди у том случају је место предаје ствари седиште продавца. Кад је у време закључења уговора странама било познато где се ствар налази или где треба да буде израђена, предаја се врши у том месту (вид. чл. 469–471 ЗОО).

Истакнута правила су диспозитивне природе. Продавац и купац могу од њих одступити и, на основу чл. 21, ст. 2. ЗОО, уговорити примену Општих узанси за промет робом – ОУ и транспортних клаузула предвиђених узансама 100–114 ОУ.[28]

У међународном уговору о продаји често се уговарају транспортне клаузуле које је припремила Међународна трговинска комора у

[27] С. Перовић, *Облигационо право*, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд 1981, 535; Б. Благојевић *et al.*, 954.

[28] А. Голдштајн, *Привредно уговорно право,* Информатор, Загреб 1980, 249–254.

Паризу из 1953. године (*Incoterms*) са доцнијим изменама и допунама.[29]

8. ДЕЈСТВО ПРЕДАЈЕ СТВАРИ

Предаја ствари у уговору о продаји има стварноправно дејство. Све док продавац ствар није предао, иако је уговор закључен, а он је нпр. примио и исплату продајне цене од купца, право својине на ствари има продавац, који сноси ризик њене пропасти или оштећења.

Уколико преносилац није предао ствар у року одређеном за испуњење (чл. 324 ЗОО), а стицалац је због тога претрпео штету, он има право да захтева њену накнаду (чл. 262, ст. 2 ЗОО). У случају да преносилац не жели да преда ствар стицаоцу, стицалац не може против преносиоца поднети стварноправну тужбу (*actiones in rem*) јер није стекао право својине на ствари (чл. 37–43 ЗОСПО). Стицалац може против преносиоца поднети једино облигациону тужбу ради извршења уговора – предаје ствари. Тек на основу правоснажне и извршне пресуде, у поступку принудног извршења, ако то раније или у париционом року не учини преносилац, ствар ће се предати стицаоцу када на њој стиче право својине.

9. ЗАКЉУЧАК

Закључењем уговора о продаји ствари купац на њој, по правилу, не стиче право својине као што је то случај у француском, швајцарском и италијанском праву. Закључени уговор о продаји јесте само основ (*iustus titulus*) за стицање права својине. Својина на ствари која је предмет подаје стиче се тек предајом ствари (*modus acquirendi*). Начин предаје ствари је, по правилу, јединствено уређен у грађанском и привредном праву, а зависи од тога да ли је ствар покретна или непокретна. Предаја је релевантна само ако је учињена са намером да на купца пренесе право својине одређене ствари (робе) и намере купца да је стекне у својину.

Ако постоји закључен пуноважан уговор о продаји, право својине на покретној ствари купац стиче кад му је ствар предата у државину. Неке ствари се не могу предати из руке у руку, или су удаљене од уговорних страна, или би било неподесно или нерационално да се врши физичка предаја. Тада се врши симболична предаја. У одређеним ситуацијама право својине не стиче се у моменту предаје ствари, него у тренутку закључења уговора о продаји када се физичка предаја

[29] М. Мићовић, *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2010, 298–301.

фингира, јер је сувишна. У привредном праву се често обавља дистанциона предаја која се, по правном дејству, изједначава са физичком предајом робе, иако она још није предата купцу него лицу које ће за њега извршити превоз робе. У овом случају, ризик за пропаст или оштећење робе предате лицу које за њега врши превоз робе, прелази на стицаоца у тренутку предаје ствари тим лицима. Уговором о продаји може се уговорити да продавац покретну ствари преда купцу одмах након закључења уговора, уз задржавање права својине (*pactum reservati dominii*), док купац не исплати цену у потпуности.

На основу уговора о продаји право својине на непокретност стиче се уписом у земљишни регистар или други одговарајући начин одређен законом. Уговор мора да садржи *clausulu intabulandi* – изричиту изјаву продавца да пристаје да се, на основу овог уговора, као ималац права својине у земљишни регистар упише стицалац. Купац, међутим, не постаје власник непокретности и када му је на основу пуноважног уговора о продаји непокретност предата али није извршен пренос у земљишном регистру (конститутивно дејство уписа).

Предмет уговора о продаји осим ствари могу бити преносива имовинска права. У тој правној ситуацији продавац је у обавези да купцу прибави продато право. Ако вршење тог права захтева држање ствари, продавац је дужан да купцу преда и ствар у државину. Тако се продајом повласне непокретности на купца преноси и право стварне службености на послужној непокретности.

Уговор о продаји у нашем праву има облигационо дејство јер се само његовим закључењем не преноси право својине на купца. Стога је могућа и дозвољена продаја туђе ствари. До тренутка предаје ствари купцу продавац може прибавити право својине на ствари и испунити своју основну обавезу. У француском, швајцарском и италијанском праву уговор о продаји индивидуално одређене ствари има стварноправно дејство те је продаја туђе ствари ништава – продавац нема право својине на ствар, те је не може ни пренети купцу у време закључења уговора.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Andre, Lucas, Pierre, Catalla, *Code civil*, Litec, Paris 2001;
2. Бабић, Илија, *Грађанско право, књига 2. Стварно право*, Службени гласник, Београд 2012;
3. Благојевић, Борислав *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима,* књига I, Савремена администрација, Београд 1980;

4. Васиљевић, Мирко, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006;
5. Голдштајн, Александар, *Привредно уговорно право*, Информатор, Загреб 1980;
6. Марковић, Лазар, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927;
7. Марковић, Лазар, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997;
8. Маркс, Карл, *Капитал*, Просвета – БИГЗ, Београд 1979;
9. Мићовић, Миодраг, *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2010;
10. Перовић, Слободан, *Облигационо право*, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд 1981;
11. Ромац, Анте, *Рјечник римског права*, Информатор, Загреб 1989;
12. Рушнов, Адолфо, *Тумач Обћем аустријском грађанском законику, књига друга*, Књижаре Лав, Хартмана, Загреб 1891;
13. Салковски, Карл, *Институције с историјом римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894;
14. Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд, 2001;
15. Станојевић, Обрад, *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004;
16. Стојановић, Драгољуб, *Стварно право*, Просвета, Београд 1968;
17. Стојчевић, Драгољуб, *Римско облигационо право*, Завод за издавање уџбеника, Београд 1960;
18. Ћосић, Радослав, *Актуелна судска пракса из грађанско-материјалног права*, Београд, Пословни биро 1996;
19. Хорват, Маријан, *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974;
20. Chamoulaud-Trapiers, Annie, *Droit des biens*, Breal 2007.

Правни прописи

1. Грађански законик Републике Србије – радни текст, Влада Републике Србије, Београд 2015;
2. Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/10;
3. Закон о жигу, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/10;
4. Закон о извршном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17 – одлука УС, 58/18 – рјешење УС БиХ и 66/18;
5. Закон о индустријском дизајну, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/10;
6. Закон о нотарској служби у Републици Српској, *Службени гласник РС*, бр. 28/21;

7. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93 и *Службени лист РС*, бр. 18/20;
8. Закон о патенту, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/10;
9. Закон о стварним правима, *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 3/09 – исправка, 58/09, 95/11, 60/15 и 18/16 – одлука УС;
10. Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54.

Retired Full Professor Ilija Babić, LL.D.

Belgrade

DELIVERY OF THE GOODS IN A SALES CONTRACT

Summary

In a sales contract, it is the duty of the seller to transfer ownership of the thing (goods) to the buyer. The seller will have fulfilled his obligation when he has delivered the goods to the buyer, i.e., has provided him with the right of ownership of the goods being sold (when such right is the subject of a sale). Generally, in most European legal systems (Serbian included), in order to acquire ownership it is necessary not only that the contract be concluded (causa, titulus) but also that the goods which are the subject of a sale be delivered to the buyer (modus acquirendi). At the moment of delivery, the risk of loss or damage to the goods passes to the buyer. On the other hand, the French, Swiss, and Italian civil codes include the rule stipulating that ownership of the goods (being the subject of a sale) is transferred to the buyer at the moment of the conclusion of a contract. From that moment on, the buyer bears the risk of accidental loss or damage to the goods (the right). Acquisition of the right of ownership over the sold goods, however, differs depending on the type of property (movable or immovable). The subjects of the sale and delivery include: the principal thing (the principal right), the appurtenance, and the fruits.

Key words: *The notion of thing (goods); Delivery of movable property; Transfer of real estate; The risk of loss; Acquisition of ownership*.

УДК/UDC 347.63/.64:342.726-055.3
347.63/.64:347.426.
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Станка Стјепановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ПРАВО РОДИТЕЉА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПРОМЈЕНЕ ПОЛА ДЈЕТЕТА

Промјена пола је могућа по законодавству Републике Србије. Штавише, држава учествује у финансирању трошкова ове сложене операције до износа од 2/3 њихових укупних трошкова, који нису мали. У овом раду се разматрају проблеми који настају када дијете послије навршене 15. године одлучи да промијени пол, користећи се својим правом на медицинску интервенцију, док су његови родитељи изричито против тога или дају наводну сагласност плашећи се да им дијете не изврши самоубиство. Наравно, ова сложена операција подразумијева претходну, врло компликовану хормоналну терапију која може имати врло озбиљне посљедице и по здравље дјетета. Разматра се рекламерство појединих клиника за промјену пола, као и бројни интернет садржаји који утичу на дијете у тој адолесцентној доби да доноси одлуку о свом полу, односно о његовој промјени. Чињеница је да родитељи трпе због тога психичке болове, који се састоје у страху по здравље и унакажење дјетета, затим страх од поремећаја у понашању дјетета у његовом даљем развоју. Поставља се питање да ли и од када родитељи могу да траже накнаду штете за нарушено здравље и измијењен идентитет њиховог дјетета? У овом раду ауторка даје одговор разматрајући и случајеве дјеце која су промијенила пол па се касније покајала и са огромним тешкоћама вратила у свој ранији пол, остављајући озбиљне писхичке посљедице и на своје родитеље.

Кључне ријечи: Дијете; Родитељи; Накнада штете; Трансродност; Промјена пола.

Станка Стјепановић, *zakonopravilo@yandex.com*.

1. УВОД

Појам родна дисфорија је преузет у америчкој класификацији као назив за поремећај полног развоја у дјетињству. У задњих петнаестак година се покушава одступити од изворног постојања два пола, мушког и женског, те се тврди како поред мушког и женског пола постоје и међуполови који, према наводима дјечијих психијатара, достижу бројку седамдесет два. У Европи и САД можете наћи ознаку за род „лане у шуми“, „трава на пашњаку“ и слично. Раније су дјеци и адолесцентима били наметани модни трендови одјеће и обуће, а сада се као тренд и као „ин“ по интернет порталима нормализује промјена пола.

Најсуровији експеримент у психологији вршен је на близанцима Рајмер. Овај експеримент је на крају завршен њиховим самоубиством и трагедијом за цјелокупну породицу. Међутим, наведени експеримент је проглашен великим успјехом психолога и сексолога Џона Манија. Он је лажно приказао то успјехом створивши теорију о томе да род није биолошки појам, већ социолошки и да иде из мозга. Он је цитиран послије од многих аутора и када су његови пацијенти трагично скончали животе, и када се доказало да је он дрско лагао да је од дјечака врло лако створио дјевојчицу, он није сносио никакве посљедице. Напротив, након што је утихнула прича о њему и пао у заборав његов „славни“ преображај дјечака у дјевојчицу, сада званична Европа прихвата његове „научне“ резултате у овој области и прихвата и разрађује по њему створени појам родне дисфорије.

Промјена пола је сада нешто што је произвело комерцијалну рекламу клиника. Најугроженија су дјеца у пубертету незадовољна свим и свачим на свом тијелу, а особито женска дјеца. Њима се преко тзв. друштвених мрежа плету приче о брзом и ефикасном рјешавању њихових проблема кроз промјену пола. Када их једном искасапе и укључе хормоналну терапију, оне сигурно не могу више бити биолошке мајке.[1] Родитељи су у посебно тешкој ситуацији. Проглашавају их неподесним ако не подржавају дијете које хоће да промијени пол.

[1] „Хелена Кершнер, 23-годишња жена из Синсинатија, Охајо, први пут је осјетила 'родну дисфорију' у доби од 14 година. Упозорила је да су странице друштвене мреже *Tumblr*, препуне трансродних активистичких садржаја, потакнуле њену нелагоду и жељу да постане мушкарац. 'Пролазила сам кроз раздобље у којем сам била једноставно изолирана у школи, па сам се окренула интернету', присјетила се. У стварном животу, Хелена се посвађала с пријатељима у школи; међутим, на интернету је пронашла заједницу која ју је прихватила. 'Моју дисфорију је дефинитивно покренула ова интернетска заједница. Никад нисам размишљала о свом сполу нити сам имала проблем с тиме што сам дјевојка прије него што сам отишла на *Tumblr*.' Ова интернетска заједница пуно је полагала на оно што су они сматрали

Све је више дјеце која желе да се опет врате у свој првобитни пол, тзв. детрансити. И док детрансити држе трибине против промјене пола, други протестују против њих.[2]

Dartmouth College угостио је активисткињу Клои Кол, 18-годишњу жену која је извршила детранзицију и сада се залаже против родне афирмације здравствене заштите за младе – и гостујућу говорницу Кери Мендоза, докторку за А*dvocate Health Care у Hazel Crest,*

социјалном правдом. ‘Било је много негативности око тога што сам хетеросексуална, бијела дјевојка, и ја сам те поруке схватила стварно, стварно особно.’ Клои Кол, 17-годишња студентица из Калифорније, имала је слично искуство када се придружила Инстаграму с 11 година. 'Тамо сам се, не знајући, изложила ЛГБТ садржају и активизму’, рекла је. ‘Видјела сам како су транс особе на интернету добиле огромну подршку, а посебно сам примијетила количину похвала коју су добивали јер у то вријеме нисам баш имала пуно својих пријатеља. Моја дисфорија се сударала с мојим општим проблемима депресије и проблемима са сликом тијела’, присјетила се Хелена. ‘Тако сам дошла до закључка да сам рођена у погрешном тијелу и да би сви моји проблеми у животу били ријешени ако бих се промијенила.’ Било је једно путовање у *Planned Parenthood* када је имала 18 година. Рекла је да јој је медицинска сестра дала четири пута већу почетну дозу, а да уопће није посјетила лијечника. Сви ти третмани носе ризик од нуспојава за које критичари тврде да су преозбиљне да би их дјеца у потпуности разумјела. Краткорочно, блокатори пубертета могу зауставити раст и утјецати на густоћу костију, док су дугорочни учинци још увијек непознати јер су одобрени тек 1993. Нуспојаве тестостерона укључују висок колестерол, кардиоваскуларне болести, дијабетес, крвне угрушке и неплодност.“ *https://narod.hr/-svijet/vrtoglavo-rastu-brojke-transrodne-djece-i-tinejdzera-zazale-kad-je-kasno-odrezali-su-mi-dojke-drustvo-me-napustilo*.

[2] Activist Chloe Cole sparks campus protest.

In response to Cole’s “Regrets of a Former Trans Kid” lecture, hosted by the Dartmouth College Republicans, community members protested outside the event to support transgender youth.

On April 17, the Dartmouth College Republicans hosted activist Chloe Cole – an 18-year-old woman who de-transitioned and now advocates against gender-affirming healthcare for youth – and guest speaker Carrie Mendoza, a doctor for Advocate Health Care in Hazel Crest, Illinois. The lecture, titled “Regrets of a Former Trans Kid,” triggered backlash from members of the Dartmouth community, who protested outside the event in support of transgender rights and healthcare.

Before the event, around 150 students from various campus groups, including the Asian American Studies collective, the Dartmouth Democrats, The Dartmouth Radical, Spare Rib and the Student Workers Collective at Dartmouth, chanted in support of gender-affirming healthcare for transgender individuals. Organized clubs were joined by other students hoping to challenge Cole’s message and support the transgender community.

“A lot of [SWCD] members are either trans or non-binary or queer and we want to support them,” SWCD organizer Polly Chesnokova ’24 said. “We think it’s abhorrent that the College is helping this event happen and giving space to hate speech and misleading information.”

In response to students’ frustrations, College spokesperson Diana Lawrence referred to the College’s policy on freedom of expression and dissent. *https://www.thedartmouth.-com/article/2023/04/qusba-activist-chloe-cole-sparks-campus-protest*.

Illinois. Предавање под називом „Кајање бившег транс клинца“ изазвало је реакције чланова заједнице *Dartmouth*, који су протестовали ван догађаја у знак подршке правима трансродних особа и здравству. Прије догађаја, око 150 студената из различитих група у кампусу, укључујући азијско-америчке студије, *Dartmouth Democrats*, *The Dartmouth Radical*, *Spare Rib* и студенти *Vorkers Collective* у *Dartmouth*-у, скандирало је у знак подршке здравству трансродних особа које афирмишу род. Организованим клубовима придружили су се и други студенти у нади да ће оспорити Колову поруку и подржати трансродну заједницу. Као одговор на фрустрације студената, портпарол колеџа Дајана Лоренс осврнула се на политику колеџа о слободи изражавања и неслагању.[3]

Родитељи трпе штету у виду наношења психичких болова због осакаћивања њиховог дјетета и ускраћивања могућности да буду природни дјед и бака, а често и због смрти дјетета, као што је то било у случају близанаца Рајмер. Неке земље, као што је Шпанија, су донијеле закон да за промјену пола не треба медицинска интервенција већ само изјава, а ако је лице старије од петнаест година, онда не треба ни сагласност родитеља.[4]

У овом раду смо дали и приједлог законодавцу како да спријечи настанак ненадокнадиве штете родитељима и друштву у цјелини.

---

[3] *https://www.thedartmouth.com/article/2023/04/qusba-activist-chloe-cole-sparks-campus-protest*.

[4] Шпански парламент је усвојио закон који омогућава особама старијим од 16 година да промијене свој законски признати пол без медицинске процјене. Закон је у Сенату усвојен са 191 гласом „за“ и 60 „против“, чиме је окончана дебата која је трајала 20 месеци. У децембру прошле године закон је већином гласова усвојен у Доњем дому парламента, преноси BBC. Процес промјене пола у званичним документима сада би требало да траје између три и четири мјесеца. Они који су жељели да промјене пол у личној карти до сада су морали да имају медицинску дијагнозу родне дисфорије и да двије године буду на хормонској терапији. Сада је довољно да се изјасне да су други пол и ако то још једном потврде после три мјесеца, имаће право да траже измјену у личним документима. За особе старе 12 и 13 година за то ће бити неопходна сагласност суда, док ће особама старим 14 и 15 година бити потребна дозвола родитеља.

Прије гласања, министарка за једнакост Ирене Монтеро позвала је парламентарце да подрже закон и поручила да „трансродне особе нису болесници, већ људи као сви остали“. Данска је 2014. године прва у Европи усвојила веома сличан закон, а сада девет држава на нашем континенту прихвата промјену пола на основу личног изјашњења. *https://www.novilist.hr/novosti/svijet/spanjolska-usvojila-zakon-o-dopustu-za-zene-zbog-bolnih-mjesecnica-reguliran-i-pobacaj-te-promjena-spola/*.

2. ТРАНСРОДНОСТ – РОДНА ДИСФОРИЈА

Џон Мани, творац појма рода као социјалне категорије и творац обмањујуће теорије о успјеху социјалног поимања рода, а не биолошког, је разоткривен по неистинама, али је из необјашњивих разлога његова теорија постала примјењивана у законодавствима већине европских држава.[5] Ерика Андерсон, која је предсједник одјељења за

[5] Сурови експеримент над близанцима: Једног одгајали као дјевојчицу и одстранили му полни орган. Очајни родитељи близанаца чули су од љекара да су једном од њихових синова случајно одузете гениталије. Никада неће имати сексуални живот, никада неће постати отац. Познати сексолог им је понудио „лијек“: да га одгајају да буде дјевојчица. Тако је Брус постао Бренда, барем у теорији. Оно што му се догодило после тога названо је најсуровијим експериментом у историји психологије. Џенет и Рон Рајмер су од љекара чули да њихов син никада неће моћи да живи као мушкарац. „Осјећаће се непотпуно, физички хендикепирано и осуђено на живот у изолацији“, рекли су након што му је пенис одстрањен током једноставне операције. Неки су рођени са родним идентитетом који није биолошки. Родитељи се све чешће одлучују да одгајају своју дјецу без навођења пола, како би могли да им кажу ко су када остаре. У Брусовом случају, други су умјесто њега одлучивали шта ће постати. Донијета је одлука да он буде дјевојчица. Физички и ментално. Све је почело љекарском грешком. Био је април 1966. Брус и Брајан – близанци – примљени су у болницу у Винипегу у Канади. Испоставило се да дјечаци болују од тзв. фимоза у дјетињству. За ово је љекар препоручио обрезивање. Брус је први завршио на операционом столу. Обрезивање подразумијева уклањање кожице, али је доктор Брусу практично одрезао пенис током поступка. Не зна се тачно како се то догодило. То су биле секунде. Када су дјечакови родитељи, Џенет и Рон Рајмер, сазнали, били су сломљени. Поготово што им љекари нису давали наду. У то вријеме није било ријечи о реконструкцији пениса. Рекли су да Брус неће моћи да има дјецу, да неће започети сексуални живот. Неће моћи да функционише као други мушкарци. Штавише, речено је да ће Брус морати да се помири са чињеницом да је „некомплетан, физички хендикепиран и осуђен на живот у изолацији“. Брајаново обрезивање је отказано. Љекар који је унаказио Бруса није сносио никакве посљедице, болница је само исплатила одштету породици. Љекарска грешка изазвала је само пажњу локалних медија.

„*Претворићемо твог сина у ћерку.*“ Неколико мјесеци касније, психолог и сексолог Џон Мани стао је на пут Рејмеровима. У почетку им се чинило да им је буквално пао са неба. Џон је годинама био укључен у истраживање родног идентитета. У то вријеме било је револуционарно рећи да на људски пол утиче више од биологије. Џон је чак вјеровао да је до одређене тачке – конкретно до друге године – родни идентитет пластичан, а тада васпитање дјетета игра кључну улогу у каснијој идентификацији као дјечака или дјевојчице. Случај Бруса је то требало да докаже. Џон Мани је понудио помоћ господину и госпођи Рејмер да трансформишу свог сина у ћерку. И они су пристали. Тада су вјеровали да је то једино рјешење за ову ужасну ситуацију. Брус је кастриран, подвргнут пластичној гинеколошкој операцији – формирана му је вагина. Касније је ушао Џон Мани, вјерујући да ће га лутке, хаљине и хормони које ће почети да узима у тинејџерским годинама учинити дјевојчицом. Родни идентитет долази из мозга, а не из гениталија, написао је корисник Твитера који је поставио Брусову фотографију у тренутку када се покушало да га одгаја да буде дјевојчица. Али увијек је осјећао да нешто није у реду. Парадоксално, остварило

се све што су му љекари прорекли. Осјећао се непотпуним, „хендикепираним“ и живио је изоловано. Упркос томе што су га преплавили играчкама за „дјевојчице“, одгајали га у „типичне женске“ улоге и давали му хормоне, дијете се осјећало као дјечак. Прву хаљину је поцијепао у комадиће, нису га занимале лутке које су му предлагали родитељи, пишкио је стојећи. Окружење је у њему видјело и мушке особине, због чега је „Бренда“ била исмијавана и прогањана. Дјеца у школи му нису дозвољавала да користи ни мушки ни женски тоалет. Морао је да изађе напоље – присјећала се његова мајка Џенет. Као да то није довољно, у експеримент је укључен и други близанац Брајан. Као „контролно лице“. Он и његов брат су се редовно појављивали у канцеларији Џона Манија, који је тестирао близанце са све чуднијим и одвратнијим идејама. Примјер? Он их је тјерао да међусобно прегледају тијела, као и да симулирају сексуални однос у различитим положајима. То је требало да докаже њихову сексуалност. Када су близанци одбили да прате наређења „терапеута“, Џон је постао агресиван. Били су само дјеца, све се десило када су имали само неколико година. Ово је био први пут да им је неко причао о сексуалности, сексу. Било им је тешко да се супротставе и изађу из ове ситуације. Све је трајало до њиховог 13. рођендана. Тада је Брус запријетио да ако још једном посјети Џона, да ће извршити самоубиство. Успјело је, родитељи нису више водили дјецу код психолога код којег су сваке године долазили. Штавише, двије године касније, Брус је коначно сазнао ко је он. Отац му је рекао истину. Дјечаку је лакнуло. А такође и бијес и разочарање одраслима у његовом животу који ће се бринути о њему. Одлучио је да преузме контролу, али није било тако лако. У међувремену, Џон се хвалио резултатима свог рада, али није открио идентитет својих „објеката“. Истраживање је било познато као случај Џон / Џоана. Он их је описао у неколико књига објављених 1970. Хвалио се, на примјер, да је Џон, као Џоана, почео да преферира хаљине и да је био много чистији од свог брата. Такође је требало да се поноси својом дугом косом. По мишљењу „власти“, то је указивало да је био у праву. Мани је такође написао да је Џоана обично уринирала сједећи, а ако је то чинила стојећи, то је било само зато што је копирала свог брата. Помагала је и у кућним пословима, што њеног брата није занимало. „Упркос одређеним карактеристикама дјечака, прилагодила се животу као дјевојчица“, написао је он. Све ово, наравно, није имало правог покрића. Током година, резултати експеримента су цитирани у научним публикацијама и представљени као успјех психолога и сексолога и доказ да је родни идентитет ствар родитељства. Тако је било до 2000. Ове године Џон Колапинто је објавио књигу у којој је открио цијелу истину и дао глас особи коју је новац оштетио – Дејвиду Рајмеру.

„*Ја сам Давид.*“ Већ знамо да је Брус сазнао истину о себи као тинејџер. Одлучио је да промијени име. Бренда није долазила у обзир, али ни он није волио Бруса. Желио је да буде Давид. Ово име је изабрао у част библијског хероја који је побиједио Голијата. И он је желио да се опорави од траума које му је задало дјетињство. И коначно живите у хармонији са собом. Као тинејџер, Дејвиду су ампутиране обје дојке, почео је да узима тестостерон и имао је неколико операција током којих су му љекари реконструисали пенис. Медицина је кренула даље и Давид је коначно могао да води сексуални живот. Дејвид је први пут имао сексуални контакт са дјевојком са 18 година, а оженио се седам година касније. Оженио се са Џејн Фонтане, мајком троје деце. Прихватила је Давида таквог какав јесте. Знала је његову причу, ништа није крио од ње. 1998. су се уселили заједно, а 1999. су се вјенчали. Давид је усвојио њену децу. На крају крајева, имао је оно о чему је сањао: био је свој и основао породицу. Међутим, ова прича нема срећан крај. „*Очајнички сам желио да се уклопим.*“ Због грешке љекара и суровог експеримента страдала је цијела породица Рајмер. Џенет је више пута лијечена у психијатријској болници због тешке депресије.

трансродно здравље СЗО, наводи да велики број тинејџера које она види и са којима прича није трансродан, него да је њихова жеља за промјеном пола посљедица тренда. Она, такође, наводи да се полако прелази преко чињенице да је дјеци у пубертету, која се иначе у тој фази налазе у разним животним дилемама, било да су породичне, друштвене или вршњачке, нуди промјена пола као нешто што ће ријешити све њихове проблеме.

Промовисање промјене пола дјеци у пубертету није штетно само за њих и њихову породицу, већ и за друштво у цјелини. Навешћемо

Рон је такође имао проблема са менталним здрављем, постао је зависник од алкохола. Не заборавимо Брајана, који је присуствовао кошмарним „терапијским сеансама“ и кога су родитељи такође занемарили, усредсређени на спасавање свог другог дјетета. Са 16 година први пут је покушао да себи одузме живот. Касније је напустио школу и оженио се три године касније. Брак је трајао само двије године.

Давид је као дијете имао самоубилачке мисли, а као тинејџер први пут је покушао да себи одузме живот. Већ је знао ко је, али је био изгубљен и повријеђен. Није могао да заборави љекаре који су му уништили живот. Да ствар буде гора, Мани је и даље важио за стручњака, а његов експеримент на близанцима је навођен као примјер да се дијете може обликовати по жељи родитеља: дјечак или дјевојчица.

Рејмерови су коначно открили да није само Давид повријеђен, и да се Џонова теорија односи и на другу дјецу. То је навело Давида да наглас проговори о томе шта му је учињено. У почетку је то радио анонимно, али 2000. године, након што је изашла књига Џона Колапинта „Као што га је природа створила: Дјечак који је одгајан као дјевојчица“, Дејвид Рајмер се појавио у емисији Опре Винфри. Са њим је била његова мајка. Очајнички сам желио да се уклопим, био сам веома усамљен. Једном сам пустио дјечака да ме пољуби у образ. Али нисам могао да промјеним ко сам заиста – Давид је објаснио. Заузврат, Џенет је говорила о томе колико је вјеровала љекарима да ће све проћи у реду и спасити живот њеног дјетета. Касније се плашила да ће је Давид мрзети због свега.

Трагични крај „најсуровијег експеримента у историји психологије“. Давидов изглед лоше је утицао на његовог брата близанца, који се цијелог живота борио са кривицом за оно што се догодило једном од његових најближих људи. Брајан је пролазио кроз пропали брак, борећи се да задржи свој посао. Осим тога, много је пио. Психички није могао да се носи са читавом ситуацијом, свађао се са Давидом око његовог присуства у медијима. Године 2002. Брајан је умро након што је узео велике количине антидепресива и алкохола. То се сматрало несрећом.

Овај догађај шокирао је целу породицу, у којој се сваки члан већ борио да се не распадне. Давид никада није устао након што му је брат умро. Његова жена је захтијевала развод, уморна од цијеле ситуације. Осим тога, Давид је изгубио посао када се породица борила са финансијским проблемима.

Почетком маја 2004. Давид је себи одузео живот. Имао је 38 година. „Мислим да је осјећао да нема избора“, рекла је његова мајка Џенет, која је била увјерена да би њени синови били живи да није било Манијевог експеримента. Експеримент Џон / Џоана описан је као најокрутнији у историји психологије. *https://www.espreso.-co.rs/svet/planeta/1120425/surovi-eksperiment-nad-blizancima-jednog-su-odgajali-kao-devijcicu-odstranili-mu-penis-sve-zbog-greske-lekara*.

примјер дјевојчице старе 15 година, чији је случај жеља за промјеном пола и очајање њених родитеља да пронађу правни начин да зауставе масакрирање своје кћери и да спријече њен пут у промјену пола. Пред родитељима је био један непремостив зид, а то је да одредбе Породичног закона Републике Србије, овлашћују дијете старије од 15 година да може без икакве сагласности родитеља извршити било какву медицинску интервенцију. Сложена медицинска операција промјене пола подразумијева претходно врло компликовану хормоналну терапију, која може имати посљедице по здравље.

Интернет је постао полигон за рекламирање промјене пола као својеврсне панацее. Дјеца посежу за захтјевом за промјену пола као магичним штапићем за рјешавање њихових проблема, у суштини не знајући до чега ће их довести сјеча и хормонална терапија, да ли до још већих проблема и, на крају, страшног дјела самоубиства.

Неке државе, као на примјер америчка држава Арканзас, су забраниле промјену пола млађим малољетницима, то значи да прије осамнаесте године не могу поставити захтјев. За анализу је став Америчке педијатријске академије, као и установâ за добробит дјеце, који су се изјаснили против таквог закона. Арканзас је постао прва савезна држава у САД која је донијела закон о забрани трансферних третмана код тинејџера и дјеце, што значи да је љекарима забрањено да малолетној дјеци преписују блокаторе пубертета.

У Србији су већ и у уџбеницима за осми разред основних школа почели да приказују непотпуне информације дјеци о такозваној „трансродности“. Биологија је та која мора рећи да се може промијенити род, али не и пол. Може се мушкарац називати женом (као што је то био случај њемачког затвореника који се изјаснио као жена па су га смјестили у женски дио затвора, након чега је убрзо после тога једна затвореница остала са том „женом“ у другом стању). Прва и основна поставка у биологији, да трансродни мушкарац не може производити сперму, а трансродна жена не може произвести јајашца, није наведена у уџбенику. Овакво полуинформисање дјеце није само неакадемско, већ је и нељудско.

У овом раду критички се односимо према питањима равноправности полова само кад су у питању малољетна деца за коју родитељи имају обавезу издржавања, а породични закон им не дозвољава да одлучују о једној таквој интервенцији која може уништити њихово дете.

Сама трансродност или родна дисфорија изучава се у медицини у задњих сто година. Некада је на 25 дјевојчица био по један случај захтјева за промјену пола, а у задње вријеме је експлозија тавих захтјева.

У Њемачкој се посљедњих десет година тај број повећао за чак 25 пута. Поставља се питање зашто су дјевојчице склоније да прихвате овај растући тренд промјене пола. Сигурно је да су оне по својој природи у тој доби склоније од дјечака да прихвате оно што је сад модерно. Одговор бисмо могли наћи у томе да је то стварно у суштини дискриминација према женама и да таква девојчица неће биолошки моћи постати мајка и остварити своје право на биолошко родитељство.

Термин род први пут је употребљен у једном међународном документу у Истамбулској конвенцији о којој је интересантно становиште изразила проф. др Александра Кораћ-Граовац и саборски заступник Иван Муњин.[6]

3. ОД АГРЕСИВНЕ РЕКЛАМЕ КЛИНИКА ДО ТАВИСТОКА

Клинике за промјену пола ничу и рекламирају се као и остали тржишни производи. Тако, ако погледате новинске извјештаје или веб странице клиника које се тим баве, уочићете благостање промјене пола.[7] На другој страни, пуне су странице о затварању највеће клини-

[6] Професорица обитељског права с Правног факултета Свеучилишта у Загребу, др Александра Кораћ-Граовац, коментирала је да не можемо знати правне посљедице идеолошких одредби о „роду“, управо јер су нејасне: „Како ће Одбор установљен Истанбулском конвенцијом (*GREVIO*) или Европски суд за људска права, тумачити нпр. појам „нестереотипне родне улоге“ и обвезу државе да подучава о њима у редовитим образовним програмима, можемо нагађати.“ Иван Муњин: Проблем Истанбулске конвенције је што се једно од најтежих врста насиља у друштву – злостављање најслабијих, жена и дјеце – искориштава за идеолошко наметање родне идеологије. У чланку 3 ц Истанбулске конвенције наводи се дефиниција „рода“ као „друштвено обликоване улоге, понашања, активности и особине“, што је незнанствена идеолошка категорија, коју је дапаче и сувремена знаност одбацила. Дакле, у Конвенцији се под кринком заштите жена од насиља покушавају државама наметнути идеолошке одредбе, финанцијске обавезе и уплитање у правни поредак на које се не могу ставити резерве! Истанбулску конвенцију саставила је „група стручњака“, а не конференција држава чланица Вијећа Европе. Та је „група стручњака“ одговорна за уношење незнанственог и неусуглашеног концепта и дефиниције „рода“ као друштвеног конструкта неовисног од биолошке стварности (чл. 3 ц) у Конвенцију и идеолошких термина попут „родно увјетованог насиља“ (чл. 3 д), „родног идентитета“ (4 д), „нестереотипних родних улога“ (чл. 14. 1.), који су по први пута унесени у неки међународни уговор. Дефиниција „рода“ коју Конвенција доноси у чл. 3 ц неусуглашена је и разликује се од дефиниције „родне једнакости“ у Уговорима ЕУ која се односи на једнакост између мушкараца и жена (чл. 2 Уговора о ЕУ, чл. 8 Уговора о функционирању Европске уније). *https://narod.hr/hrvatska/uio-odboru-ravnopravnost-spolova-nasilje-prema-zenama-iskoristava-se-nametanje-rodne-ideologije.*

[7] Београд је данас једини свјетски центар у којем је, једним оперативним захватом, могуће прећи из једног у други пол, пише новосадски „Дневник“. Лист наводи да је, захваљујући љекару Сави Перовићу, до сада оперативне захвате извршило око 200 мушкараца и жена транссексуалаца, највише са простора Србије и Црне Горе. Поред

ке за брзо мијењање пола дјеце *Gender Identity Development Service* (*GIDS*), зване Тависток у Лондону, на основу инспекцијског надзора, а водећи се случајем Кире Бел која се као дјевојчица одлучила да буде дјечак па је схватила да је погријешила.[8] „Има интернет страница које

приватне клинике професора Перовића, у Београду постоји још један центар у Гинеколошкој клиници у Народног фронта, гдје ради тим стручњака предвођен професором Душаном Станојевићем и доцентом Мирославом Ђорђевићем. Они ће крајем октобра оперисати првог домаћег пацијента који више неће плаћати да би се излијечио, јер је транссексуализам заведен као болест у Свјетској здравственој организацији, већ ће му, као и свим будућим, операцију плаћати Здравствено и социјално осигурање Србије, наводи „Дневник“.

„Комплетна трансформација током једног хирушког захвата, на пример из женског у мушко, укључује одстрањивање женског полног органа, унутрашњих и спољашњих, и реконструкцију у мушки полни орган са тестисима, мокраћном цеви и тако даље, све у једном акту“, казао је Мирослав Ђорђевић. Додао је да операција траје око шест сати и изводи се у општој анестезији. Ђорђевић је навео да је „лакше од мушкарца направити жену, јер је лакше реконструисати женски него направити мушки полни орган, који ће бити у функцији“. Објаснио је да они који промијене пол до краја живота морају да узимају хормоне оног пола у који су ушли. *https://www-.stetoskop.info/intervju/beograd--svetski-centar-za-promenu-pola*.

„Око 15 пацијената из западне Европе и Америке и још десетак из бивше Југославије сваке године дође у Србију на операцију промјене пола. Колико је српски тим за транссексуалну хириргију угледан у свијету, говори и то што нашу земљу посјећују чак и љекари из иностранства како би што боље савладали технике које примјењују српски лекари.

Прва операција промјене пола у Србији урађена је читавих 39 година после прве такве операције у свијету (1950. године), али су захваљујући успјеху у овој области, српски љекари веома брзо стали раме уз раме са светским стручњацима.

– Пуних 20 година Србија важи за једну од водећих земаља у области транссексуалне хирургије. Можемо се похвалити да имамо врхунске психијатре и ендокринологе који су од кључног значаја за припрему пацијента. Пацијент прво разговара са психијатром који мора да препозна да ли је та особа спремна за промјену пола. Затим следи сусрет са ендокринологом и почетак хормонске терапије. Хирурзи су последња карика – истиче проф. др Александар Милошевић, директор КБЦ „Звездара“ и један од чланова српског тима који ради промјену пола.

Хируршка промјена из мушког у женски пол је једноставнија. Нова вагина обликује се тако што се кожа пениса искористи као слузница вагине, а кожа тестиса за велике усне. Промјена из женског у мушки пол је нешто компликованија. Прво се ради такозвана хистеректомија, односно вађење унутрашњих репродуктивних полних органа, а затим и прављење пениса методом дужења клториса или прављење новог пениса од режња мишића са тијела пацијента.

– Скидање гениталија кошта између 500 и 1.000 евра, док се све што спада у домен естетске хирургије, као што је повећање груди и пениса, додатно наплаћује. Цијена операције промјене пола у Србији је бар пет пута нижа од оне у свијету – додаје доктор Милошевић. *https://polimedic.rs/promena-pola/*.

[8] Х. Вукушић: Затворена највећа свјетска клиника за промјену спола у дјеце. Како сама Кеира каже: „Након неколико површних разговора са социјалним радником са 16 година стављена сам на хормоналне блокаторе пубертета, а годину дана касније почели су ми давати тестостерон. Са 20 година учинила сам обострану мастектомију

се боре против рекламерства клиника и дају простор људима који су у дјечијој доби пожељели да буду нешто друго, прошли хормонску терапију и пожељели да се врате тамо гдје су били. Нарочито се истиче као борац за детрансите Волт Хејер који је написао један мали приручник под називом Заштитите нашу дјецу од хормона и операције (*Protect children from Hormones and Surgery*).[9] Интересантан је и филм *Damaged: The Transing of America's Kids*,[10] који је прича о животу људи који су мијењали пол и схватили да је то била грешка, а носиоци главне улоге су Волт Хејер, Клои Кол и Кет Кетинсон. Као што смо навели и детрансити имају свој дан 12. март, када желе да се чује њихова ријеч која је обично заглушена од плаћених реклама у медијима појединих медицинских установа и осталих, како је то у свом чланку „Детранс покрет открива како медицинска заједница и активисти плене рањиве“, *The Carolina Journal*, описала Лаура Меклем.[11] Она каже да је 12. март дан свијести о детрансу, датум који

(уклањање груди). Али, како је моја транзиција ишла даље, све више сам схваћала да нисам мушко и да никада нећу бити. Пет година након што сам започела поступак транзиције кренула сам на повратак у свој натални спол.“ Кеира је на суду тврдила да Тависток није штитио своје младе пацијенте, те их је умјесто индивидуализираном третману подвргнуо неконтролираном експерименту. Пресуду је добила једногласно, а суд се у дијелу пресуде осврнуо на чињеницу да најмлађи пацијенти Тавистока нису били у доби у којој могу разумјети дугорочне посљедице своје транзиције, посебице уз експерименталну хормоналну терапију. Мишљење независне инспекције темељем којег се Тависток гаси експлицитно каже како „транзиција није била сигурно нити дугорочно оправдано рјешење јер се интервенције (хормонална терапија) темеље на недовољно доказа и стављају младе људе у позицију високог ризика за касније менталне проблеме.“ *https://narod.hr/hrvatska/dr-vukusic-zatvorena-najveca-svjetska-klinika-za-promjenu-spola-u-djece-evo-zasto-je-to-vazno.*

[9] Доступно на *https://sexchangeregret.com/protect-our-youth-from-hormones-and-surgery-info-booklet/*.

[10] Доступно на *https://sexchangeregret.com/damaged-the-transing-of-americas-kids/*.

[11] *Laura Macklem*, Detrans movement reveals how medical community and activists prey on vulnerable

March 12 was Detrans Awareness Day, a date that provides an opportunity for those who fell victim to the cruel ploy of youth medical transitioning to educate others. Many victims of transitioning have been separated from their families, had their healthy bodies permanently mutilated, and seen their mental health ignored and further devastated. Voices of the detrans community need to be heard; their stories need to be told. They need and deserve compassion, advocacy on their behalf, and respect for being brave voices in a culture which rejects and shames those who choose to leave the medical transition cult.

When my youngest daughter was about four, she was often wild and mischievous. With a gleam in her eye, she would chase me around the kitchen with a manic laugh, pushing lizards towards me as I screamed. She played with trains and cars, loved to wrestle, and roughed her older sister up quite a bit. But she also liked dolls and tutus, wore boys' boots while also sporting pink plastic necklaces in true pre-schooler fashion. She said to me once, "Mom, I'm half Tom boy and half girly-girl." When my daughter told me that, I never wondered if she was gender confused. But today, a child who utters those innocent words

could be easily placed on a track to transgenderism by an activist adult or an agenda-driven physician.

We have a devastating cultural trend being pushed by activist medical professionals, public schools, social media influencers, and corporations. For some, pushing gender fluidity is a money-making scheme; for others it's a political crusade to erase the idea of biological gender. Unlike other trends, this one leaves countless people emotionally devastated and irreversibly mutilated, burdened by a lifetime of staggering medical bills and a feeling they will never be themselves again. People who undergo transgender 'medical treatments' – whether they be hormones or surgery – must realize medicalized transitioning causes permanent changes, and will likely lead to medical problems requiring treatment for the rest of their lives.

Gender dysphoria is defined and diagnosed only as a psychiatric, not a medical condition, although many transgender patients say their mental health was never addressed before their physical transitions were authorized by medical professionals. A 2021 study indicated that 58% of those surveyed believed their gender dysphoria was caused by trauma or a mental health condition. Instead of addressing mental health issues first, youth are being fast-tracked into surgery and hormone therapies, which can cause sterilization, blood clots, cardiovascular disease and psychiatric disorders. Transitioners have reported joint disorders and bone density issues from puberty blockers, which are advertised on television like gender is a disease that needs to be fixed. But it's not. Puberty blockers are actually cancer treatments being used off-label.

This highly profitable industry starts targeting children even as infants, with books like "Bye Bye Binary" and "Being You". Youth are being pitted against their families by outside influences, including "glitter families", who convince children their parents don't love them if their transgenderism isn't embraced. Because medically transitioning is new to the culture, parents are unsure how to address their children's dysphoria.

A parent of one detransition survivor said, "We were told what to do, or our child would die. We were emotionally manipulated." So, their daughter was given a double mastectomy and testosterone shots, and she now lives in an altered body with chronic health problems and profound regret. Parents and children are being manipulated with fear tactics and brainwashing, and something needs to be done to protect both.

Detrans survivor Prisha Mosley said, "The moment I said the word gender, they were all over me," referring to her therapists. "I was medicalized so fast."

Chloe Cole started puberty blockers at age 13 and had a double mastectomy at age 15. Like many other children who chose to transition, both were influenced via the internet and social media. There is also documentation of "clustering" where gender dysphoria has been observed in particular schools and among friend groups.

Transgenderism is largely a social contagion, fed by public schools that fill their library shelves with transgender themes and offer clubs, which enhances the cluster effect. At a recent Senate committee hearing for a Parents Bill of Rights, teachers and school officials lined up to testify that secrecy between school officials and students about gender identity was essential to children's mental health. The narrative that parents don't love their children if they don't agree to transitioning is a sinister message touted by activists who want to be affirmed themselves and change the culture.

North Carolina needs to protect these vulnerable young people from vultures in the medical profession who prey on their mental instability. Numerous gender clinics in North Carolina — UNC, ECU, Duke, Levine Children's Hospital, and many more – are profiting off surgical and hormonal treatments to minor children. It is impossible for a young person to give informed consent to transgender "medical treatments" that irreparably damage their bodies and minds. The medical community should be held accountable. *https://www.-*

пружа прилику онима који су постали жртве окрутног трика медицинског преласка младих да образују друге. Многе жртве транзиције су одвојене од својих породица, њихова здрава тијела су трајно осакаћена, а њихово ментално здравље је игнорисано и додатно девастирано. Гласови детранс заједнице морају се чути, њихове приче треба испричати. Њима је потребно и заслужују саосјећање, залагање у њихово име и поштовање, због тога што су храбри гласови у култури која одбацује и срамоти оне који одлуче да напусте култ медицинске транзиције.

Када је моја најмлађа ћерка имала око четири године, често је била дивља и несташна. Са сјајем у очима, јурила би ме по кухињи уз маничан смијех, гурајући гуштере према мени док сам вриштала. Играла се возовима и колима, вољела је да се рве, и прилично је наљутила своју старију сестру. Али такође је вољела лутке и тутуе, носила је дјечачке чизме, а такође је носила ружичасте пластичне огрлице на прави предшколски начин. Једном ми је рекла: „Мама, ја сам пола Том дјечак, а пола девојчица.“ Када ми је ћерка то рекла, никад се нисам запитала да ли је полно збуњена. Али данас би дијете које изговори те невине ријечи лако могло да буде стављено на стазу трансродности од стране одрасле активисткиње или љекара вођеног планом.

Имамо разарајући културни тренд који подстичу активисти медицинских професионалаца, јавних школа, утицајних друштвених медија и корпорација. За неке је форсирање родне флуидности шема за зараду новца; за друге је то политички крсташки рат за брисање идеје биолошког пола. За разлику од других трендова, овај оставља безброј људи емоционално девастираних и неповратно осакаћених, оптерећених доживотним запањујућим медицинским рачунима и осјећајем да никада више неће бити оно што су. Људи који се подвргну трансродним „медицинским третманима“ – било да се ради о хормонима или операцији – морају схватити да медикализована транзиција изазива трајне промјене и да ће вјероватно довести до здравствених проблема који захтијевају лијечење до краја живота.

Родна дисфорија се дефинише и дијагностикује само као психијатријско, а не као здравствено стање, иако многи трансродни пацијенти кажу да њихово ментално здравље никада није разматрано прије него што су медицински стручњаци одобрили њихову физичку транзицију. Студија из 2021. године показала је да 58% испитаних верује

carolinajournal.com/opinion/detrans-awareness-day-is-an-opportunity-to-highlight-inconvenient-stories/.

да је њихова родна дисфорија узрокована траумом или менталним здравственим стањем. Умјесто да се прво позабаве проблемима менталног здравља, млади се убрзано упућују у хирургију и хормонске терапије, што може изазвати стерилизацију, крвне угрушке, кардиоваскуларне болести и психијатријске поремећаје. Прелазници су пријавили поремећаје зглобова и проблеме са густином костију због пубертетских блокатора, који се рекламирају на телевизији као да је пол болест коју треба поправити. Али није. Блокатори пубертета су заправо третмани за канцер.

Ова високо профитабилна индустрија почиње да циља на дјецу чак и као бебе, са књигама као што су “*Bye Bye Binary*” и “*Being You*”. Омладину против својих породица супротстављају спољни утицаји, укључујући „блиставе породице“, које убјеђују дјецу да их родитељи не воле ако се њихова трансродност не прихвати. Пошто је медицински прелаз новост у култури, родитељи нису сигурни како да се позабаве дисфоријом своје деце.

Родитељ једне особе која је преживјела детранзицију је рекао: „Речено нам је шта да радимо или ће наше дијете умријети. Били смо емоционално изманипулисани.“

Дакле, њихова кћерка је добила ињекције тестостерона и урађена јој је двострука мастектомија, и она сада живи у измијењеном тијелу са хроничним здравственим проблемима и дубоким жаљењем. Родитељима и дјецом се манипулише тактиком страха и испирањем мозга, и нешто треба учинити да се и једни и други заштите.

Преживјела из детранса Приша Мосли је рекла: „У тренутку када сам изговорила ријеч род, били су свуда по мени“, мислећи на своје терапеуте. „Тако брзо сам добила медицинску помоћ.” Клои Кол је почела са пубертетским блокаторима са 13 година и имала је двоструку мастектомију са 15 година. Као и многа друга дјеца која су одлучила да пређу, обје су биле под утицајем интернета и друштвених медија. Такође, постоји документација о „кластеризацији“, гдје је уочена родна дисфорија у одређеним школама и међу групама пријатеља.

Трансродност је у великој мјери друштвена зараза, коју хране јавне школе које пуне полице својих библиотека трансродним темама и нуде клубове, што појачава ефекат кластера. На недавном саслушању у сенатском одбору за Повељу о правима родитеља, наставници и школски званичници стали су у ред да сведоче да је тајност између школских званичника и ученика о родном идентитету од суштинског значаја за ментално здравље дјеце. Наратив да родитељи не воле своју

дјецу ако не пристану на транзицију је злокобна порука коју изговарају активисти који желе да се афирмишу и промијене културу.

Сјеверна Каролина треба да заштити ове рањиве младе људе од лешинара у медицинској професији, који вребају њихову менталну нестабилност. Бројне клинике за родну равноправност у Сјеверној Каролини – *UNC, ECU, Duke, Levine Children's Hospital* и многе друге – профитирају од хируршких и хормонских третмана малољетне дјеце. Немогуће је да млада особа да информисани пристанак на трансродне „медицинске третмане“, који непоправљиво оштећују њено тијело и ум. Медицинска заједница треба да сноси одговорност.[12]

И Одбор Сабора Републике Хрватске расправљао је на својој сједници о проблему растућих захтјева за промјену пола лица у дјечјој доби и сједницу је напустила владајућа већина, из чега се може закључити да нема јединственог става о овоме проблему о којем се расправљало и на савјетовању о трансродности, које је одржано у Опатији у октобру 2022. године.[13] Излагање докторке Жељке Маркић и Стјепана Бартулице осликавају стање у друштву у коме се отворено шаље порука дјеци да промијене пол.[14]

---

[12] *https://www.carolinajournal.com/opinion/detrans-awareness-day-is-an-opportunity-to-highlight-inconvenient-stories/%20Detrans%20movement%20reveals%20how%20medical%20community%20and%20activists%20prey%20on%20vulnerable/.*

[13] Доступно на *https://www.youtube.com/watch?v=tPojMkCB4WA.*

[14] Жељка Маркић, извршна директорица удруге „У име обитељи“ казала је на истој сједници да би жељела свратити позорност јавности на три ствари. „Прво, јављају нам се наставници и родитељи из хрватских школа да добивају упуту да дјецу која се осјећају трансродно ословљавају замјеницом супротног спола. Дакле, да нпр. биолошког дјечака ословљавају у женском роду или супротно. Оно што смо добили као информације јест да постоје неке школе у Загребу у којима има велики број дјеце који изражавају дисфоричне тегобе. Као на примјер Школа за примијењену умјетност у Загребу. И школе у којима има мало такве дјеце и младих. Према информацијама које имамо са осталом дјецом и младима се не ради, не провјерава се како они доживљавају да свог до јучерашњег колегу, дјечака, морају ословљавати у женском роду. Не провјерава се како они, дакле друга дјеца у разреду то доживљавају…“, истакнула је Маркић.

Докторица Маркић је поставила питање доводе ли управо овакве препоруке упућене професорима и ученицима до појаве тзв. транстрендера, односно до промоције трансродности међу дјецом и младима на начин који није сукладан потребама особа које се муче и трпе од трансродности?

„Као друго“, нагласила је др. Маркић, „већ смо чули да немамо те информације, а важно нам је имати информације о саумобојствима младих и одраслих који су прошли транзицију. И као треће, случај Замбија указао је на проблем везан за неисказивање промјене спола. Бројни правни стручњаци већ су упозоравали да је потребно промијенити чланак 42 Закона о државним матицама и осигурати да се промјена спола исказује у случајевима посвојења и склапања брака. У најмање та два случаја постоји интерес друге особе или јавни интерес који има превагу над заштитом приватности“, закључила је извршна директорица удруге „У име обитељи“.

4. ЗАКЉУЧАК

Сасвим сигурно може се кроз анализу самог поступка промјене пола доћи до закључка да би клиника која врши операцију могла бити одговорна за штету родитељима, али са њом солидарно и законодавац, значи држава која је донијела такву одредбу. Држава би могла бити пасивно легитимисана у оваквим случајевима и по основу одговорности за рад својих органа, за пропусте министра просвјете који одобрава уџбенике за наставу. Бавили смо се у овом раду и питањем колико дјеца у тој доби могу одвојити медијски притисак од стварних својих осјећаја, и мишљења смо да је медијски притисак одлучујући фактор који додатно збуњује дјецу у том периоду њиховог одрастања. Држава би била одговорна за накнаду штете јер би требало да штити дијете по основу Конвенције о правима дјетета УН. У тумачењу одредаба Закона о забрани дискриминације с обзиром на пол, није правилно да се тумачи на штету родитеља, управо због њиховог уставом загарантованог права на родитељство.

Док траје родитељско право, траје и обавеза родитеља да се брину о здрављу свог дјетета, а када престане родитељско право, не престаје однос родитељ–дијете, па самим тим постоји могућност тражења накнаде и будуће штете која ће им настати усљед интервенције промјене пола њиховог дјетета. Видови таквих штета су посебно обрађени у овом раду који завршава приједлозима законодавцу за доношење одговарајућих прописа у пет области.

У јануару 2023. обиљежила се 50. годишњица судске одлуке Америчког врховног суда о дозволи абортуса, након које је на сваком кораку почела ницати клиника за абортусе, тврдећи женама да су потпуно безопасни. До 2007. у САД постојала је једна клиника која се бавила питањем промјене пола, а сад их има 150. Нема дјетета у пубертету које је задовољно својим изгледом, а са годинама се навикне на свој изглед и прихвати свој пол. Ова проблематика не може се свести на ниво једног чланка, али о овој појави се код нас мора размишљати и донијети прописе којим ће се забрањивати штетне информације по дјецу поводом тврдње да постоји мноштво полова, односно међустепени између мушкарца и жене. За крај бисмо навели

Саборски заступник Стјепо Бартулица поздравио је сазивање ове сједнице и изразио жаљење што су поједини заступници напустили сједницу. „Ја као родитељ четверо дјеце ћу рећи да дјеца која можда пролазе кроз фазу збуњености, нису им потребне сувишне операције у којима им се уклањају груди, нису им потребне сулуде хормонске терапије него разумијевање, стрпљење и љубав. Ово је родно лудило у Хрватској и види се по понашању да нису спремни на расправу.“ *https://narod.-hr/hrvatska/ljevica-napustila-sjednicu-o-transrodnoj-djeci-otkriven-pritisak-na-strucnjake-i-institucije-od-strane-trans-aktivistahttps*.

мишљење др Александра Корте, руководиоце клинике за дјечију и одмладинску психијатрију, Минхенски унирвезитет, Лудвиг Максимилијан, који каже: „Дискусија о дефиницији мноштва полова не може бити у природно научном свијету и да медији сугеришу дјеци да је прелазак у други сексуални идентитет лак и безболан, што није тачно, дјеци се и прије достизања полне зрелости за вријеме пубертета намеће одлука чије посљедице не могу да сагледају.“

Крајњи резултат оваквих захвата је са далекосежним посљедицама не само за једну државу него и за људску заједницу која ће изгубити придјев људска. Доношење закона по којима се може и без медицинске интервенције изјавом пред органом управе промијенити пол доводи до још већег збуњивања дјеце. Највећа је одговорност за штету на законодавцу који дозвољава збрку у полној припадности супротно свим биолошким законима. Ако родитељи у страху дају сагласност, онда је и таква сагласност због мана воље ништава. Посљедице су све веће, будућа штета не само родитељима већ и свима који се још могу сматрати људским бићима. Због тога би законодавац требало да донесе закон о забрани мијењања пола дјеци док год не постану потпуно пословно способна. Исто тако, у основним и средњим школама не уводити уџбенике који ће рекламерски поступати и наводити да је модерно данас бити дјечак сутра дјевојчица, у зависности од тога на коју интернет страницу налетиш. Наставници су дужни говорити на часовима биологије да постоје само два пола, мушки и женски, како је то до сада било и како ће увијек и бити. Законодавац је одговоран за сву штету, јер одговара за рад својих министарстава здравља и просвјете, који уређују школске програме и здравствену заштиту. Не смије се нипошто заборавити врхунски принцип најбољег интереса дјетета и не допустити трагедију породица, јер ниједан новчани износ, ма колики био, не може бити сатисфакција за останак без дјетета или претварања дјетета у нешто друго, у небиће. Дјеца су исувише мала да би тешке посљедице себи наметнутих идеала лако препознала. На законодавцу је потез да прописом управо заштити та мала бића од погрешних поступака у оквиру њихових права који им могу нанијети штету. Не смије се дјетету отети мајка ни мајци дијете. На једној страни, љекари јасно стављају до знања да нису сигурни како ће блокатори пубертета касније утицати на дијете, а на другој страни, интернет странице доступне дјеци говоре супротно. Јасно је да су одрасли дјеци измислили приче о Дједа Мразу и поводом те неистине, дјеци се дијеле дарови. Сада су одрасли измислили дјеци игру, опасну по њихово здравље, брзо рјешење свих њихових проблема кроз промјену пола. Ако у томе измишљању учествују и родитељи, њихова одговорност ће несумњиво бити подијељена са законодавцем. Медији

би требало да буду санкцинисани новчаном казном ако преносе информације које су штетне за дјецу. А штетне су оне које једнострано представљају стварне и врло тешке посљедице хормоналне терапије. Њихови главни уредници били би исто тако одговорни за штету.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Интернет извори

1. Activist Chloe Cole sparks campus protest, *https://www.thedartmouth.-com/article/2023/04/qusba-activist-chloe-cole-sparks-campus-protest*;
2. Вртоглаво расту бројке ‘трансродне дјеце и тинејџера’, зажале кад је касно: ‘Одрезали су ми дојке, друштво ме напустило’, *https://narod.-hr/svijet/vrtoglavo-rastu-brojke-transrodne-djece-i-tinejdzera-zazale-kad-je-kasno-odrezali-su-mi-dojke-drustvo-me-napustilo*;
3. Detrans movement reveals how medical community and activists prey on vulnerable, *https://www.carolinajournal.com/opinion/detrans-awareness-day-is-an-opportunity-to-highlight-inconvenient-stories/*;
4. Љевица напустила сједницу о ‘трансродној’ дјеци; откривен притисак ‘транс’ активиста на стручњаке и институције, *https://narod.hr-/hrvatska/ljevica-napustila-sjednicu-o-transrodnoj-djeci-otkriven-pritisak-na-strucnjake-i-institucije-od-strane-trans-aktivista*;
5. Промена пола, *https://polimedic.rs/promena-pola/*;
6. Protect children from Hormones and Surgery, *https://sexchangeregret.-com/protect-our-youth-from-hormones-and-surgery-info-booklet/*;
7. УиО на Одбору за равноправност сполова: „Насиље према женама искориштава се за наметање родне идеологије“, *https://narod.hr/-hrvatska/uio-odboru-ravnopravnost-spolova-nasilje-prema-zenama-iskoristava-se-nametanje-rodne-ideologije*;
8. Х. Вукушић: Затворена највећа свјетска клиника за промјену спола у дјеце, *https://narod.hr/hrvatska/dr-vukusic-zatvorena-najveca-svjetska-klinika-za-promjenu-spola-u-djece-evo-zasto-je-to-vazno*;
9. *https://www.espreso.co.rs/svet/planeta/1120425/surovi-eksperiment-nad-blizancima-jednog-su-odgajali-kao-devijcicu-odstranili-mu-penis-sve-zbog-greske-lekara*;
10. Damaged: The Transing of America’s Kids, *https://sexchangeregret.-com/damaged-the-transing-of-americas-kids/*;
11. *https://www.stetoskop.info/intervju/beograd--svetski-centar-za-promenu-pola*;
12. Шпањолска усвојила закон о допусту за жене због болних мјесечница; регулиран и побачај те промјена спола, *https://www.novilist.-hr/novosti/svijet/spanjolska-usvojila-zakon-o-dopustu-za-zene-zbog-bolnih-mjesecnica-reguliran-i-pobacaj-te-promjena-spola/*.

Full Professor Stanka Stjepanović, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

THE RIGHTS OF PARENTS TO DAMAGES ARISING FROM SEX CHANGE OF THEIR CHILDREN

Summary

Gender change is provided for by the legislation of the Republic of Serbia. Moreover, the state participates in financing up to 2/3 of the total costs of this complex operation, the amount which is far from negligible. This paper discusses the problems that arise when a child, after turning 15, decides to change sex, using his or her right to medical intervention, while their parents are either expressly against it or give their alleged consent, out of fear that their child may, otherwise, commit suicide. Of course, this complex operation implies a prior, very complicated, hormonal therapy, which may have very serious consequences for the child's health. The advertising of certain gender reassignment clinics is considered, as are numerous internet contents that influence a child at that adolescent age to make a decision about his or her gender, more precisely, decision about changing it. The fact is that parents consequently suffer psychological pain, which consists of fear for the child's health and disfigurement and fear of deviant behavior during child's further development. The question arises as to whether and at what point parents can claim compensation for damaged health and changed identity of their child. In this paper, the author provides an answer by analyzing the cases of children who changed gender and later repented and detransitioned with great difficulty, a situation which had serious psychological consequences for their parents as well.

Key words: *Child; Parents; Damages; Transgender; Sex change*.

UDK/UDC 347.791:621.039
347.73:621.039
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. sci. Dragan Bolanča

Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

ODGOVORNOST PODUZETNIKA NUKLEARNOG BRODA

U ovom se radu autor bavi pitanjem odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda za nuklearnu štetu. Analiziraju se rješenja Zakona o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. god., Zakona o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god., Zakona o unutrašnjoj plovidbi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine iz 2008. god., Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine iz 1992. god. i Zakona o odgovornosti za nuklearne štete Bosne i Hercegovine iz 1992. god. Navedeni se propisi uspoređuju sa hrvatskim rješenjima (Pomorski zakonik iz 2004. god. i Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2021. god.).

Ključne riječi: Nuklearni brod; Poduzetnik; Nuklearna šteta; Odgovornost; Republika Srpska; Republika Hrvatska.

1. UVOD

Otkriće nuklearne energije i razvoj njenog mirnodopskog iskorištavanja, postavio je i problem međunarodnog pravnog reguliranja pojava i odnosa proizašlih iz tog razvoja.[1] Upotreba nuklearne energije u pomorstvu vezana je za izgradnju prvih trgovačkih brodova na nuklearni pogon,[2] pa je shodno tome pitanje odgovornosti za nuklearne štete u pomorskom pravu pokrenuo *Međunarodni pomorski odbor* (franc. *Comite*

Dragan Bolanča, *dragan.bolanca@pravst.hr*.

[1] Detaljnije vid. D. Stojanović, *Građanskopravna odgovornost za atomske štete prema trećim licima*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1965, 7–87; B. Ivošević, Č. Pejović, *Pomorsko pravo (Uporednopravna studija)*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd 2019, 704–706.

[2] Krajem pedesetih godina dvadesetog stoljeća, bila su svega dva broda na nuklearni pogon izgrađena u nevojne svrhe: sovjetski ledolomac *Lenjin* (1957) i američki teretno- putnički brod *Savannah* (1962). Naknadno su sagrađena još tri trgovačka broda na nuklearni pogon: zapadnonjemački *Otto Hahn* (1968), japanski *Mutsu* (1972) i sovjetski *Sevmorput* (1988). Osim posljednjeg, niti jedan drugi nuklearni brod više nije u trgovačkom prometu.

Maritime International – CMI)[3] 1958. godine, kada se na sjednici održanoj 04. rujna pristupilo rješavanju problematike vezane za brodove na nuklearni pogon, te same odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda. O tome se dalje raspravljalo na Riječkoj konferenciji, održanoj 1959. godine u organizaciji CMI-a i Jugoslavenskog udruženja za pomorsko pravo.[4] Na temelju zaključaka te konferencije, sužena potkomisija CMI-a je, na zasjedanju u

[3] CMI je međunarodna organizacija koja se prva počela sustavno baviti problemima ujednačavanja pomorskog prava. CMI je nevladina međunarodna organizacija osnovana 1897. godine u Antwerpenu (Belgija) gdje joj je i sjedište. U osnivačkom aktu CMI-a stoji da je njezin cilj doprinositi svim prikladnim sredstvima i aktivnostima kako bi se ujednačilo pomorsko pravo na svim njegovim područjima. Do 1970. godine je nastojanjem CMI-a izrađeno 16 konvencija i 2 protokola, a svi su akti doneseni u Bruxellesu, jer je 1905. godine belgijska vlada prihvatila sazivanje diplomatskih konferencija o pomorskom privatnom pravu i preuzela je brigu (kao država depozitar) o stupanju na snagu (ratifikaciji) međunarodnih konvencija koje usvaja CMI – opširnije o CMI-u i njegovoj povijesti vid. S. Hetherington, “The CMI and the Panacea of Uniformity – An Elusive Dream Essay”, *Tulane Maritime Law Journal*, Tulane Law School 2014, 159; E. Van Hooydonk, „Unification and Codification of Maritime Law (Friends or Foes)”, *Codification of Maritime Law (Challenges, Possibilities and Experience)* (eds. J. Nawrot, Z. Peplowska Dabrowska), Informa Law from Routledge, New York 2020, 11–14; E. Pallua, *Comite Maritime International*, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 2, 1975, 33–34; J. Marin, „Međunarodni pomorski odbor i unifikacija pomorskog prava“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005, 250–253. O različitim diplomatskim konferencijama CMI-a vid. E. Pallua, „Bruxelleska diplomatska konferencija za pomorsko pravo od 30. 9. do 10. 10. 1957.“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II,* Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005, 264–272; E. Pallua, „XXV Plenarna konferencija Međunarodnog pomorskog odbora u Ateni (15. – 20. IV. 1962.)“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005, 272–284, I. Grabovac, „Diplomatska konferencija u Ateni i Konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem, 1974.“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005, 284–286, E. Pallua, „Rad i rezultati XXVI Plenarna konferencija Međunarodnog pomorskog odbora Stockholm (9. – 15. VI. 1963.)“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005, 287–302.

[4] Na konferenciji su sudjelovale delegacije nacionalnih udruženja za pomorsko pravo iz 21 države, ukupno 190 delegata, i još desetci delegata pojedinih međunarodnih organizacija, u svojstvu promatrača. Osnovna načela riječkog Nacrta o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda su: kanalizirana odgovornost poduzetnika, objektivna odgovornost poduzetnika, ograničena odgovornost poduzetnika i nadležnost suda države koja je ovlastila poduzetnika na iskorištavanje nuklearnog broda, odnosno one koja ga sama iskorištava ili suda države ugovornice na čijem se području dogodila nuklearna nezgoda koja je izazvala nuklearnu štetu koja je predmet spora. Više o tome vidi: V. Filipović, „Riječka konferencija CMI-a 1959. i odgovornost poduzetnika nuklearnih brodova“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/2002, 1181–1193.

Antwerpenu 11. – 12. srpnja 1959. godine, izradila privremeni izvještaj i Nacrt konvencije o odgovornosti poduzetnika nuklearnih brodova.[5]

U Bruxellesu je 25. svibnja 1962. godine zaključena *Konvencija o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda* (engl. *International Convention of Liability of Nuclear Ship Operator*).[6] Iako Republika Hrvatska nije ratificirala ovu Konvenciju, prihvatila je njena načela i implementirala ih u okviru regulacije odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda u svom *Pomorskom zakoniku* iz 2004. godine (Dio osmi, Glava V, čl. 824. – čl. 840.).[7] Nadalje, hrvatski *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda*[8] također prihvaća rješenja navedene međunarodne konvencije.

2. RJEŠENJA PZ-a IZ 2004. GODINE

Poduzetnik *nuklearnog broda*[9] jest osoba koju je država ovlastila da iskorištava nuklearni brod ili država koja sama iskorištava nuklearni brod

[5] Nacrt je objavljen u knjizi CMI-a: *XXIVth Conference of Rijeka*, 1959, 113.

[6] Konvencija o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda oslanja se na načela postavljena u Riječkom nacrtu. Od 42 delegacije koje su prisustvovale njenom konačnom izglasavanju, 28 ih je glasovalo „za“, 10 „protiv“, a 4 od njih su bile suzdržane. Velikim nedostatkom smatra se to što su upravo dvije države koje raspolažu najvećom flotom nuklearnih brodova (SAD, tadašnji SSSR) glasovale protiv nje jer su se oštro protivile uključivanju ratnih brodova u sustav Konvencije. Konvencija, u međuvremenu, nije stupila na snagu. Razlog tome leži u činjenici što, suprotno očekivanjima i predviđanjima znanstvenika iz sredine 20. stoljeća, trgovački brodovi na nuklearni pogon nisu nikada prevladali među drugim trgovačkim brodovima, a pored toga svijet je postao u potpunosti svjestan rizika koji predstavljaju takvi brodovi. Konvencija se primjenjuje na sve nuklearne štete prouzročene nuklearnom nezgodom u koju su uključeni nuklearno gorivo, radioaktivni proizvodi ili otpaci nuklearnog broda koji vije zastavu države ugovornice, bez obzira na mjesto gdje je šteta pretrpljena (čl. 13.). Opširnije o tome što je prethodilo donošenju ove Konvencije vid. V. Filipović, 1188–1190. Tekst Konvencije o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda na hrvatskom jeziku vidi: I. Grabovac, *Konvencije pomorskog imovinskog prava s komentarom*, Književni krug, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1986, 83–97.

[7] Pomorski zakonik – PZ, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15 i 17/19. PZ se odnosi na *pomorsku plovidbu*, a to je plovidba koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskoga jadranskog slijeva do granice do koje su one plovne s morske strane (čl. 5., toč. 1. PZ-a) – više o toj plovidbi vid. D. Bolanča, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2015, 11.

[8] Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda – ZPLUV, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 144/21. ZPLUV uređuje *unutarnju plovidbu*, a to je plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama (čl. 5., toč. 78.), a unutarnje vode su sve stajaće i tekuće vode kao što su rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog sliva do granice do koje su one plovne s morske strane (čl. 5., toč. 79.) – više o toj plovidbi vid. *ibid.*, 14.

[9] *Nuklearni brod* je brod opremljen uređajem na nuklearni pogon (čl. 5., toč. 24. PZ-a). Brod se, u smislu odredbi ove Konvencije, shvaća u najširem smislu. Konvencija se primjenjuje na svaki nuklearni brod koji pripada državi članici Konvencije, bez obzira na mjesto

(čl. 824., toč. 1. PZ-a).[10] U Konvenciji i PZ-u prihvaćeno je načelo kanalizirane odgovornosti, pa će za *nuklearnu štetu*[11] biti isključivo odgovoran poduzetnik (čl. 825. PZ-a).[12] On će odgovarati na temelju *objektivne odgovornosti*[13] te će se od odgovornosti moći osloboditi jedino ako je nuklearna šteta prouzročena ratom, neprijateljstvima, građanskim ratom ili ustankom (čl. 828. PZ-a).[14] Pored spomenutih slučajeva, moći će se u potpunosti ili djelomično osloboditi odgovornosti za onu nuklearnu štetu za koju dokaže

gdje je šteta pretrpljena. Vid: V. Hlača, G. Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 1997, 22.

[10] U praksi će poduzetnik nuklearnog broda najčešće biti sam brodar. Međutim, može se dogoditi da poduzetnik npr. sklopi ugovor o zakupu kojim svojstvo brodara prenosi na osobu koja se ne može smatrati poduzetnikom u smislu odredbi ove Konvencije. U tom će slučaju brodar odgovarati za sve obveze vezano za plovidbeno iskorištavanje broda, dok će za eventualne nuklearne štete i dalje odgovarati isključivo poduzetnik. Inače, brodar jest fizička ili pravna osoba koja je kao posjednik broda nositelj plovidbenog pothvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u upisnik brodova upisana kao vlasnik broda (čl. 5., toč. 6. PZ-a).

[11] *Nuklearna šteta* jest šteta koja prouzroči gubitak života ili svaku tjelesnu ozljedu čovjeka, odnosno gubitak ili oštećenje stvari koji nastaju iz radioaktivnih svojstava s otrovnim, eksplozivnim ili drugim pogibeljnim svojstvima nuklearnog goriva ili radioaktivnih proizvoda i otpada (čl. 824., toč. 2. PZ-a). Prema Konvenciji i PZ-u neće se nadoknaditi ona nuklearna šteta koju pretrpi sam nuklearni brod, njegova oprema, gorivo i zalihe (čl. 827. PZ-a). Ova odredba, koja isključuje iz naknade nuklearne štete *in situ*, propisana je u korist posade nuklearnog broda, putnika na njemu kao i vlasnika tereta koji se njima prevozi. Naime, u situaciji u kojoj poduzetnik nuklearnog broda i njegov brodovlasnik nisu ista osoba, a dođe do nastanka nuklearne štete na samom brodu, poduzetnik bi imao obvezu nadoknaditi takvu štetu brodovlasniku čime bi se značajno iscrpio fond ograničene odgovornosti što bi, u konačnici, druge oštećenike dovelo u izrazito nepovoljan položaj te im pretrpljena šteta, vjerojatno, ne bi bila nadoknađena. Odgovornost poduzetnika se ne proteže ni na one nuklearne nezgode do kojih je došlo prije nego što je poduzetnik preuzeo nuklearno gorivo niti nakon što je predao nuklearno gorivo, proizvode ili otpatke drugoj osobi zakonito ovlaštenoj na to i odgovornoj za sve nuklearne štete koje bi mogle biti prouzročene od tih tvari (čl. 2., st. 4.). Kada su nuklearna i nenuklearna šteta prouzročene nuklearnom nesrećom ili nuklearnom nesrećom zajedno s jednim ili više drugih događaja, a nije moguće sa sigurnošću utvrditi nuklearnu i nenuklearnu štetu ukupna će se šteta smatrati nuklearnom štetom koju je uzrokovala nuklearna nesreća (čl. 826. PZ-a).

[12] Višestruki su razlozi odabira ovog rješenja. Htjelo se, naime, olakšati položaj oštećenika prilikom utvrđivanja osobe odgovorne za naknadu nuklearne štete, ali i potaknuti izgradnju nuklearnih brodova. U slučaju u kojem je nuklearna šteta izazvana nuklearnim brodom za čije iskorištavanje poduzetnik nije dobio dozvolu od države, prema čl. 15., st. 2. Konvencije, poduzetnikom će se smatrati vlasnik nuklearnog broda ali visina njegove odgovornosti neće biti ograničena već će odgovarati neograničeno čitavom svojom imovinom do punog iznosa naknade štete.

[13] Poduzetnik će, dakle, biti odgovoran za nuklearnu štetu već na temelju uzročne veze između nuklearne nezgode i štete neovisno o tome je li on sam, ili osoba za koju on odgovara, kriv za nastanak nuklearne štete, detaljnije D. Bolanča, P. Amižić-Jelovčić, *Pomorsko pravo*, Pravni fakultet u Splitu, Split 2022, 470–471.

[14] Vid. B. Jakaša, „Nekoliko pogleda na temelj imovinsko-pravne odgovornosti”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2–3/1977, 138.

da je u potpunosti ili djelomično izazvana namjernom radnjom ili propustom samog oštećenika (čl. 829. PZ-a).[15]

Izuzetno stroga odgovornost poduzetnika ublažena je pravom regresa. Naime, sukladno odredbama Konvencije i PZ-a, on će imati pravo regresa (čl. 830. PZ-a):

a) prema osobi koja je izazvala nuklearnu nezgodu osobnom radnjom ili propustom u namjeri da izazove štetu;[16]
b) prema osobi koja je podigla podrtinu nuklearnog broda bez odobrenja poduzetnika nuklearnog broda ili države zastave broda ili države u čijim se vodama podrtina nalazi, a šteta je posljedica takva podizanja;
c) ako je pravo regresa izričito predviđeno ugovorom sklopljenima s osobom od koje se traži povrat.[17]

Poduzetnik nuklearnog broda *odgovara ograničeno* čak i ako je nuklearna šteta posljedica njegove osobne krivnje (čl. 831., st. 2. PZ-a). Ovo je rješenje preuzeto iz Konvencije, koja je donesena u vrijeme kada nije postojalo iskustvo upravljanja nuklearnim brodovima te je, stoga, bilo izuzetno teško jasno utvrditi što će se smatrati uloženom dužnom pažnjom. Također, u vrijeme donošenja Konvencije, htjelo se potaknuti uvođenje nuklearnog pogona u trgovačku i ratnu mornaricu. Odgovornost je ograničena na 100 000 000 posebnih prava vučenja kao obračunske jedinice[18] za svaku pojedinu *nuklearnu nesreću*[19] (čl. 831., st. 1. PZ-a),[20] a

[15] Iz navedenog proizlazi da poduzetnik nuklearnog broda za nuklearnu štetu odgovara apsolutno uz samo dvije iznimke: ratne opasnosti i krivnje oštećenika – vid. I. Grabovac, „Temelj odgovornosti u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 15/1978, 45.

[16] Ova je odredba propisana, prvenstveno, u korist stručnjaka koji rade na nuklearnom brodu, a koji bi mogli prouzročiti nuklearnu štetu ako ne ulože dužnu pažnju. Sada, naime, poduzetnik ima pravo regresa prema njima samo u slučaju da su štetu izazvali namjerno. Teret dokaza je na stranci koja tvrdi da je došlo do doloznog postupka čija je posljedica nuklearna šteta.

[17] Takav će ugovor poduzetnik najčešće sklopiti s osobama koje opremaju brod sastojcima koji mu daju karakter nuklearnog broda i koji bi u slučaju nekog nedostatka mogli izazvati nuklearnu nezgodu. To su npr. dobavljači nuklearnog goriva, konstruktori nuklearnog reaktora i sl.

[18] Obračunska jedinica jesu *posebna prava vučenja* (engl. *Special Drawing Right* – SDR), kako ih definira Međunarodni monetarni fond. SDR je obračunska jedinica koju utvrđuje Međunarodni monetarni fond prema „korpi valuta“ koja se u početku sastojala od 16 valuta, a od 1981. godine od 5 valuta koje utvrđuje Međunarodni monetarni fond svakih 5 godina, kao i njihove omjere koji se uzimaju prilikom izračuna vrijednosti. Danas se SDR sastoji od 4 valute, a to su američki dolar (USD), euro (EUR), britanska funta (GPB) i japanski jen (JPY).

[19] *Nuklearna nesreća* jest svaki događaj ili niz događaja koji imaju isto porijeklo koje je prouzročilo nuklearnu štetu (čl. 824., toč. 3. PZ-a).

na postupak u pogledu osnivanja fonda ograničene odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda na odgovarajući način se primjenjuju odredbe o postupku ograničenja brodareve odgovornosti (čl. 839. PZ-a).[21]

Poduzetnik je dužan pokriti tu svoju odgovornost osiguranjem ili drugim financijskim jamstvom koje pokriva njegovu odgovornost do navedenog iznosa ograničene odgovornosti (čl. 832., st. 1. PZ-a).[22]

Oštećenik ima pravo zahtijevati naknadu štete izravno od osiguravatelja poduzetnika nuklearnog broda ili osobe koja je pružila financijsko jamstvo za pokriće odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda (čl. 835. PZ-a).

PZ je vremenski ograničio odgovornost poduzetnika nuklearnog broda prihvativši objektivni zastarni rok od 10 godina[23] u kojem se mora podnijeti tužba, a rok počinje teći od dana nuklearne nesreće (čl. 836., st. 1. PZ-a).[24] Subjektivni rok ograničenja odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda iznosi tri godine (čl. 837. PZ-a).[25]

U slučaju kada su nuklearnu nesreću i posljedično nuklearnu štetu izazvala dva ili više nuklearnih brodova istog poduzetnika, onda će on odgovarati za svaki brod do granice iz članka 817. PZ-a (čl. 834. PZ-a).[26]

---

[20] Ova se odredba ne odnosi na javne brodove i druge brodove u potpunom vlasništvu države (čl. 832., st. 2. PZ-a).

[21] Suprotno općim načelima obveznog prava, u pomorskom pravu brodar može ograničiti visinu odgovornosti za prouzročenu štetu i to samo do propisanih granica. Opće (globalno) ograničenje odgovornosti brodara primjenjuje se na izvanugovornu i ugovornu odgovornost u sustavu ograničenja i to je krajnja je granica do koje odgovara brodar kao dužnik (čl. 385. – 400.*)*. Vid. D. Bolanča, *Prometno pravo Republike Hrvatske,* Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2016, 185–187.

[22] Strani nuklearni brod koji *namjerava uploviti* u hrvatsku luku otvorenu za međunarodni promet dužan je zatražiti odobrenje za uplovljavanje u luku i pravodobno dostaviti ovjereni prijepis dokumentacije o sigurnosti nuklearnog postrojenja Ministarstvu pomorstva (čl. 61., st. 1. PZ-a). To će ministarstvo izdati odobrenje za uplovljavanje u hrvatsku luku ako *inter alia* taj brod ima valjanu potvrdu o sklopljenom ugovoru o osiguranju ili potvrdu o financijskom jamstvu, koju je izdao osiguravatelj, odnosno davatelj finacijskog jamstva do visine svote iz čl. 831. (čl. 61., st. 4. PZ-a) – vid. D. Bolanča, *Pravo osiguranja Republike Hrvatske*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2017, 73.

[23] Oni predstavljaju kompromis između težnji oštećenika za što duljim rokovima, zbog latentnosti nuklearnih tjelesnih šteta, i težnji osiguratelja koji su zagovarali što kraće rokove.

[24] Kada je nuklearna šteta prouzročena nuklearnim gorivom, radioaktivnim proizvodima ili otpadom, koji su ukradeni, izgubljeni, bačeni s broda ili napušteni, rok iz stavka 1 ovog članka računa se od dana nuklearne nezgode, ali taj rok nikada ne smije biti duži od *20 godina* od dana krađe, gubitka, bacanja s broda ili napuštanja (čl. 836., st. 2. PZ-a).

[25] Svaka država ugovornica Konvencije može diskreciono utvrditi subjektivni rok, ali on ne smije biti kraći od tri godine (čl. 5., st. 3. Konvencije).

[26] Navedenom odredbom prihvaća se kumulacija odštetnih zahtjeva. Naime, svaki nuklearni brod predstavlja izvor mogućih rizika, pa je nužno odrediti više pokrića.

Kada su, pak, za nuklearnu štetu odgovorni dva ili više poduzetnika nuklearnih brodova, a nije moguće razumno razlučiti štetu koja se svakom od poduzetnika može pripisati, tada će oni odgovarati solidarno (čl. 833., st. 1. PZ-a).[27]

Odredbe PZ-a o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda primjenjuju se na nuklearni brod od trenutka njegova porinuća (čl. 840., st. 1. PZ-a). U vrijeme između porinuća i stjecanja državne pripadnosti broda, smatra se da nuklearni brod iskorištava vlasnik broda i da vije zastavu države u kojoj je izgrađen (čl. 840., st. 1. PZ-a). Takav se vlasnik smatra poduzetnikom nuklearnog broda, ali *nema* pravo na ograničenje odgovornosti iz čl. 831. (čl. 840., st. 2. PZ-a).

3. RJEŠENJA ZPLUV-a IZ 2021. GODINE

Hrvatski ZPLUV sadrži definiciju nuklearnog broda,[28] koja je identična onoj iz PZ-a. Nadalje, ističe da se odredbe Glave V. (Izvanugovorna odgovornost vlasnika broda i brodara) ne primjenjuju na štete prouzročene sudarom brodova i na nuklearne štete (čl. 310., st. 2.). Dakle, ZPLUV ne propisuje izričito institut odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda. Međutim, taj zakon naglašava da se na pitanja koja nisu uređena ZPLUV-om, na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakonika kojim se uređuju poslovi pomorstva (čl. 1., st. 5.), a to znači da se analogno primjenjuju pomorske norme iz PZ-a o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda za nuklearne štete.

[27] Iz navedenog proizlazi da je kod reguliranja problematike solidarne odgovornosti poduzetnika za nuklearnu štetu prihvaćeno načelo krivnje. U slučaju solidarne odgovornosti svaki poduzetnik može od drugih poduzetnika tražiti doprinos razmjeran težini krivnje svakog od njih, a ako su okolnosti takve da ne postoji mogućnost podjele krivnje ukupna se odgovornost preuzima u jednakim dijelovima (čl. 833., st. 2. PZ-a). Dakle, u slučaju solidarne odgovornosti, svaki poduzetnik može od drugih poduzetnika tražiti doprinos razmjeran krivnji svakog od njih, a ako okolnosti ne dopuštaju da se udio utvrdi, ukupna se odgovornost preuzima u jednakim dijelovima. Time, ipak, nije napušteno načelo ograničene odgovornosti, jer se svote koje bi prelazile gornju granicu predviđenu neće naplatiti uzajamnim regresom nuklearnih poduzetnika – pobliže P. Amižić-Jelovčić, *Pomorski prijevoz nuklearnih tvari*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2016, 122.

[28] *Nuklearni brod* je brod opremljen uređajem na nuklearni pogon (čl. 5., toč. 36. ZPLUV-a).

4. RJEŠENJA ZAKONA O UNUTRAŠNJOJ PLOVIDBI REPUBLIKE SRPSKE IZ 2001. GODINE

Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. godine[29] u dijelu jedanaestom (Plovidbene nezgode),[30] Glavi 4. sadrži dio pod naslovom „Vanugovorna odgovornost vlasnika broda i brodara“, a tim su dijelom zakona obuhvaćena tri slučaja izvanugovorne odgovornosti[31] navedenih osoba, a to su: 1. odgovornost za smrt i tjelesne ozljede (čl. 143. ZUPRS),[32] 2. odgovornost za oštećene stvari i zagađivanje životne sredine (čl. 144. ZUPRS)[33] i 3. odgovornost za zagađivanje s broda izlijevanjem ulja koje se prevozi kao teret (čl. 145. ZUPRS).[34] Odredbe ove glave ZUPRS primjenjuju se „*na štetu koju iz vanugovornih odnosa prouzrokuje plovni i plutajući objekt bez obzira na veličinu i namjenu, kao i vazduhoplovi – hidroavioni na vodi licima i stvarima izvan broda kao i ljudskoj okolini*“ (čl. 142., st. 1.). Međutim, navedene zakonske odredbe ne primjenjuju se na štete prouzrokovane sudarom brodova i na nuklearne štete (čl. 142., st. 2.), premda su i ovdje u pitanju slučajevi izvanugovorne odgovornosti. Za razliku od sudara brodova, koji je uređen odredbama čl. 113. – 119. u Glavi 1 , dijela jedanaestog,[35] ZUPRS u svojim odredbama više

[29] Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske – ZUPRS, *Službeni glasnik RS,* br. 58/01, 113/05, 33/06 i 1/08. ZUPRS uređuje unutrašnju plovidbu, a to je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Republike Srpske (čl. 5., st. 1., toč. 2. ZUPRS-a). *Unutrašnje vode Republike Srpske* su reke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 5., st. 1., toč. 1. ZUPRS-a).

[30] „*Plovidbena nezgoda je vanredni događaj na unutrašnjim vodama nastao u plovidbi ili iskorišćavanju plovnog i plutajućeg objekta, plovnog puta ili objekta na njemu, pri kojem je došlo do ljudskih žrtava ili tjelesnih oštećenja, materijalne štete ili zagađivanja životne sredine“* (čl. 114. ZUPRS-a).

[31] Šteta iz izvanugovornog odnosa je ona koja je prouzrokovana izvan ugovornih obveza stranaka – detaljnije o tome vid. B. Morait, *Obligaciono pravo*, Komesgrafika, Banja Luka 2010, 521 i dalje; S. Stanišić**,** *Objektivna odgovornost za štetu*, Panevropski univerzitet Aperion, Banja Luka 2012, 321 i dalje.

[32] Vid. D. Bolanča, „Izvanugovorna odgovornost za smrt i tjelesne povrede kupača i drugih osoba u moru (vodi) koje prouzrokuje brod (usporedba bosansko-hercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)”, *Pravo, tradicija i promjene* (ur. D. Ćeranić), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2020, 32–45.

[33] Vid. D. Bolanča, **„**Odgovornost za oštećenje stvari i onečišćenje okoliša (zagađivanje životne sredine) prouzrokovano brodom (usporedba plovidbenog zakonodavstva Republike Srpske i Republike Hrvatske)”, *Izazovi pravnom sistemu,* (ur. S. Stjepanović, R. V. Lukić, D. Ćeranić), tom II, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2021, 44–61.

[34] Vid. D. Bolanča, „Odgovornost vlasnika broda za zagađivanje (onečišćenje) s broda izlivanjem (izlijevanjem) ulja koje se prevozi kao teret (usporedba bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)“, *Pravna riječ* 51/2017, 27–38.

[35] Vid. D. Bolanča, „Sudar brodova (usporedba bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)“, *Pravna riječ* 59/2019, 47–60.

nigdje ne spominje kako se regulira odgovornost vlasnika broda i brodara za nuklearnu štetu, a također u Dijelu prvom (Uvodne odredbe) u odredbi čl. 5. gdje se navode značenja pojedinih izraza u zakonu (uključujući vrste brodova), ne sadrži definiciju pojma nuklearnog broda.[36]

5. RJEŠENJA ZAKONA O POMORSKOJ I UNUTRAŠNJOJ PLOVIDBI BOSNE I HERCEGOVINE IZ 1992. GODINE

Uz već spomenute ZUPRS i ZUPBDBiH, u Bosni i Hercegovini postoji još dva zakonska propisa koji zajedno čine strukturu plovidbenog zakonodavstva, kako upravnopravnog, tako i imovinskopravnog karaktera. To su Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine[37] i Zakon o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine.[38] Za razliku od ZUPRS-a i ZUPBDBiH-a, ZPUPBiH i ZUPPFBiH reguliraju pomorsku i unutrašnju plovidbu.[39] Nadalje, ZPUPBiH po svojoj pravnoj prirodi i snazi predstavlja opći propis (*lex generalis*), dok su preostali zakonski akti posebni propisi (*lex specialis*).

ZPUPBiH propisuje odgovornost poduzetnika nuklearnog broda za nastalu nuklearnu štetu (čl. 850. – 866.), a pod nuklearnim brodom se smatra pomorski brod opremljen nuklearnim postrojenjem (čl. 6., toč. 19.). Iz ove

---

[36] Zanimljivo je da je na isti način postupljeno i u Zakonu o unutrašnjoj plovidbi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine – ZUPBDBiH, *Službeni glasnik BDBiH*, br. 28/08, u odredbama čl. 131., st. 2. i čl. 2. *Unutrašnja plovidba* je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Distrikta (čl. 2 b), a *unutrašnje vode Distrikta* su rijeke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 2 a).

[37] Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine – ZPUPBiH, *Službeni list Republike BiH*, br. 2/92, *Službeni list SFRJ*, br. 22/77, 13/82, 30/85, 80/89 i 29/90 – pobliže I. Grabovac, „Pomorski zakonik Republike Hrvatske i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine – poredba i nužnost zakonodavne reforme“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 1/2003, 7–13; H. Šemić, *Saobraćajno pravo*, Saobraćajni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1996, 138–139.

[38] Zako o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine – ZUPPFBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 73/05.

[39] *Plovidba* je vještina vođenja brodova, plovila, koja se obavlja na unutarnjim vodama, unutarnjim plovnim putovima i pomorskom plovnom putu (čl. 2., toč. 2. ZUPPFBiH). *Pomorska plovidba* je plovidba koja se obavlja na moru, na kojem su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koji je proglašen kao plovni put, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2., toč. 4. ZUPPFBiH). *Unutarnja plovidba* je plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama (uzdužna i poprečna), na kojima su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koje su proglašene kao plovni putovi, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2., toč. 3. ZUPPFBiH). *Unutarnje vode Federacije BiH* su prirodne rijeke, vještačka akumulacijska i prirodna jezera, kanali i obalno Jadransko more (čl. 2., toč. 1. ZUPPFBiH**) –** vid. D. Bolanča, M. Barun, „Osnovne značajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije BiH iz 2005. godine“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 5/2007, 68–69.

definicije nuklearnog broda proizlazi da se radi samo o pomorskim brodovima,[40] pa se odredbe ZPUPBiH-a mogu supsidijarno primjenjivati za pomorsku plovidbu u okviru ZUPPFBiH-a (čak i ako pomorski nuklearni brod uđe u područje unutrašnje plovidbe, na njega će se primijeniti isti propisi kao da se radi o plovidbi na moru). Međutim, odredbe ZPUPBiH-a se ne mogu supsidijarno primjenjivati i za unutrašnju plovidbu u Republici Srpskoj, jer opći zakon ne sadrži pojam nuklearnog broda unutrašnje plovidbe.

6. RJEŠENJA ZAKONA O ODGOVORNOSTI ZA NUKLEARNE ŠTETE IZ 1992. GODINE

Republika Bosna i Hercegovina je *Zakonom o odgovornosti za nuklearne štete* iz 1992. godine[41] inkorporirala u svoje zakonodavstvo sva relevantna rješenja međunarodnih propisa o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete, a to su sljedeće konvencije:

a) *Konvencija o odgovornosti prema trećima na području nuklearne energije* (engl. *Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy*) iz 1960. godine (tzv. Pariška konvencija),

b) *Konvencija o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete* (engl. *Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*) iz 1963. godine (tzv. Bečka konvencija).

Tekst navedenih konvencija slijedi Nacrt konvencije o odgovornosti poduzetnika nuklearnih brodova iz 1959. godine, jer uvode osnovna pravna načela odgovornosti za nuklearnu štetu: 1. načelo isključive odgovornosti ili tzv. kanalizirana odgovornost (samo jedne osobe, a to je korisnik nuklearnog postrojenja), 2. načelo njegove objektivne (kauzalne odgovornosti), 3. načelo njegove ograničene odgovornosti i 4. načelo nadležnosti suda države na čijem je području nastala nuklearna nezgoda. Napominjemo da konvencije rješavaju pitanje odgovornosti za sve izvore nuklearnih rizika (npr. kod prijevoza nuklearnih tvari brodovima), osim onih od nuklearnih brodova. Stoga, pojam nuklearne štete iz ZUPRS-a (čl. 142., st. 2.) treba tumačiti u skladu sa odredbama ZONŠ-a.

[40] Tako B. Jakaša, *Udžbenik plovidbenog prava*, Narodne novine, Zagreb 1979, 379–380.

[41] Zako o odgovornosti za nuklearne štete Bosne i Hercegovine – ZONŠ, *Službeni list Republike BiH*, br. 2/92, *Službeni list SFRJ*, br. 22/78 i 34/79. Pobliže o ZONŠ-u P. Amižić-Jelovčić, „Odgovornost za nuklearne štete u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* 6/2008, 409–415.

7. ZAKLJUČAK

Pomorski zakonik Republike Hrvatske iz 2004. god. također sadrži odredbe o odgovornosti poduzetnika nuklearnog broda za nuklearnu štetu (čl. 824. – čl. 840.). Hrvatski *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda* iz 2021. god. ne uređuje spomenuto pitanje, pa se na odgovarajući način primjenjuju odredbe kojima se uređuju poslovi pomorstva (čl. 1., st. 5.), a to znači da se analogno primjenjuju pomorske norme iz *Pomorskog zakonika*. Spomenuti zakonski akti koji propisuju odgovornost poduzetnika nuklearnog broda, preuzimaju rješenja iz *Konvencije o odgovornosti poduzetnika nuklearnih brodova* koja je sklopljena u Bruxellesu 25. 5. 1962. god. Navedena konvencija uvodi specifičan pravni režim odgovornosti za nuklearnu štetu, koji se razlikuje od klasičnog režima građanske odgovornosti za štetu. Najvažnija osnovna pravna načela odgovornosti za nuklearnu štetu su: 1. načelo isključive odgovornosti ili tzv. kanalizirana odgovornost (samo jedne osobe, a to je poduzetnik nuklearnog broda), 2. načelo kauzalne odgovornosti. 3. načelo ograničene odgovornosti i 4. načelo nadležnosti suda države na čijem je području nastala nuklearna nezgoda.

Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. god. kao *lex specialis* spominje slučaj vanugovorne (izvanugovorne) odgovornosti vlasnika broda i brodara za nuklearnu štetu (čl. 142., st. 2.), ali ga detaljno ne regulira. *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine* iz 1992. god. kao *lex generalis* propisuje odgovornost poduzetnika nuklearnog broda za nastalu nuklearnu štetu (čl. 850. – čl. 866.), ali se njegove odredbe ne mogu supsidijarno primjenjivati i za unutrašnju plovidbu u Republici Srpskoj, jer opći zakon ne sadrži pojam nuklearnog broda unutrašnje plovidbe. Stoga se u slučaju nuklearne štete nastale brodom unutrašnje plovidbe, na odgovornost vlasnika broda i brodara primjenjuju propisi *Zakona o odgovornosti za nuklearne štete Bosne i Hercegovine* iz 1992. godine.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Amižić-Jelovčić, Petra, *Pomorski prijevoz nuklearnih tvari*, Pravni fakultet Sveučičišta u Splitu, Split 2016;
2. Amižić-Jelovčić, Petra „Odgovornost za nuklearne štete u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* 6/2008;
3. Bolanča, Dragan, Amižić-Jelovčić, Petra, *Pomorsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2022;

4. Bolanča, Dragan, Barun, Mara, ,,Osnovne značajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije BiH iz 2005. godine“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* 5/2007;
5. Bolanča, Dragan, „Odgovornost za oštećenje stvari i onečišćenje okoliša (zagađivanje životne sredine) prouzrokovano brodom (usporedba plovidbenog zakonodavstva Republike Srpske i Republike Hrvatske)“, *Izazovi pravnom sistemu* (ur. S. Stjepanović, R. V. Lukić, D. Ćeranić), tom II, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2021;
6. Bolanča, Dragan, „Izvanugovorna odgovornost za smrt i tjelesne povrede kupača i drugih osoba u moru (vodi) koje prouzrokuje brod (usporedba bosansko-hercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)“, *Pravo, tradicija i promjene* (ur. D. Ćeranić), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2020;
7. Bolanča, Dragan, „Sudar brodova (usporedba bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)“, *Pravna riječ* 59/2019;
8. Bolanča, Dragan, *Pravo osiguranja Republike Hrvatske*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2017;
9. Bolanča, Dragan, „Odgovornost vlasnika broda za zagađivanje (onečišćenje) s broda izlivanjem (izlijevanjem) ulja koje se prevozi kao teret (usporedba bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)“, *Pravna riječ* 51/2017;
10. Bolanča, Dragan, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2016;
11. Bolanča, Dragan, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2015;
12. Filipović, Velimir, „Riječka konferencija CMI-a 1959. i odgovornost poduzetnika nuklearnih brodova“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/2002;
13. Grabovac, Ivo, „Diplomatska konferencija u Ateni i Konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem, 1974“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005;
14. Grabovac, Ivo, „Pomorski zakonik Republike Hrvatske i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine – poredba i nužnost zakonodavne reforme“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* 1/2003;
15. Grabovac, Ivo, *Konvencije pomorskog imovinskog prava s komentarom*, Književni krug, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1986;
16. Grabovac, Ivo, „Temelj odgovornosti u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 15/1978;
17. Hetherington, Stuart, “The CMI and the Panacea of Uniformity - An Elusive Dream Essay”, *Tulane Maritime Law Journal*, Tulane Law School 2014;

18. Hlača, Vinko, Stanković, Gordan, *Pravo zaštite morskog okoliša*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 1997;
19. Ivošević, Borislav, Pejović, Časlav, *Pomorsko pravo (Uporednopravna studija)*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd 2019;
20. Jakaša, Branko, *Udžbenik plovidbenog prava*, Narodne novine, Zagreb 1979;
21. Jakaša, Branko, „Nekoliko pogleda na temelj imovinsko-pravne odgovornosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2–3/1977;
22. Marin, Jasenko, „Međunarodni pomorski odbor i unifikacija pomorskog prava“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005;
23. Morait, Branko, *Obligaciono pravo*, Komesgrafika, Banja Luka 2010;
24. Pallua, Emilio, „Bruxelleska diplomatska konferencija za pomorsko pravo od 30. 9. do 10. 10. 1957“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005;
25. Pallua, Emilio, „XXV Plenarna konferencija Međunarodnog pomorskog odbora u Ateni (15. – 20. IV. 1962.)“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005,
26. Pallua, Emilio, „Rad i rezultati XXVI Plenarna konferencija Međunarodnog pomorskog odbora Stockholm (9. – 15. VI. 1963.)“, *Život i djelo Vladislava Brajkovića II*, Nacionalna zajednica Crnogoraca Hrvatske – Bokeljska mornarica – Hrvatsko građansko društvo Crne Gore, Zagreb 2005;
27. Pallua, Emilio, *Comite Maritime International*, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 2, 1975;
28. Stanišić, Slobodan, *Objektivna odgovornost za štetu*, Panevropski univerzitet Aperion, Banja Luka 2012;
29. Stojanović, Dragoljub, *Građanskopravna odgovornost za atomske štete prema trećim licima*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1965;
30. Šemić, Hilmija, *Saobraćajno pravo*, Saobraćajni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1996;
31. Van Hooydonk, Eric, “Unification and Codification of Maritime Law (Friends or Foes)”, *Codification of Maritime Law (Challenges, Possibilities and Experience* (ed. Justyna Nawrot, Zuzanna Peplowska Dabrowska), Informa Law from Routledge, New York 2020.

Pravni propisi

1. Pomorski zakonik, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15 i 17/19;

2. Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 144/21;
3. Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 58/01, 113/05, 33/06 i 1/08;
4. Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine, *Službeni list Republike BiH*, br. 2/92, *Službeni list SFRJ*, br. 22/77, 13/82, 30/85, 80/89 i 29/90;
5. Zakon o unutrašnjoj plovidbi Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BDBiH*, br. 28/08;
6. Zakon o unutarnjoj i pomorskoj polvidbi Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 73/05;
7. Zakon o odgovornosti za nuklearne štete Bosne i Hercegovine, *Službeni list Republike BiH*, br. 2/92, *Službeni list SFRJ*, br. 22/78 i 34/79.

Full Professor Dragan Bolanča, LL.D.

Faculty of Law, University of Split

THE LIABILITY OF NUCLEAR SHIP OPERATOR

Summary

The author of this article deals with the liability of nuclear ship operator for nuclear damage. He analyzes the legal solutions in five acts in Bosnia and Herzegovina: Inland Navigation Act of Republic of Srpska (2001), Maritime and Inland Navigation Act of Bosnia and Herzegovina (1992), Inland and Maritime Navigation Act of the Federation of Bosnia and Herzegovina (2005, Inland Navigation Act of District of Brčko of Bosnia and Herzegovina (2008) and Act on Liability for Nuclear Damage of Bosnia and Herzegovina (1992). These acts are compared with Croatian Maritime Code (2004) and Croatian Inland Waterway Ports Act (2021).

Key words: *Nuclear ship; Nuclear ship operator; Nuclear damage; Liability; Republic of Srpska; Republic of Croatia.*

УДК/UDC 347.239:347.235
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Мирослав Лазић

Правни факултет Универзитета у Нишу

ИЗБЕГАВАЊЕ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА[1]

Право прече куповине је ограничење права располагања власника у смислу да не може потпуно слободно изабрати купца свог пољопривредног земљишта, већ понуду мора учинити, најпре, имаоцима права прече куповине – власницима суседног земљишта. Овакво сужавање слободе располагања се оправдава јавним интересом за увећавање површина парцела обрадивог земљишта ради ефикасније пољопривредне производње – супремација заједничког интереса над индивидуалним, односно јавног над приватним. Пракса познаје бројне покушаје изигравања права прече куповине и продаје земљишта трећем лицу. Тражећи оптимална решења, указаћемо на правне дилеме и оптимална решења поводом супротстављених интереса власника/продавца и имаоца права прече куповине, а посебно у случајевима фингирања цене или симулације уговора, као и код утврђивања који износ прекупац треба да депонује – уговорену цену или тржишну цену продатог пољопривредног земљишта.

Кључне речи: Пољопривредно земљиште; Право прече куповине; Изигравање права првенства; Право прекупа.

1. УВОД

Земљиште, а посебно обрадиво, је током читаве историје људске цивилизације означавало важну карику у одржавању живота човека и опстанку породице, рода, људске заједнице. Сељачки рад, посебно обрађивање земљиште, често од зоре до смираја дана, није само нужност одржања породице, већ и израз задовољства очувања својине и традиције сеоског живота. Продаја земљишта – некада најгори усуд – израз немоћи опстанка на своме, дуго током историје, сматрана је

Мирослав Лазић, *lazic@prafak.ni.ac.rs*.

[1] Рад је резултат истраживања по основу Уговора о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023, евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

једном од најтежих одлука у животима чланова сеоског домаћинства. Изазивала је често и друштвену осуду, а када је морала да се одигра, тежило се да земљиште остане члановима рода, племена, села као уже заједнице којој је власник припадао. Због обредног и егзистенцијалног значаја земљишта, одлучивање о његовој продаји је представљало тежак и редак избор приликом располагања имовином. Отуда и прастари институт права преће куповине – који одређује коме се и по коме редоследу земља може отуђити – познат у најстаријим обичајним правима и правним порецима много пре римског права.

У римском праву је право преће куповине такође имало за циљ да се својина на земљишту сачува у корист рода и да се не отуђи странцима. Право преће куповине је из Византије прихваћено и код Јужних Словена.[2] После другог српског устанка и ослобађања од турске владавине, сваки Турчин је, на основу Законодавног решења из 1845, морао земљиште на продају понудити најпре сељаку који на његовој земљи живи. Српским грађанским закоником из 1844, право преће куповине је детаљно регулисано у корист сувласника и заједничара, родбине и суседа, иако се њиме ограничава слобода располагања земљом у корист странаца.[3]

У савременом праву, и поред индустријализације и смањења становништва на селима, задржан је институт права преће куповине и ограничавања аутономије власника, тј. слободе располагања, због значаја пољопривредне производње и корисности увећана земљишних парцела, посебно фаворизујући сувласнике и власнике суседних парцела.

Тема нашег рада је право преће куповине на пољопривредном земљишту у важећем српском праву, уз анализу појединих контрадикторних решења. Посебан задатак нашег рада је да се укаже на праксу покушаја изигравања овог права, те ћемо анализирати неке од тих покушаја да се то учини и реакцију судске праксе. Такође, указаћемо и на неке недостатке и контрадикторност појединих законодавних решења у Републици Србији.

[2] Н. Павковић, *Право преће куповине у обичајном праву Срба и Хрвата*, Београд 1972, 38.

[3] Пар. 670 СГЗ „Што се непокретних добара тиче, као миљкова и баштина, закон даје неким лицима право, да имају првенство на куповину. Таква лица су смесници или заједничари, родбина најближа, која би право наследства у продатим добрима имала, која би по закону наследила, и суседи први и комшије.“

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА

Право прече куповине је правна моћ која овлашћује имаоца (првокупца) да у случају продаје пољопривредног земљишта које је предмет права прече куповине, стекне право својине на тој ствари пре осталих лица – заинтересованих купаца, ако испуни услове продаје које је у писаној понуди одредио власник ствари – продавац.[4] Код права прече куповине (законског или уговорног) морају бити одређени имаоци права и однос првенства између више имаоца.[5] Због описног термина титулара (носиоци, имаоци) права прече куповине, у овом раду ћемо користити два термина: првокупац – сваки ималац права прече куповивне (односно првенствене куповине) и прекупац – лице према коме није испоштовано право првенства. Од права прече куповине треба разликовати, мада сличног дејства, право пречег преноса посебних делова етажне својине.[6]

Предмет нашег интересовања је право прече куповине на пољопривредном земљишту. Најпре ћемо прецизирати појам пољопривредног земљишта који је одређен Законом о пољопривредном земљишту.[7] Према чл. 2, тач. 2 и 3: „Пољопривредно земљиште јесте земљиште које се користи за пољопривредну производњу (њиве, вртови, воћњаци, виногради, ливаде, пашњаци, рибњаци, трстици и мочваре) и земљиште које се може привести намени за пољопривредну производњу; Обрадиво пољопривредно земљиште јесу њиве, вртови, воћњаци, виногради и ливаде“. Српски законодавац је право прече куповине предвидео за сваког суседа пољопривредног земљишта, без обзира на врсту, бонитет и обрадивост земљишта.

Према томе, пољопривредно земљиште чине њиве, вртови, воћњаци, виногради, ливаде, пашњаци, рибњаци, трстици и мочваре које

---

[4] Вид. Р. Цветић, *Право прече куповине*, СЦИ, Нови Сад 2002, 21.

[5] Тако, Закон о становању и одржавању зграда, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2016 и 9/2020 прецизно одређује редослед имаоца права пречег преноса чл. 13: „Ако понуду за пренос прихвати више власника посебних делова зграде, предност има власник чији је посебни део у грађевинском смислу суседни оном заједничком делу који се преноси. Ако има више власника суседних посебних делова зграде, предност има власник који заједнички део који је предмет преноса намерава да користи за становање породице. Ако има више таквих власника посебних делова зграде ... предност има власник посебног дела који има више чланова домаћинства.“

[6] Чланом 13 ст. 1 Закона о становању и одржавању зграда предвиђа право пречег преноса: „Власник посебног дела зграде има право да му се првом понуди пренос права својине над заједничким делом зграде ради припајања, претварања, доградње, односно надзиђивања (право пречег преноса).“

[7] Закон о пољопривредном земљишту – ЗПЗ, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008, 41/2009, 112/2015, 80/2017 и 95/2018.

се користи или се могу користити за пољопривредну производњу. Суседи имају право да га откупе пре осталих заинтересованих купаца под истим условима продаје. У пракси, власници су, из различитих разлога, рационалних или ирационалних, често били склони да покушају да изиграју ово право, односно да избегну продају суседу као наметнутом купцу.

Право прече куповине се поред законом, може установити и вољом[8] субјекта израженом уговором или завештањем (тестаментом)[9] – отуда две врсте, законско и вољно право прече куповине. Законско право прече куповине је најважније и може се одредити различитим законима.[10] Дејствује непосредно на основу закона и не уписује се у евиденцију непокретности – катастар или земљишне књиге. Најчешћа законска права прече куповине су конституисана у корист сувласника и у корист суседа – власника суседног пољопривредног земљишта које је и тема нашег рада.[11]

Право прече куповине пољопривредног земљишта (које имају и сувласници)[12] одређено је Законом о промету непокретности.[13] Право прече куповине је у погледу предмета, сматрамо, прешироко постављено, односно односи се на свако пољопривредно земљиште, а не само на обрадиво земљиште или земљиште одређене класе. Имајући у виду да право прече куповине ограничава слободу располагања, сматрамо да га је требало ограничити само на обрадиво пољопривредно земљиште или земљиште одређене класе. Ово без обзира на то што је

[8] Уговорно право прече куповине је израз аутономијре воље и неће бити предмет разматрања у овом раду. За дејство према трећим лицима захтева се упис у евиденцију непокретности уговорног права прече куповине.

[9] Вид. М. Орлић, „Законско право прече куповине“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/1970, 103.

[10] Тако, Закон о становању и одржавању зграда предвиђа право пречег преноса чл. 13 ст. 1: „Власник посебног дела зграде има право да му се првом понуди пренос права својине над заједничким делом зграде ради припајања, претварања, доградње, односно надзиђивања (право пречег преноса)“.

[11] У периоду социјалистичког друштвеног уређења ово право је признато бројним субјектима – друштвеним предузећима који се баве пољопривредном производњом, земљорадничким задругама, општинама, па тек затим суседима. Указивали смо да је ово био сувише широк круг субјеката, те да је то било непотребно ограничење слободе располагања. Вид. М. Лазић, „Законско право прече куповине пољопривредног земљишта у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 31/1991, 135.

[12] Члан 6 ст. 3 ЗПН решава конкуренцију суседа и сувласника: „У остваривању права прече куповине власник суседног земљишта је по редоследу иза сувласника земљишта које је предмет продаје.“

[13] Закон о промету непокретности – ЗНП, *Сл. гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015.

свако пољопривредно земљиште проглашено добром од општег интереса.[14]

Правом прече куповине се фаворизује његов ималац као купац предметне непокретности пре трећих лица. С обзиром на то да се ради о два важна уставом гарантована интереса – својина и слобода располагања, ограничавајуће дејство права прече куповине приликом промета непокретности мора бити оправдано. Кључни аргумент права прече куповине код пољопривредног земљишта је укрупњавање поседа и добијања већих приноса потребних приликом производње хране што је шири (јавни, општи) интерес друштвене заједнице.

Право прече куповине не односи се на грађевинско земљиште. Спорно је да ли сусед – власник пољопривредног земљишта који је сазидао кућу и своје земљиште фактички претворио у грађевинско – има право прече куповине у фази док је земљиште још увек евидентирано као пољопривредно у јавном регистру. По закону, право прече куповине постоји и делује све док су суседне катастарске парцеле евидентиране у катастру као пољопривредна земљишта. Када се једном промени намена, постане грађевинско земљиште, престаје и право прече куповине. Уколико је сусед сазидао кућу, али и даље користи земљиште као пољопривредно, макар у једном делу, има право прече куповине. Међутим, сматрамо да продавац може, у фази прекупа, доказивати да није понудио власника суседног земљишта, јер он своје по катастару пољопривредно земљиште у време продаје користи искључиво као грађевинско земљиште. Суд би тада процењивао интерес прекупца, ценио евентуалну злоупотребу и намеру ширења грађевинског земљишта ако се ради о инвеститору. Чињеница да власник суседне пољопривредне непокретности не обрађује уредно своје земљиште, не елиминише његово право прече куповине. Свакако, уколико се ради о запуштеном земљишту које је држава дала другоме на коришћење право прече куповине није престало, али сматрамо да према таквом власнику суд не мора да прихвати дејство прекупа уколико његов захтев има елемената злоупотребе права прече куповине, односно прекупа.

Када је предмет продаје пољопривредно земљиште, право прече куповине, најпре, намеће обавезу власнику/продавцу пољопривредног земљишта да га претходно понуди свим власницима суседних пољоп-

[14] Чл. 1 Закона о пољопривредном земљишту предвиђа: „Пољопривредно земљиште је добро од општег интереса за Републику Србију које се користи за пољопривредну производњу и не може се користити у друге сврхе, осим у случајевима и под условима утврђеним овим законом.“

привредних земљишта.[15] За утврђење првенства у остваривању права прече куповине када се парцела која се продаје граничи са више парцела, критеријум је које земљиште се претежним делом – према дужини међе – граничи са земљиштем које се продаје. У случају када их има више, а граничне линије су једнаке, предност има власник највеће (по површини) суседне парцеле (чл. 6 ЗПН). Законодавац није одговорио ко има предност ако су две по дужини исте међне непокретности и исте површине, а оба првокупца прихвате услове из понуде.[16] Сматрамо да продавац тада може изабрати заинтересованог суседа за куповину, сходно решењу за сувласнике из чл. 5 ЗПН.

3. САДРЖИНА ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ

Право прече куповине је институт састављен од два овлашћења, различита по дејству и карактеру. Ова овлашћења су међусобно условљена и делују у различитим фазама. То су право првенства (фаза продаје) и право прекупа (фаза након продаје).

а) Право првенства. Право прече куповине се најпре манифестује као право првенства које делује у фази продаје предмета права прече куповине. Право првенства (овлашћење првенствене куповине) је правна моћ која имаоца права прече куповине (првокупца) овлашћује да прихвати понуду продавца и закључи уговор о купопродаји. Истовремено, право првенства, власнику који одлучи да прода пољопривредно земљиште, намеће обавезу писане понуде титуларима права прече куповине као могућих (прво)купаца. У овој фази дејства права прече куповине, власник не може слободно бирати купца на тржишту, већ под условима продаје које одређује у понуди,[17] мора најпре пружити прилику имаоцима права прече куповине (првокупцима) да се изјасне о понуди – прихватањем или одбијањем. Првокупци немају право преговарања о условима продаје из писане понуде, нити имају активна овлашћења до момента понуде. Практично, право првенства, а тиме и право прече куповине, се исцрпљује у обавези понуде, а

[15] Анализом чл. 6 ЗПН произилази да ако суседно земљиште није пољопривредно, већ грађевинско, не постоји право прече куповине.

[16] Тешко је замислити да више околних парцела пољопривредног земљишта буде једнако по свим прописаним критеријумима. Ако би то био случај, постојећа законска празнина могла би се попунити по аналогији, применом правила прописаног за сувласнике непокретности. Тако и Р. Цветић, „О оправданости законског права прече куповине сувласника непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1521.

[17] Свакако, у пракси, продавац ће јавним позивањем на преговоре или преговорима са трећим лицима одредити услове продаје, посебно цену ако није већ формирана, ради чињења понуде првокупцу.

првокупац може и ћутањем да одбије вршење свог овлашћења. Зато се право првенства манифестује као правна моћ.

Закон у чл. 6 ст. 1 ЗПН предвиђа да „власник који намерава да прода пољопривредно земљиште, дужан је да га претходно понуди власнику суседног пољопривредног земљишта“. Редослед законских првокупаца је одређен чланом 6 ст. 2, 3, 4. ЗПН: „У случају кад има више власника суседног земљишта чије се пољопривредно земљиште граничи са пољопривредним земљиштем продавца, првенство у остваривању права прече куповине има власник суседног земљишта чије се пољопривредно земљиште претежним делом граничи са земљиштем продавца. Ако има више власника суседног земљишта чије се пољопривредно земљиште претежним делом граничи са земљиштем продавца, а граничне линије су једнаке, предност између њих има власник суседног земљишта чија је површина највећа. У остваривању права прече куповине власник суседног земљишта је по редоследу иза сувласника земљишта које је предмет продаје“.

Уколико има више имаоца права прече куповине, продавац је, по закону, обавезан да понуду истовремено учини свим првокупцима (чл.7 ст.1 ЗПН). Понуду, свакако, и из разлога целисходности, треба истовремено учинити свим имаоцима права прече куповине, а не само оном ко има првенство међу њима (нпр. најдужи међаш), јер се тиме скраћује поступак и сви првокупци стављају у једнак положај с обзиром на време понуде и цену. Тек ако више њих да изјаву да су заинтересовани за закључење уговора, продавац приступа закључењу са оним ко по закону има првенство. Свакако, уколико је продавац учинио понуду само првокупцу који има право првенства у односу на остале првокупце и он прихватио понуду, остали немају право прекупа. Са друге стране, ако је првопонуђени првокупац одбио писану понуду, продавац понуду исте садржине мора да достави осталим првокупцима. За продавца је зато целисходније да писану понуду (по закону – писмену, чл. 7. ст. 2), која се шаље препорученим писмом, истовремено достави свим носиоцима права прече куповине, јер касније не може да мења услове продаје, а у случају инфлације би могао бити оштећен, као и услед скока цене земљишта на тржишту.[18]

Са друге стране, првокупац може само да прихвати понуду у писаној форми и препорученим писмом или да је одбије (одбијањем се сматра и не изјашњавање у року од 15 дана од дана пријема пону-

[18] Продавац би могао да повећа цену у каснијим понудама осталим првокупцима. Међутим, номинално повољнији услови, не значе да су и реално повољнији услед обезвређивања вредности новца (инфлације) и да их првопонуђени првокупац не би са том ценом сада прихватио. Зато треба инсистирати на истовременој понуди што је и законска обавеза.

де).[19] Након одбијања понуде, власник може у року од годину дана продати непокретност трећем лицу, „али не под повољнијим условима“,[20] иначе по протеку овог рока мора поновити поступак понуде (чл. 8 и 9 ЗПН).

Сматрамо да је законодавац требало прецизније да уреди начин одбијања понуде како би се промет непокретности убрзао и прилагодио тржишним условима. Имаоце права прече куповине треба обавезати да се изјасне – да нису заинтересовани за куповину без обзира на услове продаје или да нису заинтересовани за куповину по предложеној продајној цени или другим условима. У првом случају се може сматрати да су се привремено одрекли права прече куповине и продавац може непокретност продати трећем лицу и по повољнијим условима (нпр. нижа цена), у року од годину дана или дуже, нпр. три године. Тиме се продавцу олакшава процес преговарања са потенцијалним купцима и смањује ограничење располагања својином. То би допринело и смањењу изигравања права прече куповине.

Сматрамо да у пракси, у фази прекупа, судови треба да разликују одбијање понуде и одбијање услова продаје, без обзира на законске одредбе, а ценећи савесност поступања парничних странака. Одбијање понуде/продаје постоји ако се ималац права прече куповине изјаснио да није заинтересован за куповину земљишта без обзира на услове. Ћутање првокупца треба такође третирати као одбијање понуде без обзира на услове. Продавац би након одбијања понуде без обзира на услове продаје требало да има слободу избора купца, што наш закон не регулише, а прекуп не би требало допустити. Под одбијањем услова понуде би подразумевали ситуацију када се понуда одбија због високе цене и првокупац позива продавца на преговоре, нову понуду или се чини противпонуда. У том случају, продавац је везан условима продаје према трећем лицу и свака промена цене (или олакшавање других услова, нпр. плаћање у више рата уместо у целости) у складу са предлогом првокупца би захтевала нову писану понуду или би првокупац имао право прекупа. Иако законодавац не разликује ове две могућности, сматрамо да би судска пракса трабало да има у виду понашање првокупца и води рачуна и о евентуалној злоупотреби права прекупа првокупца који је одбио понуду без обзира на услове.

[19] Вид. чл. 7 ЗПН.

[20] Продавац након одбијања понуде може да прода непокретност по истој или вишој цени, у року од годину дана. Уколико је износ купопродајне цене обезвређен инфлацијом сматрамо да првокупац не би имао право прекупа, јер би фактор протека времена од понуде првокупцу до закључења уговора увек био на страни прекупца, који је и својим одбијањем понуде томе допринео. Штавише, позивање на право прекупа би тада имало облик злоупотребе права противно циљу права прече куповине.

Посебно је у условима инфлације потребно заштити интерес продавца земљишта од поступања „несавесног“ првокупца.

Одбијање услова продаје уз другачији предлог (нпр. предложене ниже тржишне цене) не обавезује випе продавца на одговор и он може ствар продати трећем лицу под условима из своје понуде. Ако је понуда одбијена због одређених услова (нпр. превисоке цене), услови продаје морају остати непромењени, иначе ће првокупац, без обзира на одбијање, имати право прекупа.

б) Право прекупа. Уколико право првенства не оствари интенцију права преče куповине – закључење уговора, односно буде изиграно, законско овлашћење се, надаље, манифестује кроз право прекупа имаоца права преče куповине (прекупац). Према томе, друго овлашћење носиоца права преče куповине је право прекупа (*retractus*) као овлашћење да се од суда захтева да се уговор о продаји огласи без правног дејстава у односу на купца и да се прекупац одреди као купац под условима из уговора о продаји (по истој продајној цени) и наложи уступање ствари у државину и упис својине у евиденцију непокретности. Тек у случају повреде права првенства које се исцрпљује обавезом продавца на писану понуду (наравно, и одржавањем услова продаје) титулар права преče куповине добија активну улогу, односно има позитивно овлашћење да захтева од суда да ступи на место купца у уговорном односу са продавцем и стекне право својине.

Право прекупа се најчешће стиче зато што власник није понудио првокупца да му ствар прода или то није учинио на законит начин (понуда у писаној форми са прецизним условима продаје), већ је одмах закључио уговор са трећим лицем. Такође, право прекупа се примењује и ако је учињена писана понуда одговарајуће форме и садржине, али је доцније ствар продата трећем лицу под повољнијим условима. Зато је важно установити законску могућност да продавац може захтевати од првокупца да се изјасни да уопште није заинтересован за куповину предмета права преče куповине без обзира на цену и друге услове продаје или да није заинтересован по достављеним условима. Наш законодавац захтева само изјашњење о одбијању или прихватању понуде. Најзад, право прекупа дејствује и ако је „изиграно“ право првенства о чему ћемо посебно говорити.

Према томе, ималац права преče куповине, начелно, има два овлашћења: право првенства и право прекупа. Међутим, њихово вршење је алтернативно прописано, што значи да се садржина права преče куповине може остварити само вршењем првог овлашћења – права првенства, односно одбијањем или прихватањем понуде. Право прекупа дејствује, на одређени начин, као санкција због повреде права првенства. Садржину права преče куповине чине два елемента која

немају карактер равноправних овлашћења, већ правне моћи – право првенства и супституте (замене) – права прекупа. Овлашћење првенства припада свим имаоцима права преče куповине и нема позитивних овлашћења за првокупце, већ се исцрпљује у наметању обавезе власнику/продавцу на слање писане понуде. Право прекупа припада повређеном првокупцу на побијања правног дејство продаје према трећем лицу и ступање на његово место.

Право првенства делује током продаје предмета права преče куповине, а право прекупа је нека врста санкције за повређено право првенства и делује тек након закључења уговора о продаји са трећим лицем.[21] Првокупац коме је повређено право првенства, тј. право преče куповине, има могућност прекупа. Према томе, основна претпоставка прекупа је да је повређено право првенства првокупца. Тек тада, он може у року од месец дана од дана сазнања да је његово право повређено, а најкасније у року од две године од дана закључења уговора о продаји пољопривредног земљишта, покрене судски поступак за „поништај“ таквог купопродајног уговора према купцу и ступање у уговорни однос као купца под истим условима.

4. „ИЗИГРАВАЊЕ“ ПРАВА ПРВЕНСТВА И УСЛОВИ ПРЕКУПА

Законом о промету непокретности предвиђено је: „Ако је продавац продао непокретност, а није је претходно понудио имаоцу права преče куповине или је непокретност продао под условима повољнијим од услова из понуде, ималац права преče куповине може тужбом да захтева да се уговор о продаји непокретности огласи без дејства према њему и да се непокретност њему прода и преда под истим условима“ (чл. 10 ст. 1 ЗПН). Изигравање права првенства неслањем препоручене писане понуде или доцнијом продајом под повољнијим условима је најчешће последица неоправданог незнања о овом праву или рачунања да имаоци права преče куповине неће да користе могућност куповине и прекупа. Међутим, право преče куповине може бити „изиграно“ и на друге начине. Намерно „изигравање“ права преče куповине се у пракси најчешће врши фингирањем више цене у понуди ради одбијања првокупца од куповине, или прикривањем продаје – симуловањем уговора о поклону или размени. У таквим

[21] М. Орлић, *Право преče куповине*, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том II, НИУ *Службени лист СФРЈ*, Београд 1978, 1114: „Право првенства појављује се док још нема никаквог уговора, право прекупа настаје тек ако је између сопственика и трећег лица закључен пуноважан уговор о куповини и продаји ствари.”

случајевима, имаоцима преče куповине такође припада овлашћење прекупа.

Судска пракса познаје више ситуација у којима је покушано да се докаже да је дошло до непоштовања права преče куповине, те је првокупац покушао да користи право прекупа:

- Неупућивањем писане понуде са прецизним условима за закључивање уговора о продаји и закључивањем уговора са трећим лицем, што је флагрантна повреда која се лако доказује.
- Упућивањем одговарајуће понуде, али доцнијом продајом под повољнијим условима трећем лицу;
- Упућивањем одговарајуће писане понуде, али са фингираном ценом у понуди ради одбијања првокупца од куповине и касније фингирање цене у уговору;
- Фингирањем уговора о поклону или трампи (симуловани правни посао) ради прикривања стварног уговора о продаји (дисимуловани правни посао).

У овим случајевима може се активирати овлашћење прекупа, односно могућност првокупца/прекупца да тражи ступање у уговорни однос са продавцем уз стављање ван снаге дејства уговора према првом купцу и одређивање прекупца за купца.

Једна од могућности изигравања права преče куповине је да власник у понуди постави нереалне услове, које је тешко испунити. Нпр. превисоку цену или друге додатне услове исплате. Изигравање права преče куповине врши се фингирањем више цене у понуди и касније идентичне цене у уговору. Међутим, нереални услови морају бити стварно испуњени у продаји трећем лицу, а не само фингирани уговором. Прекупац мора доказати да је висока продајна цена фингирана у понуди и у уговору, а да је ствар продата по нижој цени. Ово доказивање није једноставно, јер је интерес и продавца и купца да потврде да је цена стварна и да је исплаћена у целости. Уколико је ово одступање значајно од тржишне цене, доказивање је олакшано. Свакако, ако се појаве сведоци фингирања или признаница на нижи износ, или суд посумња у веродостојност изјава уговорних страна из других разлога, прекупац може успети са тужбеним захтевом.

Такође, избегавање права преče куповине се може вршити и симуловањем[22] уговора о поклону (евентуално уговора о размени уз давање одређеног дела купопродајне цене у натури) као уговора који искључује право преče куповине, а дисимуловањем (прикривањем)

[22] Фиктивни правни послови, најчешће се користе за избегавање плаћања пореза и прање новца, али некада и за изигравање права преče куповине.

уговора о продаји код кога право прече куповине нема дејства. Прекупац мора доказати ово фингирање.[23] Имајући у виду да се код поклона ради о доброчином правном послу код кога мотив добија на значају, прекупац би морао да оспори истинитост овог уговора доказујући да је он фингиран, односно доказујући одсуство или неистинитост мотива за закључење поклона. Зато сматрамо да је положај прекупца нешто повољнији у поступку доказивња него код симулирања продајне цене.

Слична је ситуација и са симуловањем уговора о размени (трампи) где би прекупац уз исплату дела купопродајне цене у новцу имао и додатни услов који он најчешће не може да испуни, нпр. давањем ствари уместо дела новца или извршавањем одређене радње која може имати и карактер *intuitu personae* (радња из уговора о делу или уговора о заступању) где се квалитет и поверење везују управо за личност извршиоца – првог уговарача. Зато право прече куповине не делује према уговору о размени, осим ако је ништав уговор.

Уколико се не докаже фингирање ових уговора или купопродајне цене – право прекупа остаје без дејства.

Поставља се питање, да ли и прекупац може да изигра или злоупотреби ово своје овлашћење. Таквих покушаја је било у пракси, посебно у време велике инфлације када је првокупац одбијао да одмах исплати купородајну цену из понуде и уговора, а затим је у року за прекуп депоновао номинално исти, али реално обезвређени износ купопродајне цене, користећи непостојану вредност новца на тржишту.[24] Суд може одбити захтев прекупца утврђујући постојање злоупотребе права прече куповине, односно овлашћења прекупа.

Избегавањем дејства права прече куповине се врши изигравање закона, односно циља правне норме о дејству права прече куповине. Међутим, санкција је у дејству прекупа, односно остваривању циља норме судском одлуком којом се мења прибавилац права својине. „Изигравање закона је недопуштено понашање које није усмерено против законске забране, али крши смисао и сврху законске одребе. Разликовање законске забране и изигравања закона је познато још у римском праву, а у немачкој правној литератури „трансакције изигравања закона (*Umgehungsgeschäfte*) се такође називају „обучени посло-

[23] M. Ravljen, „Simulacije i izigravanje zakona (fraus legis) u poreskoj pravnoj teoriji i praksi“, *Pravo, teorija i praksa* 1-3/2018, 61. *https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0352-3713/2018/0352-37131803058R.pdf.*

[24] Вид. М. Лазић, 136 и даље.

ви” (*verkleidete Geschäfte*), „прикривени послови” (*verschleierte Geschäfte*) и „скривене стазе живота” (*Schleichwege des Lebens*)“.[25]

Побијањем уговора о продаји, прекупац захтева ступање у уговор о продаји на место купца под идентичним условима (цена, време исплате итд.). Зато је за ефекат прекупа неопходна пуноважност уговора о продаји са власником и трећим лицем (да није ништав или раскинут у тренутку подношења захтева за прекуп).

Првокупац поступајући као прекупац мора да испуни следеће претпоставке:

- Да је повређено право првенства, о чему смо већ писали.
- Да тужбени захтев поднесе у законом одређеном преклузивном року;
- Да депонује купопродајну цену из уговора (или „тржишну цену“)[26] код суда приликом подношења захтева, иначе је тужба недопуштена и суд је одбацује;
- Евентуално испуњавање других објективизираних услова ако постоје и ако је могуће; (нпр. ако је купац требало да изврши неке грађевинске радове за део цене прекупац може ангажовати другог грађевинског радника или понудити накнаду за те радове трећег лица које ће продавац одредити по тржишној цени). Ипак, треба имати у виду да је уговор о делу нека врста intuitu personae правног посла и тешко је заменити чинидбу сауговарача у кога продавац има поверење.[27]

Рок прекупа износи тридесет дана од дана сазнања за продају непокретности, односно две године о дана закључења уговора о продаји. У случају да је пољопривредно земљиште предато у државину купца, а уговор није закључен, постоје исто два рока, субјективни – годину дана од сазнања за предају предметне непокретности, и објективни – две године од предаје непокретности (чл. 10 ЗПН).

---

[25] S. Sieker, *Umgehungsgeschäfte: typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung*, Tubingen 2001, 104; M. Benecke, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht: Lehre und Mohr Siebeck praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck Tubingen 2004,134. цит. према M. Ravljen, 61.

[26] Законодавац говори о депоновању „тржишне цене“, што изизива недоумице у судској пракси, о чему ћемо писати у наставку рада.

[27] Уколико се ради о чинидби која није проценљива у новцу или се ради о послу intiuitu personae као што је заступање или уговор о делу, право прече куповине остаје без дејства као и код класичног уговора о размени – ствар за ствар, осим ако се докаже да су ти услови привидни – *fraus omnia corrumpit* – на које ће се применити делимична ништавост, односно те погодбе ће бити ништаве.

Ради коришћења права прекупа, потребно је уз тужбу истовремено депоновање купопродајне цене – тржишне или уговорне, што је по закону правна дилема. Депоновањем новца код суда, прекупац показује постојање стварне намере и реалне могућности да купи непокретност која му није била понуђења у фази понуде за закључење уговора. Наиме, законодавац је напраиво конфузију, предвиђајући ст. 1 и ст. 5. чл. 10. ЗПН два међусобно противуречна и неусклађена, чак контрадикторна става. По чл. 1 прекупац је дужан да депонује код суда цену из уговора о купопродаји како би ступио на место продавца, а по ст. 5 треба да депонује тржишну цену која је, по правилу, увек другачија у тренутку подношења тужбе за прекуп и тражи стручно утврђивање. Већина аутора сматра да треба депоновати износ цене из уговора о продаји. У том смислу је и Министарство правде[28] поднело Иницијативу за измену Закона о промету непокретности у смислу да се депонује износ купопродајне цене, а не тржишне цене.

Прекупац тужбом захтева да се непокретност њему прода и преда под истим условима, тј. по купопродајној цени означеној у уговору о продаји трећем лицу, те је прекупац дужан да у моменту подношења тужбе депонује код надлежног суда купопродајну цену из уговора, а не тржишну вредност према тренутку подношења тужбе. Судови су, решавајући ову законску контрадикторност, такође заузели различите ставове. Тако у једној судској одлуци, аргумент да није депонована тржишна цена, што је законска обавеза, већ цена из уговора, није довољан за рушење права прекупа. Тако је Апелациони суд одлучио када је одбио захтев због тога што није депонован износ тржишне цене у моменту подношења захтева, већ цене из купопродајног уговора, а потврдио Врховни суд одбијајући ревизију.[29] Међутим, годину дана касније, Апелациони суд у Новом Саду је донео другачију одлуку позивајући се такође на законску одредбу.[30]

---

[28] В, Иницијативу за измену Закона о промету непокретности. *https://www.danas.rs/vesti/beograd/podneta-inicijativa-za-izmenu-zakona-o-prometu-nepokretnosti/.*

[29] „По мишљењу Апелационог суда у Новом Саду (Гж.1219/16 од 19.05.2016), тужиља је уплатом цене из купопродајног уговора поступила по наређењу из члана 10. став 5. Закона о промету непокретности, јер је смисао заштите права прече куповине да ималац тог права предмет продаје добије под истим условима као купац из побијаног уговора (и по цени из уговора), а у складу са одредбом члана 10. став 1. Закона о промету непокретности, то је она стекла и активну легитимацију за вођење парнице...". Цитирана пресуда је потврђена ревизионом пресудом Врховног касационог суда Рев.1447/2016 од 14.09.2017. године. Судске одлуке доставио судија М. Николић.

[30] Друго веће Апелационог суда у Новом Саду је о истом овом правном питању изразлило другачије схватање супротно претходном схватању Апелационог и Врховног касационог суда Србије, а то се догодило у пресуди Гж.4685/18 од

Министарство правде је поднело иницијативу за усклађивање ова два противуречна става, тако што би се изменио ст. 5, те би се речи „тржишне вредности непокретности на дан подношења тужбе“ замениле речима „вредности непокретности означене у уговору“. Законско решење, депоновање тржишне цене, отвара проблем њеног утврђивања у претходном поступку, било ангажовањем вештака или тражењем процене од пореских органа.[31] Законодавац је поставио параметар „тржишна цена“ – не одређујући ко ће је одредити у моменту подношења тужбе када је треба депоновати суду. Поред тога, поставља се питање оправданости ове цене, с обзиром да прекупац жели да купи ствар по цени из уговора.

Сматрамо да, иако је иницијатива за измену ЗПН оправдана, јер отклања контрадикторност законских одредби и нуди прихватљивије решење – депоновање износа цене из купопродајног уговора. Ипак, потребно је бити опрезан у судској пракси и спречити злоупотребу права прече куповине. Решење о депоновању „тржишне цене“ је вероватно инспирисано покушајем да се спречи да ималац права прече куповине искористи инфлацију и промену цене непокретности на тржишту ради стицања користи на рачун досадашњег власника. Решење законодавца да се депонује „тржишна цена“ према моменту тражења прекупа, а не према моменту закључења уговора, иако изазива проблеме, има и оправдане разлоге, које свакако треба имати у виду. Најважнији аргумент је да би исплатом уговорне цене, а не тржишне у моменту прекупа, прекупац прибавио знатно већу имовинску корист и неосновано би се обогатио на рачун власника пољопривредног земљишта, што није идеја права прече куповине, чак и без обзира на савесност или несавесност продавца. Прекупац би исплатио нижу – уговорну цену, а истовремено би продавац – претходни власник предметног пољопривредног земљишта морао да купцу према коме је поништен уговор – по правилима реституције, врати не износ

27.06.2019. године чија су два кључна става из образложења пресуде следећа: „**...** тужилац је дужан да се пре подношења тужбе, на за то погодан начин, сам обавести о тржишној вредности предметне непокретности коју жели да прекупи, ...и да ту тржишну вредност положи код суда истовремено са подношењем тужбе... како је прописана чланом 10 став 3 ЗПН.“ Судске одлуке доставо судија М. Николић.

[31] То свакако не може да буде Пореска управа, која, прво, не пружа податак грађанима о тржишној вредности непокретности према којој врши обрачун пореза на пренос апсолутних права, а друго, често увећава вредност код наплате пореза, Остаје само могућност да такву процену врше вештаци одговарајуће струке – пре економске него пољопривредне струке, Али то ствара опасност разилажења ставова вештака и арбитрености. Тржишна вредност није само економска категорија, већ зависи и од неекономских критеријума – интерес купца; планирана делатности купца; вештина преговарања итд.

исплаћене купопродајне цене, већ тржишну вредност према моменту доношења судске одлуке (чл. 113. ст. 2 ЗОО).[32]

Сматрамо да је за покретање поступка прекупа довољно депоновати износ купопродајне цене из уговора. Принцип *pacta sunt servanda* – уговор је закон за уговорне стране и претпоставка да су подаци из уговора тачни док се супротно не докаже, захтева поштовање уговорне цене. Поред тога, уговор је оверен од јавног бележника који је пре овере упозорио уговорне стране на претпоставку да су у уговор унеле истините податке. Прекупац се определио да покрене парницу ради остваривања куповине према купопродајној вредности непокретности из уговора, те фингирање ниже цене не би требало да спречи остваривање права прекупа. Доказивање продавца да је фингирана нижа, а стварно плаћена виша цена, не треба прихватити. Супротно, ималац права прече куповине може доказивати да је фингирана виша цена, а стварно плаћена нижа цена, како би се изиграло право прече куповине.

Ипак, суд, када се вештачењем (евентуално извештајем пореског органа на тражење суда) утврди да је у моменту прекупа тржишна цена знатно виша од уговорене, треба да обавеже прекупца да плати продавцу тржишну цену јер је то једино правично решење. При томе, налаз вештака економске струке о промени тржишне цене, мора водити рачуна и о времену закључивања уговора и промени цена на тржишту. Продавац је већ добио и могао користити новчану вредност непокретности која је продата у моменту закључења уговора; у моменту судске одлуке о прекупу добија тржишну цену коју враћа купцу – првом купцу би иначе морао да врати реституцијом утврђену тржишну вредност, а не износ купопродајне цене који је примио; прекупац је у својој имовини добио непокретност са својом реалном – тржишном вредношћу коју би иначе морао да плати приликом куповине. Тиме се не би погодовало обогаћењу прекупца на рачун продавца, што и није интенција права прече куповине, а санкција за продавца је што ће морати да надокнади судске трошкове према прекупцу, а евентуално и штету према првом купцу.[33] Исплатом уговорне цене

[32] Чл. 113 ст. 2: „Накнада у новцу даје се према ценама у време враћања, односно доношења судске одлуке“

[33] Додуше, први купац се не може сматрати савесним око повреде права прекупа да би тражио накнаду, јер му је морало бити позната обавеза понуде првокупаца и могао је затражити доказ. По чл. 115 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39785, 45/89 - одлука УСЈ, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020: „Уговарач на чијој је страни узрок рушљивости одговоран је свом сауговарачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао ни морао знати за постојање узрока рушљивости уговора.“

би продавац свакако био оштећен, што чини институт права прече куповине веома „опасним“ за несавесне продавце који су до ове ситуације доспели непоштовањем правне норме о праву првенства, односно праву прече куповине.

Свакако, не треба штитити ни несавесне прекупце. Уколико се установи да су они, пред сведоцима изјавили да нису заинтересовани за продају, да је споменута купопродајна цена превисока или да „немају толике новце“, а касније се позвали на чињеницу да нису добили писану понуду, суд би требало да размотри и могућност злоупотребе њиховог права прекупа и да одбије такав захтев. Чињеница је да право прекупа, макар настало и због непоштовања права првенства, односно права прече куповине, не треба да служи богаћењу прекупца на рачун власника. Није то сврха прекупа, нити је прекуп „казна“ за продавца, већ је сврха у укрупњавању земљишних парцела. Ако је прекупац створио утисак да не жели да користи право прече куповине, или ако је дошло до изненадног скока цена непокретности, суд би морао да захтева накнаду тржишне купопродајне цене. У супротном би се „законско право“ претворило у неправо. Измене Закона о промету непокретности би морале да разреше и ове дилеме.

5. ЗАКЉУЧАК

Право прече куповине пољопривредног земљишта правна је моћ која обавезује власника да у случају продаје пољопривредног земљишта најпре понуди у писаној форми имаоце права прече куповине – првокупце. Они прихватом понуде, односно испуњењем услова које је у понуди одредио продавац стичу право својине на тој ствари пре осталих лица – право првенства. Сматрамо да првокупац треба да се изјасни да ли одбија понуду о продаји без обзира на услове или због одређеног услова.

У случају изигравања права првенства, право прече куповине гарантује имаоцу права прече куповине право прекупа. Право прекупа овлашћује прекупца да захтева од суда да се уговор о продаји огласи без правног дејстава у односу на купца и да се прекупац одреди као купац под условима из уговора о продаји (по истој продајној цени) и наложи уступање ствари у државину и упис својине у катастар.

Прекупац тужбом захтева да се непокретност њему прода под истим условима, тј. по купопродајној цени означеној у оспореном уговору, те је дужан да у тренутку подношења тужбе депонује код надлежног суда купопродајну цену из уговора, а не тржишну вред-

ност земљишта у тренутку подношења тужбе, иако су законска решења контрадикторна.

Међутим, право прекупа, макар настало и због непоштовања права првенства, односно права прече куповине, не треба да служи неоснованом обогаћењу прекупца на рачун власника. Није то сврха прекупа, већ је сврха у укрупњавању земљишних парцела. Ако је прекупац створио утисак да не жели да користи право прече куповине (одбијање понуде), или ако је дошло до изненадног скока цена непокретности, суд би морао прекупцу да одреди исплату тржишне купопродајне цене, спречавајући злоупотребу права прекупа и позивајући се на правичност, као и водећи рачуна о савесности уговорних страна. Овакво решење је правично. Продавац је већ добио и могао користити новчану вредност непокретности у моменту закључења уговора; у моменту судске одлуке о прекупу добија тржишну цену коју враћа купцу - првом купцу би иначе морао да врати реституцијом утврђену тржишну вредност, а не износ купопродајне цене; прекупац је у својину и државину добио непокретност по тржишној вредности коју би иначе морао да плати приликом куповине. Тиме се не би погодовало обогаћењу прекупца на рачун продавца земљишта и злоупотреби прекупа у условима инфлације и скока цена непокретности. Законодавац би требало својим решењима да омогући суду правично поступање у случају прекупа регулишући ове различите могућности.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том 2, НИУ *Службени лист СФРЈ,* Београд 1978;
2. Лазић, Мирослав, „Законско право прече куповине пољопривредног земљишта у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 31/1991;
3. Орлић, Миодраг, „Законско право прече куповине“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/1970;
4. Павковић, Никола, *Право прече куповине у обичајном праву Срба и Хрвата*, Београд 1972
5. Ravljen, Marko „Simulacije i izigravanje zakona (fraus legis) u poreskoj pravnoj teoriji i praksi“, *Pravo, teorija i praksa* 1-3/2018;
6. Цветић, Раденка, *Право прече куповине,* СЦИ, Нови Сад 2002;
7. Цветић, Раденка, „О оправданости законског права прече куповине сувласника непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018.

Правни прописи

1. Закон о становању и одржавању зграда, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2016 и 9/2020;
2. Законо о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008, 41/2009, 112/2015, 80/2017 и 95/2018
3. Закон о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015;
4. Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39785, 45/89 - одлука УСЈ, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ,* бр. 1/2003 – Уставна повеља, *Сл. гласник РС,* бр. 1872020.

Full Professor Miroslav Lazić, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

AVOIDING THE RIGHT OF FIRST REFUSAL IN THE SALES OF AGRICULTURAL LAND

Summary

The right of first refusal is the limitation of the right to dispose of property, preventing the property owner from freely choosing the purchaser of his/her property. Instead, it requires the owner to invite the holders of the right of first refusal–owners of the neighboring property–to make the first bid. Such limitation of free property disposal is justified by the public interest of consolidation of agricultural land–the supremacy of common over the individual, i.e., public over private interest. In practice, however, various attempts are made to avoid giving the right of first refusal and sell the land to a third party. In search of an optimal solution to this problem, we shall point to legal dilemmas and best recourse in the context of conflicting interests of the owner/seller of the land and holder of the right of first refusal. Special attention will be given to the cases of misrepresentation of contract price, fake contracts, and to cases of determining the amount of money the holder of the right of first refusal is to deposit–contractual or market amount.

Key words: *Agricultural land; The right of first refusl; Avoiding giving the right of first refusal*.

УДК/UDC 347.961:347.65/.68
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Ранка Рачић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ПРАВО НОТАРА НА НАКНАДУ ТРОШКОВА ПОСТУПКА И НАГРАДУ У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ

Законом о измјенама и допунама Закона о ванпарничном поступку из 2016. године нотарима је повјерено спровођење оставинског поступка. Растерећење судова и брже рјешавање „неспорних ствари“ били су најважнији правнополитички разлози који су мотивисали законодавца за преношење надлежности у оставинским предметима са судова на нотарску службу. Нотари у Босни и Херцеговини су, у складу са позитивноправним прописима, овлашћени да након доношења рјешења о насљеђивању одбију да ставе клаузулу правноснажности, и доставе исто странкама и јавним регистрима, све док им оне не исплате цјелокупан износ награде и трошкове поступка. Такво поступање нотара, према мишљењу Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине је противуставно и у супротности са Конвенцијом о заштити људских права и основних слобода.

Ауторка у раду даје одговоре на питања која су проблематизована у пракси и критички се осврће на изнесене ставове у погледу изједначавања положаја судије и нотара, као судског повјереника. Посебан предмет анализе су и законодавна рјешења у постјугословенским државама, а тичу се наплате трошкова и награде у оставинским предметима у којима поступа нотар, као повјереник суда. Имајући у виду мјешовиту правну природу нотарске службе, која има јавна овлашћења али и специфичан статус, јер истовремено представља професију која дјелатност обавља самостално, независно и искључиво приватним средствима, ауторка у раду износи аргументацију да није могуће ставити знак једнакости између нотарске службе и судијске професије.

Кључне ријечи: Нотарска служба; Правосудне професије; Оставински поступак; Нотар као повјереник суда; Право на трошкове поступка; Награда за обављени посао.

Ранка Рачић, *ranka.racic@pravni.ues.rs.ba*.

1. УВОД

Законом о измјенама и допунама Закона о ванпарничном поступку из 2016. године[1] спровођење оставинског поступка[2,3,4] из надлежности суда пренесено је на нотара.[5] У Федерацији Босне и Херцего-

[1] Закон о измјенама и допунама Закона о ванпарничном поступку – Закон о измјенама и допунама ЗВП, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 91/2016.

[2] Треба напоменути да је основ за повјеравања спровођења оставинског поступка нотарима био предвиђен у чл. 145 Закона о ванпарничном поступку Републике Српске из 2009. године. Међутим, и када су биле испуњене претпоставке да нотар, као судски повјереник расправи заоставштину, суд је одлучивао да ли ће се поступак повјерити нотару или не. Због диспозитивне природе одредаба о повјеравању оставинског поступка нотару, све до ступања на снагу Закона о измјенама и допунама ЗВП скоро да нотари, као судски повјереници нису поступали у оставинским предметима у Републици Српској. О лошим странама диспозитивности норми о надлежности јавног биљежника у српском праву, вид. Ј. Миловић, „Спровођење поступка за расправљање заоставштине од стране јавног бележника у Републици Србији,“ *Зборник Правног факултета у Нишу*, vol. 61, бр. 94, 2022, 161–162.

[3] Спровођење оставинског поступка треба строго разликовати од покретања поступка. Након достављања смртовнице, суд, у правилу, доноси рјешење којим одређује нотара који ће спровести оставински поступак. Проф. Јаневски истиче да „покретање поступка за расправљање заоставштине није исто што и спровођење оставинске расправе, одн. одржавање рочишта. Поступак покреће суд по службеној дужности, а да ли ће се спровести оставинска расправа, одн. одржати рочиште за расправљање заоставштине зависи од тога, да ли у заоставштини има непокретности или не. Ако у заоставштини има непокретности, онда суд одн. нотар коме ће бити поверен предмет, мора да спроведе расправу, одн. да одржи рочиште без обзира на то да ли учесници у поступку то желе или не“. А. Јаневски, „Нотар као повереник суда у поступку расправљања заоставштине“, *Правни живот* 12/2012, 8. Интересантно је да проф. Јаневски ставља знак једнакости између спровођења оставинског поступка и рочишта за оставинску расправу. Истина је да оставинска расправа представља главни дио поступка, али саставни дијелови поступка су и друге радње које у поступку предузима нотар или суд.

[4] У раду се као синоними користи „поступак за расправљање заоставштине“ и „оставински поступак“. И законодавац је приликом креирања правила о поступку за расправљање заоставштине ове синтагме користио као синониме. Вид. Закон о ванпарничном поступку – ЗВП РС, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 36/2009, 91/2016 и 16/2023.

[5] У Образложењу Нацрта Закона о измјенама и допунама ЗВП из 2016. године су наведени разлози због којих је нотарима повјерено спровођење оставинског поступка. „Повјеравањем спровођења оставинских поступака нотарима, у правилу, доћи ће до растерећења судова, на начин да ће исти рјешавати само спорне ствари, док ће неспорне ванпарничне ствари, какве су оставине углавном, спроводити и рјешавати нотари. С друге стране, оставински поступци ће се брже спроводити. На крају, овим измјенама и допунама Закона о ванпарничном поступку врши се усаглашавање позитивног законодавства Републике Српске са прописима у региону који су на сличан или приближно исти начин регулисали поступање и улогу нотара као повјереника суда у спровођењу оставинских поступака и расправљању заоставштине.“ Вид. *Образложење Нацрта Закона о измјенама и допунама ЗВП*, Министарство правде, Бања Лука 2016, 6.

вине и Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, законодавац је поступак за расправљање заоставштине, пред нотаром нормирао у Закону о насљеђивању.[6,7,8] Ступањем на правну снагу Закона о измјенама и допунама ЗВП, ЗН ФБиХ[9] и ЗН БдБиХ[10] успостављен је законски оквир да нотари спроводе оставинске поступке на подручју читаве Босне и Херцеговине.[11]

Увођење латинског типа нотаријата[12] у правни систем Босне и Херцеговине[13] је позитивно оцијењено у научним круговима,[14] за раз-

---

[6] Закон о насљеђивању Федерације БиХ – ЗН ФБиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине,* бр. 80/2014 и 32/2019 – Одлука УС).

[7] Закон о насљеђивању Брчко дистрикта Босне и Херцеговине – ЗН БдБиХ, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 36/2017.

[8] До ступања на снагу закона о насљеђивању у ФБиХ и БдБиХ није постојала могућност да се поступак спровођења оставинског поступка повјери нотару. Само поједине радње ванпарнични суд је могао повјерити нотарима, на основу правила која су била садржана у закону о нотарима. Тако је ванпарнични суд могао повјерити нотару попис и печаћење заоставштине. Вид. М. Повлакић, C. Schalast, В. Софтић, *Коментар Закона о нотарима у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2009, 130. М. Повлакић, „Надлежност нотара у Босни и Херцеговини“, *Зборник Правног факултета у Загребу,* 63 (2), 2013, 287.

[9] Ступањем на снагу ЗН ФБиХ престале су да важе одредбе које су биле садржане у Закону о вапарничном поступку Федерације Босне и Херцеговине којима је био регулисан поступак за расправљање заоставштине пред ванпарничним судом и читав поступак је регулисан у ЗН ФбиХ. Вид. чл. 276 ЗН ФБиХ.

[10] У дијелу трећем, у поглављу IX ЗН БдБиХ под маргиналним насловом „Нотар као судски повјереник“ нормиран је поступак спровођења оставинског поступка пред нотаром. Ступањем на снагу ЗН БдБиХ, нотарима је повјерено спровођење оставинских поступака који су се до тада спроводили пред ванпарничним судом. По природи ствари, ова материја није била регулисана у Закону о ванпарничном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, јер је закон ступио на правну снагу 2001. године, а у Закону о нотарима, који је ступио на правну снагу 2004. године, било је предвиђено да нотару могу бити повјерени, уз његову сагласност, само попис и печаћење заоставштине. Вид. Закон о ванпарничном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине – ЗВП БдБих, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 5/2001 и 36/2017, и чл. 46, ст. 1, тач. 1 Закона о нотарима Брчко дистрикта Босне и Херцеговине – ЗоН БдБиХ, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 9/2003 и 17/2006.

[11] Интересантно је напоменути да се на подручју Босне и Херцеговине никад није примјењивао Закон о јавном биљежништву Краљевине Југославије, нити су се правила о јавном биљежништву примјењивала на подручју Босне и Херцеговине док је она била у саставу Аустро-Угарске. О томе вид. Г. Дракић, „Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сад*у 4/2014, 2003.

[12] О латинском типу нотаријата, вид. В. Вулетић, „Латински нотаријат: Темељи и изградња,“ *Правни живот* 12/2012, 61–79. Д. Кнежић Поповић, „Правна природа јавног бележништва“, *Правни записи* 2/2010, 342–347. Н. Селаковић, „Корени латинског типа нотаријата“, *Анали Правног факултета у Београду,* година LXV, 3/2017, 153–

лику од појединих представника правосудних професија, а посебно адвоката,[15] који су овакво поступање законодавца негативно вредновали уз опаску да су нотари привилеговани у односу на друге правосудне професије. У оба ентитета у БиХ, адвокати су подносили захтјеве за оцјену уставности појединих одредаба закона о нотарима.[16] Ни увођење а ни дјеловање нотара у спровођењу оставинских поступака у Босни и Херцеговини није прошло „*без напетости и дилема*“.[17]

У босанскохерцеговачкој пракси су се појавиле одређене дилеме и недоумице везане за поступање нотара, као повјереника суда у оставинском поступку.[18] Врло је интересантно да је предмет преиспитивања рада нотара, у оба ентитета и у Брчко дистрикту Босне и Херцеговини, био под „лупом“ Високог судског и тужилачког савјета

166. М. Трговчевић Прокић, „Закон о јавном бележништву Србије и његово усклађивање са другим законима“, *Правни живот* 12/2012, 81–82.

[13] О оправданости увођења установе нотара у правни систем Босне и Херцеговине, вид. М. Повлакић (2013), 245, И. Мојовић, „Нотарска јавна извршна исправа“, *Правни живот* 12/2011, 29, Р. Рачић, „Нотарска извршна исправа,“ *Правни живот* 12/2012, 81–82.

[14] О корисности и позитивним ефектима увођења нотаријата у правне системе постјугословенских држава вид. нпр. В. Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 108 и даље, В. Кораћ, „Концепција Закона о нотарима Црне Горе, *Хармониус,* 2014, 119–148, М. Јанчић, „Овлашћења јавног бележника у породичном праву Србије, са освртом на право Хрватске, Црне Горе и Босне и Херцеговине“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXVI, 3/2018, 286, А. Јаневски, 5, Н. Шаркић, М. Почуча, „Извршно и јавнобележничко (нотарско) право“, *Правни живот* 12/2012, 42.

[15] О сукобу интереса адвоката и јавних бележника у Србији, вид. Н. Тешић, „Уставноправни меч адвоката против јавних бележника окончан је службеним резултатом 3:0 за фискус Републике Србије“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2015, 470–496.

[16] Поводом покренутих иницијатива, поступање уставних судова у ентитетима је било различито. Док је у Републици Српској Уставни суд иницијативе, у правилу, одбацивао, у ФБиХ су усвајане, тако да се актуелни закони који регулишу нотарску службу значајно разликују.

[17] За разлику од већине постјугословенскиг држава „увођење јавнобиљежничке службе у правни систем Републике Хрватске прошло је без отпора и напетости. О томе вид. М. Дика, “Изванпарнична“ и концилијацијска функција јавних биљежника – *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 6/2009, 1156.

[18] Поред улоге коју нотари имају као повјереници суда, значајна је њихова улога као помоћних органа суда. „Уколико се, међутим, ради о поверавању појединих процесних радњи, јавни бележници се јављају у улози помоћних органа суда јер по налогу суда предузимају одређене процесне радње и на тај начин пружају посебну правну помоћ суду.“ Г. Станковић, „Поверавање јавном бележнику оставинског поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу Двадесет година Закона о насљеђивању Републике Србије* (ур. Н. Стојановић, Н. Крстић), Ниш 2016, 322.

Босне и Хрцеговине[19,20] који је констатовао да је, одбијање нотара да стави клаузулу правноснажности и достави правноснажно рјешење о насљеђивању јавним регистрима, прије него што му буду исплаћени трошкови оставинског поступка и награда, противно Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода.[21] Нотари у Босни и Херцеговини, у складу са позитивноправним прописима, правноснажно рјешење о насљеђивању достављају учесницима у поступку и надлежним јавним регистрима пошто им они измире трошкове вођења поступка и исплате награду за обављени посао. Закон о нотарској служби РС[22] ниједном одредбом није предвидио могућност надзора ВСТС БиХ над радом нотара. Такво правило не постоји ни у ЗВСТС БиХ. Међутим, ВСТС БиХ је разматрао и анализирао због чега се појавио већи број неријешених оставинских предмета пред нотарима у односу на вријеме када су ванпарнични судови рјешавали оставинске предмете. Пошто је у питању повјерени посао над којим суд има право надзора, то је био разлог због којег се ВСТС БиХ бавио овом „ствари“.[23]

---

[19] Закон о високом судском и тужилачком савјету – ВСТС БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 25/2004, 93/2005 и 48/2007.

[20] ВСТС БиХ на основу одредаба чл. IV.C.3.10 (2) Устава Федерације Босне и Херцеговине, чл. 120, ст. 3, Устава Републике Српске и члана 52, ст, 1 Закона о поступку оцјене усклађености правних аката Брчко дистрикта Босне и Херцеговине и рјешавања сукоба надлежности, као овлаштеним подносоцима захтјева за преиспитивање уставности и усклађености законских и подзаконских одредби, обратило се са Иницијативом за подношење захтјева за испитивање уставности релевантних одредби ентитетских прописа и усклађености прописа Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, а које се односе на овлаштење нотара да у оставинским предметима, као повјереник суда, одбије давање клаузуле правноснажности и доставу правноснажног рјешења о насљеђивању јавним регистрима, све док странке у овим поступцима не измире цјелокупни износ нотарске награде и трошкова поступка.

[21] Инцијатива од стране ВСТС БиХ – Иницијатива упућена је према министарствима правде оба ентитета БиХ и Скупштини Брчко дистрикта БиХ. У раду ћемо се само фокусирати на накнаду и награду трошкова које се регулисане Уредбом о одређивању Републике Српске, јер је аргументација иста и за правила која се односе на чл. 268, ст. 3 ЗН ФБиХ, који нормира да ће „нотар одбити давање клаузуле правоснажности и доставу правоснажног рјешења о насљеђивању јавним регистрима, све док странке не измире цјелокупан износ нотарске награде и надокнаде трошкова“ и чл. 272 ЗН БдБиХ, с тим да оспорена одредба гласи: „Нотар ће одбити давање клаузуле правоснажности и достављање правоснажног рјешења о насљеђивању јавним регистрима, све док странке не измире цјелокупан износ нотарске награде и накнаде трошкове поступка“.

[22] Вид. Закон о нотарској служби у Републици Српској – ЗНот РС, *Службени гласник РС*, бр. 28/2021.

[23] Како је у надлежности ВСТС БиХ праћење рада судова и предузимања мјера у оквиру својих надлежности којима настоји обезбиједити ефикасан, независан и транспарентан рад правосуђа у Босни и Херцеговини, он је уочио да се у периоду од

ВСТС БиХ је анализирајући разлоге ове појаве заузео став да су дијелови одредбе чл. 19, ст. 1 Уредбе о одређивању награда и накнада нотарима уФ Републици Српској[24] која гласи: „Нотар предаје странци или другим учесницима нотарску исправу, односно преписе, потврде, овјере, те остале исправе намијењене странкама и учесницима тек након што су му, трошкови, издаци и награде плаћене у цјелини“, у супротности са Европском конвенцијом о заштити основних права и слобода, односно чл. 6, ст. 1 Конвенције. У Иницијативи ВСТС БиХ је навео да је Уставни суд БиХ Одлуком бр. У–8 /12 од 23. 11. 2012.[25] године о сличној ствари расправљао и да је у наведеној Одлуци УС БиХ прогласио неуставну одредбу члана 4 Закона о судским таксама Кантона Сарајево,[26] којом се странкама намеће обавеза на плаћање судске таксе, ограничавајући на тај начин право странака на приступ суду. Аналогно том, ВСТС БиХ је става да се чл. 19, ст. 1 поменуте Уредбе крше права странака загарантована конвенцијама и уставима, доводи у питање правна сигурност и владавина права.

Предмет расправе у стручној јавности од увођења нотаријата у правни систем Босне и Херцеговине до данашњих дана је да ли су нотари оправдали повјерење које им је дала држава преношењем појединих јавних овлашћења на њих.[27] У овом раду нећемо износити аргументацију за и против нотаријата већ ћемо покушати да дамо одговоре на питања да ли је нотар дужан да стави клаузулу правноснажности на рјешење о насљеђивању прије него му буду плаћени трошкови поступка и цјелокупан износ награде и да ли је исправан став по којем ВСТС БиХ сматра да су нотари дужни да финансирају учеснике у оставинском поступку, па да они, потом, воде против истих парничне и вјероватно извршне поступке како би наплатили

2014. године до 2022. године континуирано нагомилавао број неријешених оставинских поступака.

[24] Уредба о одређивању награда и накнада нотарима у Републици Српској – Уредба, *Службени гласник РС*, бр. 85/2021.

[25] У даљем раду Одлука УС БиХ.

[26] Закон о судским таксама Кантона Сарајева, *Службене новине Кантона Сарајево*, бр. 21/2009, 29/2009 и 14/2011.

[27] Од увођења нотаријата у Босни и Херцеговини примјетан је негативан став појединих правосудних професија, а нарочито адвоката према нотарској служби. Такав тренд присутан је и у неким постјугословенским државама. Примјера ради, у Републици Србији поднесено је више захтјева за оцјену уставности Закона о јавнобележничкој служби. Такав је случај и у Црној Гори. О односу адвокутуре према јавним бележницима у Србији, вид. нпр. Н. Тешић, 470–496. За разлику од напријед наведеног става проф. Дика наводи да је „у Републици Хрватској формирање, увођење и дјеловање јавнобиљежничке службе прошло без отпора и напетости какве су биле карактеристичне за неке друге постјугословенске државе“. Вид. М. Дика, 1156.

неспорна потраживања. На крају, треба анализирати и какве би посљедице наступиле уколико би се то од нотара захтијевало. Посебно питање је да ли је Одлука УС БиХ примјењива на нотаре када они захтијевају накнаду трошкова поступка и награду прије стављања клаузуле правноснажности. На крају је учињен осврт на могући излаз из ове кризне ситуације.

2. ПОЛОЖАЈ НОТАРА, КАО ПОВЈЕРЕНИКА СУДА У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ

2.1. Овлашћења нотара у оставинском поступку

Спровођење оставинског поступка није искључива већ факултативна надлежност нотара.[28,29] Стога су овлашћења нотара другачија у повјереним пословима у односу на овлашћења која он има уколико обавља послове из домена искључиве надлежности.[30,31] Нужно је испитати да ли су овлашћења нотара идентична са овлашћењима и дужностима ванпарничног суда, кад он поступа као повјереник суда у оставинском поступку, како бисмо успјешно одговорили на питање да ли је нотар овлашћен да услови стављање клаузуле правноснажности исплатом трошкова поступка и цјелокупног износа награде.

По изричитом слову закона, нотар је овлашћен да предузима све радње у поступку и доноси све одлуке, осим одлука које су у искључивој надлежности основног суда. Након доношења рјешења о насљеђивању, нотар има право да захтијева накнаду трошкова поступка и цјелокупан износ награде.

[28] Вид. Д. Ђурђевић, „Положај нотара као повереника суда“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), Београд 2013, 155–163.

[29] У правној књижевности се истиче да се „факулативна надлежност јавног бележника заснива на конститутивној одлуци суда. Нужна претпоставка која мора да се оствари да би нотар могао да спроводи поступак или да предузима поједине радње у поступку јесте доношење судске одлуке којом се одређени посао поверава јавном бележнику“. Д. Ђурђевић, 155.

[30] Изворне или оригиналне надлежности нотара у Републици Српској предвиђене су у чл. 53, ст. 1 ЗонС ФБиХ. У складу са законским наређењем садржаним у чл. 53, ст. 1, ЗонС РС, нотар је надлежан да предузима нотарску обраду исправе, издаје потврде, као и да овјерава потписе, рукознаке и преписе.

[31] О искључивој или изворној надлежности, вид. Д. Ђурђевић, 155, А. Јаневски, 6.

2.1.1. Овлашћење нотара да спроводи све радње у поступку и доноси све одлуке, осим одлука које су у искључивој надлежности суда

У литератури посвећеној спровођењу оставинског поступка од стране нотара, већ је констатовано да нотар у овом поступку примјењује правила која су предвиђена у општим правилима ванпарничног поступка, као и правила којим је регулисан поступак за расправљање заоставштине.[32] Законодавац је нормирао правни оквир којим су одређена овлашћења нотара. Према дикцији чл. 94, ст. 4 ЗВП РС „кад нотар спроводи радње у оставинском поступку, као повјереник суда овлашћен је да као и судија основног суда предузима све радње у поступку и доноси све одлуке, осим одлука које су у искључивој надлежности основног суда“. Анализом овог правила, да се закључити да постоје одређене одлуке које може да предузме само оставински суд и да су овлашћења нотара у оставинском поступку ужа од овлашћења ванпарничног судије.

Ограничења које „помиње“ законодавац у чл. 94, ст. 4 су нормирана у одредби чл. 151а ЗВП. У складу са постојећим рјешењем из чл. 151а, нотар је дужан да оставински спис достави на даље поступање суду, који му је повјерио спровођење поступка, у случајевима: ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи неко њихово право[33] и ако учесници уложе приговор на донесено рјешење о наслеђивању.[34] У ЗН ФБиХ су још детаљније нормирана правила на основу којих је нотар, као повјереник суда, дужан да врати спис надлежном суду, јер се ради о одлукама које може да донесе само ванпарнични суд. У чл. 260, ст. 2, а у вези са чл. 239, 240 и 241 ЗН ФБиХ[35] је прописано да је нотар дужан, уколико су међу странкама спорне чињенице од којих зависи неко њихово право[36] да врати спис оставинском суду.

На исти начин нотар ће поступити нарочито ако су спорне чињенице: о којима зависи насљедно право, нарочито ваљаност или садржај уговора о насљеђивању или тестамента или однос насљедника и оставитеља на основу којег се по закону насљеђује,[37] од којих зависи величина насљедног дијела, вриједност нужног дијела или урачунавање у насљедни дио,[38] од којих зависи оправданост искључења нуж-

[32] Г. Станковић, 343.
[33] ЗВП РС, чл. 151а, ст. 1, тач. в.
[34] ЗВП РС, чл. 151а, ст. 1. тач. б.
[35] Тако и у ЗН БдБиХ, чл. 264, у вези са чл. 243, 244, 245.
[36] Вид. ЗН ФБиХ, чл. 239.
[37] ЗН ФБиХ, чл. 239, ст. 2, тач. 1.
[38] ЗН ФБиХ, чл. 239, ст. 2, тач. 2.

них насљедника или постојање разлога за недостојност,[39] је ли се нека особа одрекла насљеђа,[40] од којих зависи основаност захтјева надживјелог брачног партнера и оставитељевих потомака, који су живјели са оставитељем у истом домаћинству да им се из оставине издвоје предмети домаћинства који служе за задовољавање свакодневних потреба.[41] Такође, нотар ће бити дужан да спис достави суду и у случају ако су међу странкама спорне чињенице од којих зависи право на тестаментом одређени легат или друго право.[42]

Одредбом чл. 260, ст. 2, а у вези са чл 241 ЗН ФБиХ законодавац је предвидио дужност нотара да спис достави надлежном суду ако су спорне чињенице: од којих зависи састав оставине,[43] од којих зависи предмет легата,[44] ако између насљедника постоји спор поводом захтјева надживјелог брачног партнера или оставитељевих потомака који су са њим живјели у заједници да им се из оставине издвоји дио који одговара њиховом доприносу у повећању имовине оставитеља.[45] Овакво рјешење је садржано у ЗВП ЦГ и ЗН РХ. У српском праву законодавац није сматрао да, у напријед наведеним случајевима, треба јавни бележник да прекине поступак и спис достави ванпарничном суду.[46] Према мишљењу проф. Ђурђевића, „српски законодавац, с правом, није следио такав приступ јер се не види ваљан правно-политички разлог који оправдава да се нотарима ускрати могућност доношења решења којим учесника у оставинском поступку упућује на парнични поступак или поступак пред органом управе. Када је реч о упућивању на парницу, од нотара се очекује да препозна да ли је конкретан спор између учесника у оставинском поступку спор о чињеницама или спор о примјени права и да зависно од тога донесе или не решење којим учеснике упућује на парнични поступак. Не може се тврдити да је овај задатак сложенијих од других задатака који се постављају пред судију или пред нотара који спроводи поступак за расправљање заоставштине.“[47] Са изнесеним мишљењем се слажемо у потпуности, јер се ради о „ученом правнику који врши јавну службу[48,49] и ако нотар

[39]ЗНФ БиХ, чл. 239, ст. 2, тач. 3.

[40] ЗНФ БиХ, чл. 239, ст. 2, тач. 4.

[41] ЗНФ БиХ, чл. 239, ст. 2, тач. 5.

[42] ЗНФ БиХ, чл. 240.

[43] ЗНФ БиХ, чл. 241, ст. 1.

[44] ЗНФ БиХ, чл. 241, ст. 2.

[45]ЗНФ БиХ, чл. 241, ст. 3.

[46] Тако и Закону о ванпарничном поступку Црне Горе – ЗВП ЦГ, *Службени лист Републике Црне Горе,* бр. 27/2006, 20/2015, 75/2018 – други закон и 67/2019, чл. 130.

[47] Д. Ђурђевић, 165.

[48] В. Вулетић, 62.

препозна да се ради о спору о чињеницама од којих зависи право, није јасно због чега му законодавац није дао могућност да донесе рјешење о упућивању предмета парничном суду одн. управном органу.

Треба напоменути да законодавац приликом креирања ових правила није имао у „виду“ трошкове које нотар има приликом спровођења оставинског поступка па све до момента враћања списа оставинском суду. У овом случају, нотару се само признају трошкови које је имао у вези са достављањем. Уколико нотар упути предмет ванпарничном суду, па послије тога престане да ради, нпр. због одласка у пензију или одласка на неку функцију, он трошкове, које је имао, неће моћи наплатити.

Да положај нотара који спроводи оставински поступак и ванпарничног судије, који му је исти повјерио, није идентичан најбоље показује и одредба која регулише дужност нотара, када неки од учесника изјави приговор против рјешења о насљеђивању. О приговору не одлучује нотар већ ванпарнични суд. У правилу које је садржано у чл. 151, ст. 2 ЗВП РС нотар је дужан да изјављени приговор без одлагања заједно са списом достави надлежном суду.[50,51,52] Ова одредба јасно показује да је законодавац разграничио обим послова које може нотар самостално да обавља, а које не. За разлику од рјешења, која су садржана у позитивноправним прописима у Босни и Херцеговини, у српском праву о изјављеном правном лијеку одлучује јавни бележник. У литератури поводом одлучивања нотара о правном лијеку, се наводи да је рјешење српског законодавца у складу са захтјевом и намјером законодавца да се растерети ванпарнични суд. Према изнесеном мишљењу, такав приступ примјерен је основном правно-политичком циљу ради чијег остварења се спровођење оставинских расправа повјерава јавним бележницима.[53]

---

[49] Услови за именовање нотара су доста строги. Лице мора бити дипломирани правник, са положеним правосудним и нотарским испитом и да се из његовог понашања очигледно може закључити да ће обављати службу нотара у складу са Кодексом нотарске етике који доноси Нотарска комора. О осталим општим условима који морају бити испуњени да би једно лице било именовано за нотара, вид. чл. 17 ЗонС РС.

[50] ЗН ФбиХ, чл. 210.

[51] Исто и у хрватском законодавству. Вид. чл. 244 Закона о насљеђивању Републике Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске,* бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015, 1420/19, на снази од 15. 2. 2019. Године. Тако и у ЗВП Црне Горе чл. 134б, ст. 2. Једина разлика постоји што по црногорском рјешењу нотар је дужан приговор доставити учесницима, па потом надлежном суду.

[52] Тако и по, Законот за вонпарнична постапка – ЗЗВП, *Службени весник на РМ,* бр. 9/2008, чл. 127.

[53] Д. Ђурђевић, 167.

2.1.2. Право нотара на накнаду трошкова поступка и награду

Правилима ванпарничне процедуре је предвиђено да нотар има право на накнаду трошкова поступка и награду. Према одредби чл. 156, ст. 1 ЗВП РС је предвиђено да награда и накнада трошкова нотара, као повјереника суда у спровођењу оставинског поступка, биће утврђена тарифом о наградама и накнадама нотара. Награда не може бити већа од износа судске таксе која би се наплатила у складу са прописом којим се уређују судске таксе.[54]

У складу са Тарифом о одређивању награда и накнада нотарима у Републици Српској, нотар обрачунава трошкове и награду.[55] Одредбом чл. 16, ст. 1 Уредбе је предвиђено да, нотар има право на награду непосредно након обављеног посла. У складу са правилом које је садржано у Уредби, награда се плаћа само ако је поступак за расправљање заоставштине завршен, доношењем рјешења о насљеђивању.[56]

У чл. 19 Уредбе је предвиђено да „нотар предаје странци или другим учесницима нотарску исправу, односно преписе, потврде, овјере, те остале исправе намијењене странкама и учесницима тек након што су му, трошкови, издаци и награде плаћене у цјелини“. Нотари у Републици Српској на основу ове одредбе одбијају да ставе клаузулу правноснажности и да доставе правноснажно рјешење учесницима у поступку док им они не плате трошкове и награду у цјелости. Примјеном овог правила на учеснике оставинског поступка, након донесеног рјешења о насљеђивању, они се ни на који начин не доводе у незавидан положај, нити је такво поступање противно чл. 6 Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Поступак је спроведен до краја кад нотар донесе рјешење о насљеђивању.[57] По слову закона, нотар је дужан да повјерени посао спроведе и само под тачно утврђеним разлозима нотар може одбити повјерени посао.[58]

У правилу, учесници у поступку за расправљање заоставштине исплаћују накнаду за трошкове и награду приликом преузимања рјешења о насљеђивању. Учесницима који нису присутни приликом

---

[54] ЗВП РС, чл. 156, ст. 2.

[55] Чланом 8, ст. 1 Уредбе је прописано да основ за одређивање награде у оставинским поступцима је вриједност чисте заоставштине, приликом чијег утврђивања се одбијају оставиочеви дугови, трошкови сахране оставиоца, легати и други терети, трошкови пописа и процјене заоставштине и други трошкови.

[56] Чл. 16, ст. 2 Уредбе.

[57] И у поступку пред судом сматра се да је поступак доведен до краја кад је донесена одлука. То је изричито предвиђено у чл. 8 Правилника о оријентационим мјерилима за рад судија и стручних сарадника у Босни и Херцеговини, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 25/2004, 9320/05, 48/2007 и 15/2008.

[58] Вид. ЗВП РС, чл. 146, ст. 2. тач. а, б, в.

доношења рјешења о насљеђивању, нотар доставља рјешење путем поште. Уколико учесници изјаве приговор, након доношења одлуке суда по приговору, суд доставља рјешење нотару, да би нотар ставио клаузулу правноснажности. Без обзира, да ли је суд потврдио рјешење о насљеђивању[59] или је исто укинуо у цијелости или дјелимично, увијек ће нотар, након доношења одлуке суда, ставити клаузулу правноснажности.

Приликом обрачуна награде и накнаде, ванпарнични суд нема никаквих овлашћења. У чл. 20 Уредбе је изричито предвиђено да, ако странка није сагласна са наградом и накнадом трошкова које је одредио нотар, може захтијевати рјешавање спора мирним путем код надлежног органа Нотарске коморе. И у постјугословенским државама висину награде и накнаду трошкова одређује нотар у складу са тарифом.

У Закону о јавном бележништву у Републици Србији[60] је предвиђено да се награда јавном бележнику исплаћује у складу са јавнобележничком тарифом.[61] Награду и трошкове обрачунава јавни бележник и наплаћује од странке.[62] Законом је изричито предвиђено да је јавни бележник дужан у рјешењу којим одлучује у повјереном поступку да образложи одлуку о награди и трошковима.[63] У чл. 141 ЗЈБ РС је одређено да министарство правде и јавнобиљежничка комора врше надзор јавних биљежника у погледу обрачуна и наплате награде и накнаде за обављени посао.

Скоро иста рјешења су садржана и у Закону о насљеђивању Републике Хрватске. У чл. 251, ст. 1 ЗН РХ је предвиђено да се награда и трошкови јавног биљежника, као повјереника судске власти одређује тако да се једна награда односи на све радње јавног биљежника у повјереном послу. Висину награде и накнаде трошкова за спроведене радње у оставинском поступку прописује министар правосуђа по прибављеном мишљењу Врховног суда Републике Хрватске и јавно-

[59] Законодавац је у чл. 152 ЗВП РС нормирао да суд „одлучујући о приговору против рјешења које је донио нотар, може рјешење о насљеђивању одржати на снази или га у цијелости или дјелимично укинути“. Очигледно је да се ради о погрешно редигованом правилу. Правилима парничне процедуре, која се сходно примјењује у ванпарничном поступку је предвиђено да се одлука може потврдити, укинути или преиначити а никако „одржати на снази или у цијелости или дјелимично укинути“.

[60] Закон о јавном бележништву Републике Србије – ЗЈБ РС, С*лужбени гласник Републике Србије*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

[61] ЗЈБ РС, чл. 140, ст. 1.

[62] ЗЈБ РС, чл. 140, ст. 2.

[63] ЗЈБ РС, чл. 140, ст. 3.

биљежничке коморе.[64] Јавни биљежник смије за службене радње које је провео у оставинском поступку као повјереник суда, рачунати и наплаћивати награду само по прописаној тарифи. Забрањено је јавном биљежнику склапање погодбе са странкама у плаћању награде и трошкова друкчије него је прописано тарифом.[65]

Правилима ЗВП ЦГ је предвиђено да се накнада трошкова и награда одређује према Тарифи о накнадама за рад нотара као повјереника суда у оставинском поступку.

У складу са рјешењима која су садржана у македонском ванпарничном поступку, нотару као повјеренику суда припада награда и признају му се трошкови које је имао приликом спровођења поступка за расправљање заоставштине. Награда се одређује тако што се једна награда односи на све преузете радње у истом поступку за расправљање заоставштине.[66] Тарифом је предвиђено, у свим постјугословенским републикама, да нотар трошкове поступка и награду наплаћује по окончаном поступку.

У једном периоду у српском праву било је предвиђено да су се трошкови које је нотар имао у вези са спровођењем оставинског поступка и награду исплаћивали из буџета суда, а обрачунавао их је суд према судској тарифи. У процесној литератури указано је на лоше стране овог законског рјешења. Према изнесеном схватању проф. Станковић, „питање исплате награде у повереном поступку или процесној радњи, стварало је додатне проблеме јавним бележницима. Они су били дужни према одредби чл. 134, став 6 Закона о допунама ЗЈБ (2015) да од наплаћене награде без ПДВ на име таксе за јавни приход, уплате износ од 30% од наплаћене награде у року од 15 дана рачунајући од наплаћене награде. Јавни бележник, је на основу закона, независно од награде и накнаде трошкова био дужан да наплати таксу за обављену услугу која представља јавни приход, чија је висина одређена законом. С друге стране, проблем се усложњава у оним ситуацијама када суд јавним бележницима није исплатио награду а приликом подношења захтева за трошкове суду они су уплаћивали и судску таксу. С обзиром на то да суд није располагао буџетским средствима да исплати јавним бележницима у повереним радњама односно поступцима награду то се постављало и питање да ли ће јавним бележницима бити наплаћен порез на ову таксу, без обзира што им суд није исплатио награду а у поступку утврђивања наплате и контроле јавних прихода, наплатом пореза, што је регулисано Законом о

[64] ЗН РХ, чл. 252, ст. 1.
[65] ЗН РХ, чл. 252, ст. 2.
[66] А. Јаневски, 26.

пореском поступку и пореској администрацији (2002), јер бележници приликом подношења захтева за наплату награде суду достављају и копију захтеване награде пореској управи и уплаћују таксу.“[67,68]

Према рјешењу које је било садржано у првом закону који је увео нотаријат на поједина подручја Краљевине Југославије, суд је награду наплаћивао по службеној дужности према прописима који су вриједили за судске пристојбе те је јавном биљежнику било забрањено погађати се са странкама.[69,70]

Сматрамо да су постојећа правила, која су садржана у ЗВП РС и Уредби, о накнади трошкова и награди, коректно редигована јер се учесници не доводе у незавидан положај и омогућено им је да се оставински поступак спроведе на брз и ефикасан начин. Нотар је дужан да поступак за расправљање заоставштине, у правилу, спроведе у року који одреди суд, а који не може бити дужи од 90 дана од дана пријема списа.[71,72] Али, да ли ће насљедницима бити достављено правоснажно рјешење о насљеђивању, зависи од њих самих. Према томе, ограничење на приступ за расправљање заоставштине не постоји. Повећан број предмета који није правноснажно окончан, због неизмирених трошкова и награде, се једино може „књижити“ на терет учесника, а никако на штету нотара.

---

[67] Г. Станковић, М. Трговчевић, Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку,* Београд 2016, наведено према Г. Станковић, 324, нап. 11.

[68] „Ово законско решење било је само још један „камен спотицања“ који је спречавао судове да поверавају послове јавним бележницима. Крајем 2015. године, овај проблем је решен, јер је изменама и допунама Закона о јавном бележништву предвиђен престанак важности члана 30и Закона о ванпарничном поступку.“ Н. Станојевић, *Овлашћења јавног бележника у наследноправним стварима у праву Републике Српске и у правима бивших југословенских република,* мастер рад, Правни факултет Ниш, Ниш 2017, 36–37.

[69] Вид. § 235 Закона о јавним бележницима Краљевине Југославије, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 220–LXXVII/30.

[70] „Награду и трошкове поступка је морао утврдити и досудити онај суд који је тог јавног биљежника именовао повјереником. Према рјешењу које је било садржано у првом закону који је увео нотаријат на поједина подручја Краљевине Југославије, суд је награду наплаћивао по службеној дужности према прописима који су вриједили за судске пристојбе те је јавном биљежнику било забрањено погађати се са странкама.“ Вид. М Крешић, „Закон о јавним биљежницима Краљевне Југославије из 1930: Суђеловање јавног биљежника у оставинском поступку – искуства из прошлости“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 63/2013, 379. Вид. и § 235 Закона о јавним бележницима Краљевине Југославије.

[71] ЗВП РС, чл. 153, ст. 1.

[72] У случају да нотар не спроведе оставински поступак у року који је одредио суд односно у року од 90 дана од пријема списа, нотар је дужан да Нотарску комору и суд обавијести о разлозима због којих није довршио поступак.

3. ДА ЛИ СЕ ОДЛУКА УС БИХ МОЖЕ ПРИМЈЕНИТИ НА НОТАРА КАД ОДБИЈЕ ДА СТАВИ КЛАУЗУЛУ ПРАВНОСНАЖНОСТИ НА РЈЕШЕЊЕ О НАСЉЕЂИВАЊУ?

У Иницијативи коју је ВСТВ БиХ упутио Министарству правде Републике Српске, ради подношења приједлога за оцјену уставности чл. 19 Уредбе, он се позвао на Одлуку Уставног суда БиХ и истакао да је Суд о сличној „ствари“ расправљао и да је у наведеној одлуци прогласио неуставну одредбу члана 4 Закона о судским таксама Кантона Сарајево којом се странкама намеће обавеза на плаћање судских такси, ограничавајући на тај начин право странака на приступ суду. Да бисмо испитали да ли се ради о сличној ствари[73] и да ли је ова Одлука примјењива у случају кад нотар одбије да стави клаузулу правноснажности прије него што му буде исплаћена награда и трошкови поступка, нужно је утврдити шта је био предмет захтјева[74] и какав је став заузео Уставни суд БиХ у Одлуци.[75] Уставни суд БиХ је у овој Одлуци указао да „Европски суд у својој пракси никад није искључио могућност да интереси правичног поступка могу да оправдају наметање финансијских ограничења на приступ суду. У вези са тим, Европски суд је закључио да обавеза гарантовања дјелотворног права на приступ суду не значи само одсуство мијешања, већ може да захтијева од државе предузимање различитих облика позитивне акције, али да из тога не може да закључи да се свакоме мора обезбиједити право на бесплатан поступак, пред судом или право на бесплатну правну помоћ. Другим ријечима, право на ефективан приступ суду може да повлачи за посљедицу и обавезу државе да обезбиједи правну помоћ. Захтјев за плаћање судске таксе када се од суда тражи да одлучи о неком грађанском праву, не може да се *per se* сматра инкомпатибилним са чланом 6, ст. 1 Европске конвенције. Међутим, висина те таксе, укључујући и могућност странке у поступку да ту таксу пла-

[73] Вид. Одлуку У–8/12 УС БиХ, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/bilten-usbih-2012_1613380878.pdf,* 1. фебруар 2023.

[74] „Чланом 4, Закона о судским таксама одређено је да суд неће предузимати никакве радње ако таксени обавезник није платио таксу прописану тим законом. Даље, истом одредбом је прописано да ће суд, у случају подношења поднеска без доказа о плаћеној судској такси, позвати странку, односно пуномоћника, да у року од осам дана уплати таксу „уз упозорење да ће поднесак бити враћен“. Ако странка у остављеном року не поступи по налогу суда, суд ће тој странци поднесак вратити због неплаћања судске таксе „и сматрат ће се као да није поднесен.“ *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/bilten-usbih-2012_1613380878.pdf,* 1. фебруар 2023.

[75] Вид. М. Симовић, М. Симовић, „Границе овлашћења Уставног суда Босне и Херцеговине у поступку оцјене сагласности закона са Уставом Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу,* бр. 68, Год. LIII, 2014, 54–57.

ти, те фаза поступка у којој се такво ограничење приступу суду намеће, фактори су који морају да се узму у обзир када се одлучује о томе да ли је лице имало право на приступ суду.[76]

Уставни суд је констатовао да право на суд није апсолутно. „Оно може бити подвргнуто одређеним ограничењима, будући да ово право по својој природи, захтијева да буде уређено на одговарајући начин.“[77] Свака држава има одређени степен дискреционе оцјене која ће средства користити у том погледу. „Ипак, одлука о томе не може бити на штету права гарантованих Европском конвенцијом.“ (*Креуз против Пољске)*[78]

Из цитиране Одлуке јасно произлази да висина таксе и фаза поступка у којој се такво ограничење приступа суду тражи, су фактори који су релевантни и који морају да се узму у обзир када се одлучује о томе да ли је лице имало право на приступ суду. Стога је Уставни суд утврдио да чл. 4 Закона о судским таксама Кантона Сарајево није у складу са чланом II/3.(е) Устава Босне и Херцеговине и чл. 6, ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Анализом Одлуке Уставног суда може се закључити да се ради о потпуно различитим случајевима. Спорном одредбом нотарима није дата могућност да они могу да одлуче да неће спровести оставински поступак. У 145, ст. 3 ЗВП је одређено да је нотар дужан да прихвати повјерено спровођење оствинског поступка, за разлику од чл. 4 Закона о судским таксама Кантона Сарајево. У Уредби је недвосмислено нормирано да нотар може захтијевати исплату трошкова и награду само ако оконча поступак и донесе рјешење о насљеђивању. Ниједном одредбом се не ограничава учесницима спровођење оставинског поступка. Иницијатива ВСТС БиХ је заснована на погрешним премисама и непознавању релевантних одредаба ЗонС РС. Никакву аргументацију ВСТС БиХ није изнио на основу којих би се могло закључити да се чл. 19 Уредбе крше права странака загарантована Конвенцијом и Уставом БиХ, доводи у питање правна сигурност и владавина права.

Изједначавање нотарске службе и суда је потпуно погрешно и директно доводи у питање темељна начела на којима је заснована нотарска служба.

[76] Одлука 8/12, *ibid.*, 229.

[77] *Ibid.*

[78] Креуз против Пољске, Пресуда од 19. 6. 2001, апликација бр. 28249/95. тач. 52–53, са даљим референцама, наведено према Одлуци 8/12, *ibid.*, 233.

На крају, није на одмет поменути и Одлуку Уставног суда Републике Српске бр. 94/17.[79] „Иако нотари, као повјереници суда воде оставинске поступке и доносе одлуке о томе, спроводе послове суда у ванпарничном поступка, они се не могу поистовјетити са судовима, без обзира што на рјешење стављају клаузулу правоснажности на основу којег се врши расподјела заоставштине.“ Уставни суд је у овој Одлуци јасно указао да Нотарска комора као предлач[80] „на погрешан начин доводи у везу статус нотара са статусом судија и тужилаца, те стога и погрешно закључује да су нотари стављени у неповољнији положај и да су дискриминисани по основу година старости за пензионисање у односу на носиоце правосудних функција, код којих је ова старосна граница 70 година. Нотар, наиме, има статус повјереника за вођење оставинског поступка, тако да није носилац правосудне функције. Ради се, дакле, о потпуно различитим правничким професијама, односно о лицима која немају исти статус и обављају различите послове, због чега се не могу поредити“.

Више је него јасно да је правна природа нотаријата мјешовита пошто нотарска служба има јавна овлашћења, али и специфичан статус, јер истовремено представља професију која дјелатност обавља самостално, независно и искључиво приватним средствима, за свој рачун.[81] Такође, цитирање спорне Одлуке Уставног суда БиХ, и изнесени став Суда не може се довести у везу са поступањем нотара како је то предвиђено у чл. 19 Уредбе. Уколико би се од нотара захтијевало да кредитирају учеснике, у поступку за расправљање заоставштине, то би директно било у супротности са чл. 1 Протокола 1 уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода.

Довођење у везу Одлуке УС БиХ са правом нотара на накнаду трошкова и награду је неприхватљиво и због тога што се судови, као што је познато, финансирају из буџета. За разлику од судова, нотари се финасирају из сопствених средстава. Када би у буџету Републике Српске била опредјељена средства за рад нотара, као повјереника суда, тада би се од њих могло захтијевати да кредитирају странке у оставинским поступцима. Такође, ни у ЗонС РС ни у Закону о изврш-

[79] Вид. *http://www.ustavnisud.org/Odluke.aspx?cat=13&subcat=39&id=35&lang=bos-&str=41&tip=1*, 10. фебруар 2023.

[80] У овом случају Нотарска комора Републике Српске поднијела је приједлог за оцјену уставности чл. 3, ст. 2 и чл. 33, ст. 1 Закона о нотарима који прописује горњу старосну границу за престанак вршења нотарске службе 65 година. „Према изнесеном мишљењу Предлагача на нотара је пренесено обављање дијела послова из судске надлежности, тако да горња старосна граница од 70 година која је Законом о судовима одређена за обављање функције судије треба бити примјењена и на нотаре.“ *Ibidem.*

[81] Тако, Д. Кнежић Поповић, 339.

ном поступку Републике Српске[82] није предвиђена никаква правна алатка која би послужила нотарима да наплате своја неспорна потраживања. У земљама региона, које су настале распадом бивше СФРЈ, је предвиђено да рачун има својство вјеродостојне исправе. То би био један од могућих начина да се нотари наплате на брз и ефикасан начин. Међутим, не постоји ниједан аргумент којим би се могло оправдати рјешења да нотар по завршеном послу чека да му учесници измире трошкове. Осим тога, увођењем нотаријата у правне системе ентитета и БдБиХ, они су добили уредне пореске обавезнике, који се у сваком моменту могу успјешно контролисати за разлику од неких других носилаца правосудне професије.

4. ЗАКЉУЧАК

Кад нотар поступа у оставинском поступку, у складу са постојећим позитивноправним прописима, он не може ограничити или онемогућити учеснике да се одлучи о њиховим правима и обавезама. Уколико би нотар поступао противно правним правилима, то би био разлог за његову грађанскоправну, дисциплинску и евентуално кривичноправну одговорност. У правилу, ако не постоји спор о чињеницама од којих зависи право, оставински поступак се спроводи на брз и ефикасан начин.

Тражити од нотара да стави клаузулу правноснажности на рјешење о насљеђивању прије него што му учесници измире трошкове поступка и награду је противно постојећим прописима. Уколико би се поступало на начин како резонује ВСТС БиХ, такво поступање би угрозило њихово финансијско пословање, посебно у малим локалним заједницима у којима постоји само један нотар са службеним сједиштем. Нотари у овим локалним заједницама имају велики број оставинских предмета које морају спровести.

Нови ЗонС РС укинуо је принцип *numerus clausus* приликом именовања нотара. Ранији закон је предвиђао да се број нотара одређује према броју становника који живе на подручју Републике Српске, узимајући у обзир и годишњи број исправа које се нотарски обраде, при чему се по правилу на 20.000 становника треба отворити једно нотарско мјесто. Не улазећи у оцјену оправданости брисања ове одредбе, напомињемо да се отварањем нових нотарских мјеста драс-

[82] Закон о извршном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 – одлука УС, 58/2018 – рјешење БиХ и 66/2018.

тично смањује обим послова нотарима у већим локалним заједницама. Превалити на нотаре дужност на начин, да по уредно спроведеном оставинском поступку достављају правноснажно рјешење учесницима и јавним регистрима, без обзира на то што они нису измирили своје обавезе, директно је у супротности са чл. 39, ст. 5 Устава Републике Српске који гарантује право на зараду.

Тумачење ВСТВ БиХ по коме је нотар дужан да достави правноснажно рјешење о насљеђивању странкама и јавним регистрима, прије него што они исплате цјелокупан износ нотарске награде и трошкова директно води економској пропасти нотара, а у коначници би се то одразило и на пуњење буџета.

Чини нам се да постојеће одредбе не треба мијењати али и да би било добро да ВСТС БиХ покрене поступак измјена и допуна Закона о извршном поступка са приједлогом да се „стави“ на листу вјеродостојних исправа рачун.

Погрешном интерпретацијом оспореног чл. 19 Уредбе довела би се у питање једна служба која је добро постављена у правном систему Републике Српске. Слиједом наведеног истичемо да тумачење ВСТС БиХ по којем су нотари дужни, без обзира на то што се финансирају из сопствених средстава и врше јавну службу, да по окончаном послу ставе клаузулу правноснажности на рјешење о насљеђивању без гаранције да ће им учесници исплатити све трошкове и износ нотарске награде је апсурдно.

Ако би нотар поступио на начин како то тумачи ВСТС БиХ он би своја потраживања која су неспорна морао утврђивати у парничном поступку што никако држава не смије да захтијева од нотара. Нотару није дата никаква правна алатка којом би на ефикасан и брз начин могао наплатити доспјелу обавезу од учесника у оставинском поступку, сем чл. 19 Уредбе.

На крају, мишљења смо да појава великог броја неријешених оставинских предмета је посљедица погрешног става када се предмет сматра завршеним и начина евидентирања завршених предмета. Судови исказују да је предмет завршен доношењем одлуке. И у Уредби је изричито прописано да је предмет окончан доношењем рјешења о насљеђивању. Стога, нотари на исти начин морају поступати кад исказују који су предмети завршени. На овај начин би се разријешио проблем „заостатка неријешених оставинских предмета“, а не никако примјеном Одлуке УС БиХ на рад нотара.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Вулетић, Владимир, „Латински нотаријат: Темељи и изградња,“ *Правни живот* 12/2012;
2. Дика, Михајло, „Изванпарнична“ и концилијацијска функција јавних биљежника *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 6/2009;
3. Дракић, Гордана, „Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији),“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014;
4. Ђурђевић, Дејан, „Положај нотара као повереника суда“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), Београд 2013;
5. Јаневски, Арсен „Нотар као повереник суда у поступку расправљања заоставштине“, *Правни живот* 12/2012;
6. Јанчић, Марина, „Овлашћења јавног бележника у породичном праву Србије, са освртом на право Хрватске, Црне Горе и Босне и Херцеговине“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXVI, 3/2018;
7. Кнежић Поповић, Драгана, „Правна природа јавног бележништва,“ *Правни записи* 2/2010;
8. Корађ, Велибор „Концепција Закона о нотарима Црне Горе“, *Хармониус*, 2014;
9. Крешић, Мирела, „Закон о јавним биљежницима Краљевне Југославије из 1930: Судјеловање јавног биљежника у оставинском поступку – искуства из прошлости“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 63/2013;
10. Миловић, Јована, „Спровођење поступка за расправљање заоставштине од стране јавног бележника у Републици Србији,“ *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, vol. 61, бр. 94, 2022;
11. Мојовић, Ирена, „Нотарска јавна извршна исправа“, *Правни живот* 12/2011;
12. Повлакић, Мелиха, „Надлежност нотара у Босни и Херцеговини“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 63 (2), 2013;
13. Повлакић, Мелиха, Schalast, Christoph, Софтић, Весна, *Коментар Закона о нотарима у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2009;
14. Рачић, Ранка „Нотарска извршна исправа,“ *Правна ријеч* 59/2019;
15. Ријавец, Весна „Улога нотара у грађанском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/ 2010;
16. Селаковић, Никола, „Корени латинског типа нотаријата“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXV, 3/2017;

17. Симовић, Миодраг, Симовић, Милена „Границе овлашћења Уставног суда Босне и Херцеговине у поступку оцјене сагласности закона са Уставом Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 68, Година LIII, 2014;
18. Станковић, Гордана, „Поверавање јавном бележнику оставинског поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу, Двадесет година Закона о насљеђивању Републике Србије* (ур. Н. Стојановић, Н. Крстић), Ниш 2016;
19. Станојевић, Н. *Овлашћења јавног бележника у наследноправним стварима у праву Републике Српске и у правима бивших југословенских република*, мастер рад, Правни факултет Ниш, 2017;
20. Тешић, Ненад, „Уставноправни меч адвоката против јавних бележника окончан је службеним резултатом 3:0 за фискус Републике Србије“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2015;
21. Трговчевић Прокић, Милена, „Закон о јавном бележништву Србије и његово усклађивање са другим законима“, *Правни живот* 12/2012;
22. Шаркић, Небојша, Почуча, Милан, „Извршно и јавнобележничко (нотарско) право“, *Правни живот* 12/2012.

Правни прописи

1. Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 220–LXXVII/30;
2. Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 36/2009, 91/2016 и 16/2023;
3. Закон о измјенама и допунама Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 91/2016;
4. Закон о насљеђивању Федерације БиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 80/2014 и 32/2019 – Одлука УС;
5. Закон о насљеђивању Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 36/2017;
6. Закон о ванпарничном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 5/2001 и 36/2017;
7. Закон о нотарима Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 9/2003 и 17/2006;
8. Закон о судским таксама Кантона Сарајева, *Службене новине Кантона Сарајево*, бр. 21/2009, 29/2009 и 14/2011;
9. Закон о високом судском и тужилачком савјету, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 25/2004, 93/2005 и 48/2007;
10. Закон о нотарској служби Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 28/2021;

11. Закон о јавном бележништву Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015;
12. Закон о насљеђивању Републике Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015, 14/2019, на снази од 15. 2. 2019. године;
13. Закон о ванпарничном поступку Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 27/2006 и *Службени лист Црне Горе*, бр. 20/2015 и 75/2018;
14. Закон за вонпарнична постака Република Македонија, *Службени весник на РМ*, бр. 9/2008;
15. Закон о извршном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 – одлука УС, 58/2018 – рјешење БиХ и 66/2018;
16. Уредба о одређивању награда и накнада нотарима у Републици Српској, *Службени гласник РС*, бр. 85/2021;
17. Правилник о оријентационим мјерилима за рад судија и стручних сарадника у Босни и Херцеговини, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 25/2004, 93/2005, 48/2007 и 15/2008.

Full Professor Ranka Račić, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

RIGHT OF NOTARY TO COMPENSATION FOR PROCEDURE COSTS AND AWARD IN PROBATE PROCEEDINGS

Summary

The Law on Amendments to the Law on Non-Litigation Procedure of the Republic of Srpska from 2016 entrusts notaries with the implementation of probate proceedings. Relieving the burden from the courts and speeding the resolution of „undisputed matters“ were the most important legal and political reasons that motivated the legislator to transfer jurisdiction in probate cases from the courts to the notary office. Notaries in Bosnia and Herzegovina are, under positive legal regulations, authorized to refuse to put a clause of finality on the decision on inheritance and deliver it to the participants and public registers until they have been payed the entire amount of the award and the costs of the procedure. According to the opinion of the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, such behavior of the notary is in contradiction with the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In the paper, the author answers questions that are problematic in practice and critically reviews the positions presented regarding the equalization of the position of a judge and that of notary, as a court commissioner. Legislative solutions in the post-Yugoslav states are also a special subject of analysis, and they concern the collection of costs and awards in probate cases in which a notary acts as a court commissioner. Bearing in mind the mixed legal nature of the notary service, which has public powers but also a specific status, because it indeed represents a profession that performs its activities independently, and exclusively with private means, the author presents the argument that it is not possible to put a sign of equality between the notary service and the judicial profession.

Key words: *Notary service; Judicial professions; Probate proceedings; Notary as a court commissioner; Right to costs of proceedings; Reward for work done.*

УДК/UDC 340.132
347.61/.64
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Слободан И. Панов

Правни факултет Универзитета у Београду

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВНИХ СТАНДАРДА – БЕЗОБАЛНИХ ТЕРМИНА И АКВАРЕЛНИХ ПРАВНИХ НОРМИ

Суштаство права (Породичног) је у хармонизацији манихејства, смирења созидатељних сил које га одликују. (Породично) право није врхунац духовности, није драгуљ умне лепоте. Уметност, филозофија, психологија (медицина)... надјачавају својим красотама. Право није најближе Богу, у праву не сија и не греје највећа Божја благодат, целомудреност, право није врхунаравно. Професор Сергије Троицки је писао да је Исус у Старом завету судија, а да је у Новом завету Исус лекар. Упркос том стартном хендикепу, тој ограничености лепоте у поређењу са другим сферама, димензијама, дисциплинама духовности, право има једну особину која га веома фаворизује. Право одликује не само присуство, већ и нужност мишљења о свим сазнањима о човеку и друштву/породици... Право је прецизност и слобода. Право је дисциплина и слобода мишљења. Право је математика слободе. Право је синтеза и синоним живота, појединачног и(ли) саборног аспекта живота. Каквоћа градивности права дозвољава закључак да је суштина/дефиниција/разумевање права као синонима живота. Сам (пред)почетак живота (правни статус и располагање биолошким, концепцијским материјалом), трајање живота (врста и динамика правног саобраћаја/правних послова) и престанак живота (на пример, дефиниција тренутка делације у Наследном праву), па и након летације (на пример, у Црквеном праву регулисање правног статуса тела, гроба, молитве након кончине)...

Кључне речи: Језик; Тумачење; Правни стандарди; Безобалне и акварелне правне стилизације.

Слободан И. Панов, *panov@ius.bg.ac.rs*.

*

* *

Суштаство права (Породичног) је у хармонизацији манихејства, смирења *созидатељних сил* које га одликују. (Породично) право није врхунац духовности, није драгуљ умне лепоте. Уметност, филозофија, психологија (медицина)... надјачавају својим красотама. Право није најближе Богу, у праву не сија и не греје највећа Божја благодат, целомудреност, право није врхунаравно. Професор Сергије Троицки је писао да је Исус у Старом завету судија, а да је у Новом завету Исус лекар.

Упркос том стартном хендикепу, тој ограничености лепоте у поређењу са другим сферама, димензијама, дисциплинама духовности, право има једну особину која га веома фаворизује. Право одликује не само присуство, већ и нужност мишљења о свим сазнањима о човеку и друштву/породици... Право је прецизност и слобода. Право је дисциплина и слобода мишљења. Право је математика слободе. Право је синтеза и синоним живота, појединачног и(ли) саборног аспекта живота. Каквоћа градивности права дозвољава закључак да је суштина/дефиниција/разумевање права као синонима живота. Сам (пред)почетак живота (правни статус и располагање биолошким, концепцијским материјалом), трајање живота (врста и динамика правног саобраћаја/правних послова) и престанак живота (на пример, дефиниција тренутка делације у Наследном праву), па и након летације (на пример, у Црквеном праву регулисање правног статуса тела, гроба, молитве након кончине)...

Сви и сваки овај правни тренутак, посматрано и статички и издвојено или динамички[1] и комплексно говоре да је право, без хиперболе казано, *синоним, зрак и дамар* живота и свих и сваког животног догађаја (па и невидљиве твари/доживљаја у случају правне релевантности анимуса). Ова темељна и врхунска посебност правног феномена дозвољава/намеће закључак и о *нужности* посматрања права у контексту и са знањем о информацијама и постигнућима филозофије, уметности, психологије. Платон је говорио да поезија ближи истину.[2]

Свака животна егзистенција јесте и правна егистенција. И сваки *egzitus letalis* – смртни исход значи активирање правног механизма

[1] За право и језик важна је и динамика социјалне ситуације, вид. А. Мантарова, „Социальные перемены и вызовы законодательству“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“, том II* (ур. С. Стјепановић, Р. В. Лукић, Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2022, 411.

[2] С. И. Панов, „Правосуђе: неки примери дилема данашњих“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/2022, 54.

(од виталитета – услова за стицање биолошко/медицинско/правног услова за статус правног субјекта, од правног статуса коморијента, до проглашења несталог лица за умрло и наследно-правних последица делације, укључујући и насмејано наслеђивање када је радост наследника већа од уобичајене, очекиване, социјално/културолошке позе ожалошћености).

Већ на почетку овог рада, иако нам то није била намера, нужно је, летимично овом приликом рећи штогод и о полисемичности у појмовима живота и смрти.

Као илустрацију компликованости, можда и неухватљивости дефиниције живота помињемо да су и једноставнији елементи појма живота немогуће или тешко појмљиви. Још јача интелектуална/доживљајна/сазнајна апстракција постоји и код интер-субјективне прихваћености у, чак и евиденцији, елемената и вредносне валоризације атрибуције живота (лепоте, часности, смисла живота). У вези са дефиницијом тренутка (па и правног) почетка живота постоје бројне дилеме: постоји тзв. теорија загледања[3] да људски живот почиње у тренутку када се виде, угледају родитељи као креатори живота. Почетак људског живота, по Шопенхауеру, је тренутак када су се заљубили родитељи детета/новог правног субјекта или субјектице. Следећа теорија о почетку људског живота је тренутак када се споје мушка и женска концепцијска/градивна ћелија. По следећој теорији, људски живот почиње четрнаестог дана од тренутка спајања ових ћелија тј. од тренутка нидације, када се ембрион учврсти, приспоји са зидом материце, док по следећој теорији је то двадесет осми дан тј. тренутак изостанка м. циклуса (тренутак доцње не у облигационоправном смислу, већ кашњења циклуса у медицинском смислу). За тренутак почетка људског живота се узима и тренутак првог плача бебе или првог удисаја, па тренутак пресецања пупчане врпце[4] као симболике самосталног ентитета новорођенчета.

И дефиниција тренутка смрти је дискутабилна медицински, а тиме и правно. У праву се као тренутак смрти сматрао тренутак престанка рада срца, а сада је усвојена тзв. хардварска дефиниција смрти као тренутак престанка рада мозга. Сократ је сматрао да нема знања о смрти и да је страх од смрти превара мудрости, мисао о нечему што

[3] Гледање је глагол симболичне прокреације у нашим народним песмама и обичајима: каже се да су се будући родитељи гледали.

[4] Раније је форсирано брзо пресецање пупчане врпце, за 30 секунди од порођаја, због смањења хеморагије/крварења породиље. У новије време се то одлаже од 1 до 5 мунута да би се беби обезбедило да прима још крви и кисеоника из постељице, да би имала више крви и гвожђа што је корисно за бољи когнитивни и моторички развој бебе.

не знамо. По Платону смрт је одвајање душе од тела где се душа уздиже до врлина, а Фихте смрт дефинише као корелацију живота, док Ниче сматра да је смрт најбаналнија, неважна ствар.

Смрт, као неизбежна извесност од греха Адамовог, не постоји. Смрт је победа Бога над кончином, прелазак из материјалне, трулежне у вјечиту духовну егзистенцију. Смрт не брише постојање човека, смрт увећава присутност и мисли и осећања према уснулом ближњем.

Ако користимо мелодију речи и етимологију[5] као инструмент сазнавања, онда по звучности умирање асоцира[6] на умирење а смрт асоцира на смирење.

Смрт је пут у вечити загрљај Творца.

* * *

У уводу смо дали радикално смањену скицу, маргиналије о једној особини права и нужности мултидисциплинарности и неизбежности холистичког посматрања. Даљу анализу правног феномена приказаћемо и са још једног врло важног гледишта. На почетку је била реч. Реч и језик јесу врло значајни аспекти за правну анализу. У нашој правној литератури нема (пуно) радова са аспекта семантике као науке о значењу речи. Мање због дефинисаног обима овог рада а више због професионалне правничке лимитираности аутора, укратко ћемо скицирати неке занимљивости, посебно неуспешности/нетачности семантичког инструмента у законодавном тексту.

Језик може бити анализиран и у својој теоријској и у практичној димензији.

Најпре, негована или олако/опако је створена илузија о дистанци, несупстанцијалном јединству тзв. теорије и праксе, тј. правне норме и судске праксе. Овај двокомпонентни акт сазнања и вештине чак има не само обавезност хармонизовања кроз образовани разум два аргументацијска топоса, два вектора, две димензије, већ и нужност целовитости и суптилности у деликатном респекту обе интелектуалне и професионалне компоненте. Једнокомпонентно храмљање, интелектуална и професионална шепавост је неопростива, недостојна за пре-

[5] „Етимологија“ потиче од старогрчких речи *étymos* – истинит, тачан и *lógos* – реч.

[6] У црногорској песми *Текла вода на валове* говори се не о уморним, већ о морним коњима (да би се избегла непријатна асоцијација). Реч је атракција у Црној Гори, говорила је режисерка В. Огњановић. Тај народни таленат за стилизацију је видљив у причи из града Берана (један књижевник помиње Б. Поље): за време митинга током ИБ један грађанин викне паролу Доле мајка Русија. Ова парола има две компоненте: за преживљавање која чува од необученог отока и другу разумљиву да нико не може против мајке.

лазну оцену идеал-типског, узорног[7] законописца и судије. Онтологија и аксиологија, архитектура зграде Породичног права, понајвише или шампионски одређују породичноправну материју у сталном и нужном вибрирању те две искре, две варнице сазнања: сазнања значења норме и вештине примене *in concreto*. Рецимо, наговештај/слутњу те деликатности може да илуструје каквоћа полисемичности правног стандарда најбољег интереса детета, те акварелних, тзв. безобалних појмова код вршења родитељског права до стилизација сложеније или сложене структуре код установе деобе заједничке имовине или код одређивања висине издржавања... У православној књижевности, реч је логос коју Бог даје тварима да би достигле пуноћу Божије благодети. Према једној дефиницији уметника тј. према уметничкој дефиницији књижевника Милана Комненића,[8] реч је „пена бивства“, реч је пројављивање смисла, исказ унутрашњег, демонстрација невидљивог и несазнатог, звук слике или слика чујног, сажетак и оквир значења доживљеног постојања, сведочанство трајања суштаства или представе о том суштаству... Реч је звучна слика наше егзистенције, наших појединачних и сабраних и саборних живота, портрет наших доживљаја и наших мисли, портрет доживљеног и очекиваног/жељеног...

Реч је и *логички парадокс*: има спољну усмену и писану егзистенцију. Али, реч је и негација или независност од те спољне форме: реч је и ћутање. Молитва је ћутање пред Богом. Молитва је реч са Богом.

Осим приватне, интимне димензије, реч има и своју колективну димензију постојања. Свети Симеон Мироточиви вели: „Ко своје замењује туђим не добија туђе, већ губи своје/себе.“ Реч је последња одбрана идентитета. Као што је морал нежна а најснажнија, последња а једина одбрана од зла, тако је и култура нужан и довољан услов слободе. Песник Драгомир Брајковић вели да су понекад државе своје границе браниле споља војском, а изнутра културом. Пораз војске, частан и витешки, није узроковао капитулацију наде, али је пораз културе био пролог тоталне пропасти. И Павић, тај модерни класик, својим делом сведочи о истом: као што је створио магични реализам, тако је и створио наднационалну књижевност утемељену на српској

[7] Инфлација закона говори, по Волтеру, исто што и повећање броја лекара: не на снажење здравља, већ болести. Грађани тону, даве се у правном мору, вид. Е. Геннадиевна Багреева, „Избыток норм права возвращает к социокультурным ценостям“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“, том II* (ур. С. Стјепановић, Р. В. Лукић, Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2022, 404–405.

[8] Видети збирку есеја *Горопадни ерос, огледи о еротизму* (прир. Милан Комненић), Београд 1981.

култури. Павић је био лишен дивљења када је запад открио Милорадов патриотизам.

Писац Милорад Павић има још једну занимљиву мисао коју ћемо поменути у овом раду. У свом роману писац даје савет о потребном усклађивању осећаја и позиције писца и читаоца. Та два различита, не и супротна, интелектуална и психолошка доживљаја требају да се повинују следећем савету: писац треба да пише пре обеда да би га природа и логика глади нспирисала на сажетост, прецизност, јасност речи, да кристализује изказ, а читалац треба да разумева, да чита после обеда да га глад не чини нестрпљивим и површним. Дакле, услов хармонизовања пишчевог доживљаја и доживљаја читаоца је глад/неситост писца која оштри/бруси оштрину мисли, а ситост, неузнемиреност читаоца смирује његове вулгарне материјалне потребе и немире.

„Љубав је комунизам удвоје“ каже француски филозоф Ален Бадју.[9] Љубав је огањ који сагорева егоизам, каже Владика Николај. Комуница (заједничко неотуђиво земљиште) је била „услов“ брака: у Столиву, Бока Которска: услов за брак је да мушкарац засади сто олива/маслина. Они који нису имали своју земљу, морали су да раскрче комунице.

За тачно разумевање речи битна/нужна је и музика као Божији говор. Један од највећих мисаоних поета Момчило Настасијевић певао је да је истина мелодија речи. Звучност речима даје нову истиноносну димензију, богати портрет истине. У својим ранијим радовима већ смо наводили разлику чињеница и истине. Док су чињенице као твари материјалне каквоће сазнатљиве и објективизованим средствима и изразима, истина је ипак ближа метафизици. Примера ради. Реч *отац* и реч *тата* јесу синоними, али само у свом нетачном површном посматрању. Реч *тата* блажи својом милином. Записник, као писани или видео-тонски запис збивања на рочишту/расправи и у најбољој верзији није синоним и гарант потребне истинитости јер остаје незабележено безброј релевантних детаља: тон субјеката, време стартовања у одговорима, погледи учесника, тремор руку, позе сигурности или *бенсединске* глумљене мирноће... Дакле, класични записник присутан у судској пракси,[10] чак и када се диктира без субјективне једначине, не даје потребну и нужну прецизност, јасноћу и комплексност/свеобухватност чињеница. Бекство од истине је још

[9] Вид. Н. Валчић Лазовић, „Капитализам је болест човечанства“, *https://www.politika.rs/sr/clanak/311564/kapitalizam-je-bolest-covecanstva*.

[10] Русо је говорио да мудар законописац се не бави само писањем закона већ изучавањем његове примене у одређеном друштву, вид. Е. Геннадиевна Багреева, 408.

карикатуралније када се раби једна фраза у судској пракси где суд у одлуци напомиње да, у случају различитог изјашњења странака или других процесних субјеката и субјектица, *поклања веру* исказу једне стране. Као што је наш познати цивилиста професор Обрен Станковић сматрао нетачном стилизацијом да је неко *дубоко уверен* у штогод. Сама реч увереност искључује потребу степеновања: нема плитке нити таман уверености. Ни трудноћа се не степенује. Већ смо у својим радовима говорили о греху редунданције. Редунданција је не стилска грешка, стилски грех, већ тачније казано – грех стила. Овај грех редунданције се дефинише и као сувишност, непотребност речи, бесмисао придевне конкретизације, безуспешан покушај уверавања других, уверавања публикума, покушај скривања несигурности пред неталентованом публиком. Поврх тога, несрећно срочена и касније копирана фраза као тзв. судски пелцер, је осим стилског греха, тачније греха стила и двоструко недозвољена; правно и религијски. Имајући у виду уставно начело лаицитета није баш правно упутно а ни дозвољено користити овај термин као основу за судску одлуку. Народ, и појединке и појединци, грађанке и грађани не треба да се снабдевају вером у објективност суда, очекивањима, вером да ће суд доносити судске одлуке на основу релевантних правно-формалних прописа. Не. Суд, са или без вере грађанства, треба да буде објективан и независтан и да суди како треба. Са религијског становишта, бесмислено је, да не кажемо погрешно – *потпуно* је бесмислено, да (суд) се вера поклања. Живот се не поклања. Част се не поклања. Љубав се не поклања. Вера и свака врлина у својој онтологији извире из слободе да се верује, из слободе избора да се буде частан, да се љуби, да се живи...

Поврх тога, вера у суд јесте/треба да буде искуствена, земна... Вера у правом смислу је надискуствена, метафизичка, небесна...

Не знамо датум рођења ове карикатуралне популарне синтагме о поклањању вере у судској пракси. Још једна нам се суптилност чини важним као основа *правничко-судске елегичности.* Нисмо пронашли у нашој правној/правничкој књижевност да је констатована оваква рђава језичка пракса и неталенат за стилизацију и логичност исказа, или најблаже речено, несавршеност терминологије. Масовност копирања, фреквенција рабљења, масовност поклоника ове фразе, квантум љубитеља лењости у примени ове фразе, бројност практиканата ове успаване језичке, а и немисаоне, матрице као да је мерљива бројем навијача нефаворизованог клуба[11]... Да укочимо.[12]

[11] Не постоји клуб верника, нити постоји фракција верника: „Нашим тржиштем уџбеника, на којем се годишње окрене од 70 до 100 милиона евра, суверено владају фирме из Немачке, Словеније и Хрватске, а удео домаћих издавача сведен је на два-

Осим правно-формалног аспекта, несводивост и недовољност речи да буде савезник или доказ истине видљив је и на још једном примеру. Рецимо, за рекогнистирање, поглед у сутра, слутњу брачног футура и иста реч, тачније речца будућих супружника може бити и различита и супротна. Супротност тог почетног брачног ентузијазма може се видети тј. чути и ако невеста, на питање матичара да ли жели да закључи брак са одређеним лицем, *ДА* каже са небеским узлетом, са никад силазећим акцентом, попут црно-беле ракете која лети у

десетак одсто. Некада доминантни Завод за уџбенике данас покрива свега три одсто тржишта. Упитајмо се да ли би у Хрватској или Словенији било могуће да српске фирме контролишу око 50 процената тржишта уџбеника?

Пре тачно две године на инстаграм налогу председника Србије појавио се текст следеће садржине: „Србија је слободна и независна земља и, управо због тога, ови најзначајнији уџбеници морају да буду део српског издаваштва и посао од највишег јавног интереса. Живела Србија!”. Ради се о уџбеницима из српског језика и књижевности, историје и географије. Ово се десило након низа инцидената у којима су у уџбеницима из ових предмета прошверцоване врло проблематичне тезе што је откривено у низу јавних афера, вид. М. Ђурковић, „Тржиште уџбеника предато странцима“, *https://www.politika.rs/scc/clanak/540124/Trziste-udzbenika-predato-strancima.*

[12] Академик Милорад Екмечић је писао да не води Америка ратове, већ ратови воде Америку. Ендокринологија USA.

Чему се, зашто се „поклања вера“. Прогноза фрактурисаног футура, како би то рекли неки који су увек знали о суптилностима и сенкама људске душе, је лака. Цитирамо: Стопе криминала су толико порасле да је то афроамеричку градоначелницу Лори Лајтфут коштало избора. Прошле године убијено је скоро 700 људи. Лори Лајтфут, која је последњих година предводила Чикаго, изгубила је овонедељне изборе па је као градоначелница кажњена због стопа убистава које превазилазе оно што се дешавало у време Ал Капонеа. Као црна и отворено геј жена, Лори Лајтфут била је омиљена међу бирачима Демократске странке који су се противили ономе што су називали вечитом владавином белих богатих хетеросексуалних мушкараца у Америци. Ова Афроамериканка дошла је на власт као борац против корупције, а у кампањи за реизбор подсећала је бирачко тело да је подигла минималну цену рада на 15 долара на час. Ипак, већина гласача није могла да пређе преко изузетно високих стопа убистава, оружаних пљачки и крађе аутомобила, преноси „Чикаго трибјун”. Губитак за градоначелницу није губитак и за странку, јер су и двојица кандидата који су се пласирали у други круг избора у априлу такође демократе. Прошле године у Чикагу је убијено скоро 700 људи, а претпрошле око 800. То је двоструко више него 1928, на врхунцу ере најчувенијег чикашког криминалца Ал Капонеа и обрачуна банди током прохибиције. Вид. Ј. Стевановић, „У Чикагу више убистава него у доба Ала Капонеа“, *https://www.politika.rs/scc/clanak/540658/cikago-amerika-kriminal.*

Имајући у виду праксу пожељно неизбежног наратива о етиологији и лечењу насиља, и у породици, питамо да ли је поклањање вере оваквом интелектуално-научном западном оружју пожељно да буде лековито и у нашим условима? Трећи највећи амерички град суочава се с највишим стопама криминала у последњих четврт века. Кад је реч о убиствима, рекордна година за Чикаго била је 1970, кад је убијено скоро хиљаду људи. За разлику од ранијих година, кад се пуцало углавном у озлоглашеним предграђима, криминал се данас преселио и у центар града и резиденцијална насеља.

вечност, док женик *ДА* каже у мелодији, у тоналитету апсолутне равнодушности, са звучном линијом која осцилира као вода језера/баре, попут звука политичара власника илузије да је бенседин синоним за достојанствену мудрачку смиреност.

Треба додати још једну околност која умањује, делимично, одговорност законописца за стилизацију текста. Хомер је говорио да су још у старим временима потрошене све метафоре и да је све у читаоцу: новум значења је, ако не у апсолутној, онда у претежној надлежности читаоца. Новум је не у тексту, већ у читању, писао је чувени Никола Милошевић.

Посматрати однос језика и права захтева још једну важну напомену. Право и семантика могу да се тачно разумеју само ако се примени принцип холизма, да метод анализе буде уважавање свих знања, сваке релевантне суптилности и хармонизовање противречности свих сазнавања о човеку и друштву, о породици и њеним члановима. Наравно, сама евиденција ових (пре)богатих околности није довољна, већ је нужно пронаћи и меру сваког или претежног елемента. Колега правник Хегел је говорио да је и пут до истине истина. Ипак, избор правог истиноносног метода није довољан, као што и истинољубивост или објективност нису синоними истине. Али, јесу нужне претпоставке истине, јесу наде за истином, јесу драгуљи у круни истине. Редукција метода јесте сиромашење и изгледа за истину, осиромашење методолошке палете јесте и неизбежно богаћење шансе за неистином. Што би се неправничком метафором илустровало, једном бојом се не може осликати свет, звукови света нису у једној ноти, свет се не може објаснити једном идејом, лирика *не стаје* у једну песме или са још више полисемичности речено – лирика *нестаје* једном песмом... Што би *Здравко Чолић* рекао, није живот једна жена... Шалимо се, што би рекао Драгче.

Право је, као и сам живот, слободна нужност филхармоније. Право је уметност аргументовања. Уметност валоризовања снаге једног аргументацијског топоса и покушај њиховог симфонијског садејства, композиције у милозвучном оправданом степену. Право треба да тежи филхармонији, да буде љубав према складу. Музичком лексиком речено, Породично право је тежња ка *филхармонији*. Опет користећи музичку лексику, и породица је *акорд* – пријатно сазвучје три или више тона: родитеља и детета/деце. Очигледно да то није лак интелектуални посао. Као што у Уставном праву треба учинити пријатном мелодију саздану од нота власти и нота слободе, као што у Породичном праву треба ускладити слободу верности и верност слободи, аутономију породице и корекцију у случају дисхармоније са

нормом. Закон енантиодромије, мирења супротности, важи свугде. Противречност је одлика истине,[13] а не њена опозиција.

Филмска уметност може да буде релевантан медиј/метафора за правничка питања, Поменућемо само филм *Искушавање ђавола* режисера Живка Николића где супруга чини прељубу са својим мужем. У незнању. Или аргумент за скоро оригинално, усамљено, раритетно избацивање обавезе верности у браку/непомен верности и љубави супружника у Породичном закону Србије (ПЗС):[14] багателисање верности супружника у брачној архитектури може да буде процењивана и на основу сценарија француског филма „Тајна“ (режија *C. Miler*). Филм говори о две фазе судбине јеврејске породице у Француској (срећној фази: до рата и трагичној фази након доласка нациста). Муж воли своју супругу, али је и заинтересован за њену снају. Заинтересованост се манифестује у суптилним, подсвесним активностима, без иједног правно релевантног елемента „радње прељубе“. Муж, да би се спасио од нациста, прелази у Швајцарску. У писму жени каже да ће бити срећан када породица буде поново заједно. На крају писма саопштава, искрено, да је спас у Швајцарској потражила и снаја његове супруге. Жена и дете, са пријатељицама, путују уходаном стазом до Швајцарске. Надомак циља, сусреће их француска петеновска полиција и легитимише их. Пријатељице дају фалсификована документа која не откривају њихово јеврејско порекло. Жена, очајна због прељубе која није учињена али је она слути, показује своја права документа са јеврејским именом. Чинећи тако самоубиство (искреношћу), она петеновској полицији говори и да је њен син, такође, Јеврејин. После хапшења, убрзо страдају у концентрационом логору. Занимљиво је да слутња прељубе доводи до катастрофалног финала: самоубиства супруге/мајке и убиства сина. Још једна занимљивост: од тринаесторо деце, најгори син а Толстојев љубимац оставио је жену са двоје и оженио се женом тулског губернатора која је имала шесторо деце. На сахрани равноправни у жалу/короти биле су и жена и љубавница.[15] Занимљива је и прича о нашем писцу Милошу Црњанском који је био весник филозофије Породичног закона Србије који не познаје обавезу верности у браку. За време својих лондонских

[13] Генадиј Зјуганов тежи православном комунизму, и на основу Николаја Берђајева, Христа сматра првим комунистом. Патријарх Кирил одликовао је Зјуганова медаљом славе и части. Никита Михалков написао је Манифест просвећеног конзервативизма где се породица поновно христијанизује и има посебно место, различито од пута западне демонизације, вид. Г. Перчевић, *Моментум – све има своје време*, Београд 2022, 146, 148, 150, 155, 156. и 157.

[14] Породични закон Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон, 6/2015.

[15] П. Басински, *Лав Толстој: Бекство из раја*, Руссика, Београд 2014.

дана, *предосећајући* ову норму, Црњански је шетао са девојкама, а његова супруга Вида, видевши га, кооперативно га је поздрављала. Да не помињемо Ајнштајна или примере полиаморије (Ниче, Лу Салома, Паул Реј)...

Књижевници дају нову димензију животу институтима Породичног права. Милан Богдановић, отац Богдана Богдановића (архитекте, градоначелника и либерала који је забрањивао књиге са Латинком), био је ванредни професор на књижевности, академик и у сукобу са поменутим Црњанским. Био је ждребаст (поскочљив) и лудовит. Да би закључио нови брак, Милан Мефаил прешао је у ислам уз помоћ имама који је био отац Зуке Џумхура (аутора карикатуре која је одвела јунака филма *Отац на службеном путу* на необучени оток. Иначе, ово дело Зуке је инспирисано стварном фотографијом Броза у чијем кабинету је био портрет Генералисимуса Стаљина).

И математика, и поред своје егзактности/неоспоривости, корисна је и својим метафорама. На питање колико је у браку један плус један, најтачнији одговор је један.

Исто вели и Тарковски: у једној сцени у совјетско-италијанском филму *Носталгија* каже се: 1+1=1. Муж и жена су једно тело, њихов степен сродства (правно-*метафорично*) је бесконачно близак: нулти. Модеран, најтужнији резултат ове брачне једначине је 2 (елегична сепарација у презенту и у извесном футуру) или 0 (елегичније међусобно поништење брачника).

Хришћански брак је сједињење брачника у једно брачно биће са две личности (дволичносна једнобитијност). У хришћанској старини, пострига брачника симболизује престанак индивидуалне прошлости и самодовољности и рођење за нов заједнички живот, преображење полности и ероса (не њихово укинуће, јер су то животоносне енергије, Божји дар ради очувања рода људскога и противотров смртности) ка рајској једности мушкарца и жене у првоствореном Адаму. Брачно подвижништво доноси сигурност, склад, мир, благост и нежност у силовите ковитлаце живота, а љубав брачника зри небеским мерама и приближава се светлости. Човечанска љубав постаје богочовечанска љубав која се не плаши ничега, па ни смрти (у љубави страха нема – 1. Јован, 4, 18).

Ступање у брак јесте чин вере, наде, љубави, закорачења у простор небоземног ризика и драме, осмишљавање себе кроз другог, јер у брачној љубави „ја сам онај који јесам тобом“. Брак није статика, а чин венчања је почетак подвига, суза, красоте... први степеник лествице уз коју се пењу многи (много је званих), а мањи број стиже до спасења и светости (мало је изабраних). Брачни пут је пут од светов-

них људских права до богочовечанских дужности, парадоксални пут самопоништења као једини пут слободе која се узвишава од етеричне лакоће заљубљености до небеске тежине брачне љубави. У време порнократије потребна је драговољна победа над сопственим егоизмом, потребна је подвижничка храброст за љубав, за веру, за жртву... Брак није друштво за узајамно дивљење, нити срећни егоизам удвоје, већ одрицање од сопствене појединачности ради проналаска богатије и нове личности.

Анализа речи у Породичном праву. Најпре, очигледно је и да анализа речи може бити предмет тражења смисла и значења речи и у самом животу, па и у праву. Рецимо, ако је срећа смисао живота (што је спорно и код Достојевског), у православној књижевности се вели да срећа онтолошки није могућа, одудара, дисонантна је изолационистичкој позицији, није својствена робинсонкрусоовском стилу егзистенције. Срећа подразумева срет тј. људски сусрет две Божије иконе, два обличја, два Божија створења.

Семантичка анализа појма радости нам казује да етиологија, значењски основ те речи јесте рад. Ова корисна психо-социјална[16] педагогија казује да се до радости не долази вансубјективно, случајем или срећним задесом (добитком у играма на срећу), већ властитим радом који оправдава радост. Као што слобода има своју једину вредност када је еманација властитог рада и труда и успеха. Поклоњена слобода нема вредност, а дијалектика живота показаће да дарована слобода нема ни трајање. Дакле, основ радости може да буде само рад. Да би се приближили целомудрености, архитектура појма рада може да буде само заснована на савезништву са врлином. Рад који је инспирисан грехом (и лаж, и убиство, и прељуба захтева „рад“) или неврлином (инспирација за рад – на пример, чак и позерство или сребро/профитољубље или неговање позерности или пропаганда) није творац радости.[17]

---

[16] Раније смо говорили да постоји цинична дефиниција љубави као лаке психичке болести која се лечи браком. Реалнији модерни цинизам каже да је корона *аутохтона* болест која се лечи ратом. У време специјалне војне операције медијска присутност короне канда је нестала. О новим путевима индивидуалног и саборног развоја вид. Е. Геннадиевна Багреева, 403.

У сфери економије, либерали имају једну изреку која је у духу слободне игре на тржишту: *Док је отац жив, капитал је мртав.* Конзервативност, опрезност претка кочи младалачку предузимљивост, авантуризам на тржишту. Капиталистички *топло,* капиталистички демонско.

[17] Стил писца одређен је/одређује пишчеву личност. Осим ове доминантне чињенице, стил може бити завистан/одређен и, за неке, невидљивим/небитним чиниоцима. Рецимо, један од српских великих стилиста Слободан Селенић, након стварања свог одличног за читаоце а за правнике и корисног дела – *Очеви и оци,* сматрао је да ком-

Постоје и бројни примери који илуструју паузу у савршености стилизације писца, злој намери или одсуству талента.[18]

Анализа речи је примењива и у самој духовној и научној области Породичног права. Најпре, за саборно означење правних института које и традиционално и модерно обухватају/подразумевају овај сегмент права и духовности и живота, користе се различите речи. У српском језику користи се у мањој мери и реч Обитељско право. Конкретно, има књига које се печате у српској духовној гори Хиландару које користе реч обитељ. Обитељ(ско) право ипак не репрезентује истинито садржину тог појма јер му недостаје прецизност, *differentia specifica*. Наиме, реч обитељ значи скуп, збир, сабраност субјеката/субјектица који живе тј. обитавају заједно, Осим породице, обитељ постоји и за бројне друге субјекте: од деце у вртићу, школи, у студенском дому и на предавањима, код навијача, учесника конгреса... Суштина фактора окупљања, узрока и циља заједничког обитавања није посебно видљив/издвојен за ентитет који се односи на породицу.

Породица по свом „јасном звуку“ сведочи о сабраности лица која су повезана по роду, где поводом рођења и датумом[19] рођења постају

пјутер на непожељан начин дефинише пишчев стил. Зато је одбијао да своја дела пише на компјутеру. И неки правници академици су имали исти став.

Занимљива је та дистанца према избору коришћења средства за писање. Рецимо, сматра се да писање налив пером је отменије и са вишим и бољим ефектом на стил, него писање хемијском оловком. Некада од педагогије је ефикаснија лична проживљена историја: приче мог оца о лепоти и посебности писања „пенкалом“ нисам разумео док нисам дошао у садашње тридесете године, у *зреле године*.

[18] Рецимо, у науци је током 19. и 20. столећа била коришћена синтагма о *слободној љубави*. Нетачност и плеоназам ове синтагме нас узнемирава: свака љубав је слободна, нема љубави која је по декрету, која је наређена. Свака врлина не настаје наредбом, него је, увек и једино могуће, чедо слободе. Овај пример показује и да две врлине сједињене у једној синтагми поништавају њен врли, морални садржај.

Дакле, две афирмације понекад дају негацију.

Данас је актуелна синтагма „драги пријатељи“. Мана ове синтагме је у њеном бесмислу, у плеоназму. Сваки пријатељ је драг. Ословити неког пријатељем неизбежно значи и његово симпатисање, драгост, милину, топлу емотивну релацију. Зато је довољно неког титулисати пријатељем. Не знамо за нормалну и недипломатску комуникацију где пријатељ може да буде недраг. Прва мисао је да непријатељ није драг. Ипак, и без великог животног, књижног или интелектуалног искуства могуће је и да непријатељ буде драг, да нам буде већи пријатељ и да нам буде користан. Рецимо, пријатељи својим похвалама могу да нас погорде, да узлетимо без крила – како би рекао владика Николај. Непријатељи су нам корисни понекад јер ако тачно уоче неку од наших несавршености могу да учине да тежимо победи над нашим манама, да нас учине бољим. Непријатељи могу да нас инспиришу да се усавршимо отклањањем неке од својих мана.

[19] За настанак сродства није довољна биолошка чињеница, догађај рођења. Сродство је правни појам који настаје правним признањем те биолошке чињенице. Правна декларација о упису чињенице рођења, правоснажна судска одлука или признање

правно регулисан ентитет. Иако реч породица која извире из речи порода, порођаја који доводи у род, иако довољно прецизна, и важећа у највећем броју случајева, ипак има и уско дејство јер не обухвата случајеве када до сродства долази и без биолошке чињенице рођења, већ настаје на основу других правних чињеница: закључење брака (тазбинско сродство) или чињенице усвојења. Сродство може да настане и на основу/поводом медицинске, тачније медицинско-правне чињенице биолошки потпомогнуте оплодње.

У руском праву *Семейное право* има исту идеју за настанак као и Породично право, само је реч сведена тј. наглашена је њена биолошка/медицинска компонента: мушког концепцијског материја семена. И још једно прецизирање значења: у семејном праву се узима у обзир срећна есхатологија, смислени развој потенцијала семена да, заједно са јајном ћелијом, створи људски живот.

Због природног лимита квантума овог рада, само ћемо евидентирати још примера нетачних/погрешних/неузвишених/ нестилизованих/неинтелигентних термина у нашем породичном законодавству.

Рецимо, једна новина у Породичном закону Србије је терминолошко одређење лица која су у браку. Према чл. 3. ст. 3. и чл. 25. (и даље) субјекти брака су супружници. Термин брачних другова из ранијег Закона о браку и породичним односима Србије је елиминисан. На питање студентима зашто, увек а и чешће је одговор да је то због политичке, „комунистичке“, тј. социјалистичке конотације[20] тог термина. Потврђује се да су студенти увек у праву, осим када нису. Зашто? Термин друг нема политичку асоцијацију. У време хипертрофије цитата Карла Маркса била је једна фина шала: Добар дан, што би рекао Маркс.[21] Нетачно је и некултурно банално персонализовање историје. Сви смо у вртићу или школи или животу имали најбољег друга/другарицу а без политичке[22] конотације.

Предрасуду о идеолошкој конотацији овог термина треба да, макар, умањи чињеница да је ова синтагма коришћена и у радовима

родитељства правно перфектуира ту биолошку чињеницу ретроактивно од самог датума рођења, вид. М. Младеновић, С. Панов, *Породично право*, Београд 2003, 272.

[20] О терминима означавања субјеката брака, вид. Д. Ћеранић, „Стицање односно издвајање предмета домаћинства мање вриједности и ванбрачна заједница“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“, том II* (ур. С. Стјепановић, Р. В. Лукић, Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2022, 225.

[21] Цитати Маркса су били најчешће са првих двадесетак страница његових дела.

[22] Признање очинства је независно од материјалне истине. Постоји запис са једне стране телевизије, да је Маркс као неверни субјекат брака, девет месеци од те брачне екскурзије молио богатијег Енгелса да учини признање очинства због помоћи у плаћању алиментације. Енгелс је другарски, *спонзорски* то и чинио.

најугледнијих професора права у Краљевини Југославији (на пример, у делима професора Живојина Перића)[23] и у Црквеном праву (чл. 16, 17, 69… Брачних правила Српске православне цркве).[24] У лабуристичкој партији Несаветника владе Тончи Блера се такође раби термин друг. Не знамо како је код оригиналних лабуриста из Кладуше.

Лепотом израза кандидује се и термин „брачник“, „брачници“.[25] Овај израз не одликује „поспаност етаблиране лексичке матрице“, како би то врхунски рекао проф. др Ж. Симић.[26] Језику Цркве био би прикладан термин *обрачење* који би семантички и мелодијски био хармонизован са термином *обожење*.

Упркос законском изједначењу субјеката брачне и ванбрачне заједнице (чл. 4. ст. 2), субјекти ванбрачне заједнице у чл. 4. ПЗС називају се ванбрачним[27] партнерима – термином који је својом лукративном конотацијом ближи Трговинском праву.

Брачна правила Српске Православне Цркве (БП СПЦ) највише и најпре користи термин брачни друг (чл. 7). Термин брачни друг(ови) се користи да означи ваљани животни/правни брачни конктекст. На пример, термин брачни друг се користи уз реч љубав, верност, пожртвованост... и сва друга идеална брачна прегнућа („... оба брачна друга обавезна су подједнако на међусобну љубав, верност и помоћ; на међусобно праштање и заједничко подношење свих тегоба насталих у браку...“).[28]

Термин брачни друг се користи и да означи „правно ширење брачне радости“, односно да означи мирну, идеал-типску ситуацију када брак конституише сродство по тазбини или пријатељство (чл. 16. т. 1.

[23] Професор Живојин Перић, по мом мишљењу, је био један од најсјајнијих правника и интелектуалаца. Био је пак у политичком смислу обреновићевац и германофил. У јесен 1944. године пре ослобођења Београда од стране Црвене армије и домаће војске (редослед је, поред осталог, наведен по принципу културе: погибије других за ослобођење наше земље), професор Перић је отишао у Швајцарску код свог зета. У Руско-турском рату 1876. године учествовало је четири и по хиљада руских добровољаца, по руском православном принципу жртве без интереса, вид, Г. Перчевић, 179, 180.

[24] Вид. Д. Перић, *Законодавство Српске православне цркве од стварања Југославије до новијег времена – прилог проучавању односа цркве и државе*, Београд 1995, 201 и даље. У писму од 9. јуна 1508. године „Томи Мору“, Еразмо Ротердамски користи термин „друг“, вид. Е. Ротердамски, *Похвала лудости*, Рад, Београд 1984, 6.

[25] Вид. Н. Ружичић, *Номоканон о браку*, Београд 1880, 17 и даље.

[26] Вид. Ж. Симић, *Филозофија модерне психе*, КПЗ Београда, Београд 2007, 7.

[27] О ставовима за и против изједначености ванбрачне са брачном заједницом у потпуности и у Наследном праву, вид. Д. Ћеранић, 2022, 221–222.

[28] Чл. 69 ст. 1 т. 1 БП СПЦ.

БП СПЦ) или када се брачно стање означава насловом у БП СПЦ као „Права и дужности брачних другова“.

Термин брачни друг се користи и да означи (морално) невиног брачног друга (чл. 40, чл. 44, чл. 48. ст. 4). Ипак, изузетно брачни друг као термин изражава и контра контекст (на пример, „крив брачни друг“ у чл. 49. т. 8. или „кривица брачног друга“ у чл. 86).

Термин „брачно лице“, апстраховано говорећи, означава негативну или неутралну (вредносну, моралну, емотивну...) ситуацију у браку. Рецимо, у негативној, хладној, леденој конотацији термин брачно лице означава субјекта (у правно-техничком) смислу који је закључио ништав брак или припада верској заједници која не познаје (пуноважну) Тајну крштења (чл. 6. ст. 2. и чл. 23).Термин брачно лице означава и субјекта предбрачног греха. Рецимо, у случају преваре, брачно лице је учинило злочин или није издржало казну – чл. 27. т. 6. или у случају принуде-насиља – чл. 29. т. 3. БП СПЦ.

У неутралној/административној конотацији термин брачно лице се користи да означи субјекта у некој несрећној, нескривљеној (у начелу) ситуацији. Рецимо, у случају брачно-правних последица ако је брак закључило лице које је душевно ненормално (чл. 49 т. 5).

Термин супружници БП СПЦ користи само у једном члану. Контекст употребе овог термина указује на намеру писца БП СПЦ да искаже субјективну специфичност субјеката брака. Наиме, термин супружник у БП СПЦ резервисан је само за ситуацију у којој супружници имају одређене године живота (70 за мушкарце или 60 за жене или је разлика у годинама више од 15).[29]

Богатство брачно-правне лексике илуструје и коришћење термина брачник, заручник-заручница, младенци (чл. 61), вереници (чл. 62. и даље).[30]

Некада стилизација у породичноправним односима има и своју културолошку специфичност и узрочност. Скоро доминантна, свакако претежна, мушка просидба, тј. понуда мушкарца жени да закључи брак гласи „да ли желиш да се удаш за мене“? На крају једне домаће серије *12 речи*, млади Црногорац, након својевољног изласка из света криминала, користи сасвим другачију стилизацију. Каже: *Хоћу да се удаш за мене*. Унук једног храброг, сјајног човека, након дипломирања је дошао код мене у кабинет и када сам му рекао ову реченицу из ТВ серије одмах је дао и тачну правну анализу: ова стилизација укида брак као сагласност две изјаве воље, двострани правни посао и своди

[29] Чл. 13. т. 11. БП СПЦ.

[30] Вид. С. И. Панов, *Духовни и световни брак у Србији*, Београд 2013, 342 и даље.

га у интенцији, замисли аутора на већ перфект(уира)ну једнострану изјаву воље, на самодовољност једностране изјаве воље. Без дилеме одговора, са самопоуздањем.

Евидентирајући само *несавршености* стила *законописатеља* помињемо и нетачну неоригиналност у дефиницији брака у чл. 3. ст. 1. ПЗС и нетачну оригиналност у дефиницији ванбрачне заједнице у чл. 4. ст. 1. ПЗС. Брак се у закону, за разлику од црквеног дефинисања брака у Брачним правилима Српске Православне Цркве или Хегелове дефиниције, одређује као *законом уређена заједница живота жене и мушкарца*. Оваквим поимањем се нимало не приближава истини о браку, чак се то и не покушава. Аутентичност појма брака се одређује на сфумато, потпуно замагљен начин јер заједница живота (субјекта и субјектице брачног права) је опште место и за друге појавности: од студенских вежби и предавања до компанија или скупа навијача или навијачица. Разлика је само у необавезном сингулару, односно допуштеном плуралу. Оригиналност, која није баш у савезништву са смислом, видљива је код дефинисања ванбрачне заједнице као *трајније* заједнице живота жене и мушкарца. Ни брак не подразумева више атрибуцију трајне заједнице, во вјек и вјекова, па то, тим пре, можда, важи за ванбрачну заједницу. Ипак, термин који асоцира, наслућује извесно трајање, термин који је опозиција привремености, није баш најбоље изабран. Акварелност, непрецизност или подобност за недозвољену, неприхватљиву неодређеност и могућност злоупотреба и неједнакости судске праксе је снажно видљива у изабраном термину трајности. Свака заједница има потенцијал трајности, као што има и потенцијал престанка/нетрајности. Ово метафизичко одређење ванбрачне заједнице и њене онтологије трајања није баш прикладно и изазива бројне дилеме. Прикладнијим нам се чини коришћење модуса одређења ванбрачне заједнице као заједнице која дуже траје. Дуже трајање може да има само временску димензију, наравно не и просторну димензију у овом контексту.

Кратка анализе чл. 4. о ванбрачној заједници показује још једну њену несавршеност: у чл. 4. ст. 2. прописује се да правни капацитет/правни статус члана и чланице те заједнице се одређује овим законом. Тиме се заправо казује да и ванбрачна заједница јесте *законом уређена заједница живота жене и мушкарца*, што је описна синтагма за брак. Хаотичност расте и у следећем пољу анализе: различити термини за титулисање чланова тих заједница. У браку су то супружници, а у ванбрачној заједници ванбрачни партнери. Мелодија/филозофија тих термина је потпуно различита; супружници јесу суплужници, они који заједно ору земаљске њиве, док термини партнерства је млетачки трговачки термин о лицима профатибилно моти-

висаних за неки финансијски циљ/посао. Природа односа супружника, сабраних по старословенској речи суплужника је потпуно другачија од компанијских трговачких асоцијација.

Дакле, два члана закона која следе један други, а поврх тога и лоцирани на почетку законског текста и у његовим основним одредбама, зраче неприхватљивом хаотичношћу.

Пошто је законописац врло талентован у креацији језичких, стилских несавршености наводимо још један пример: у чл. 40. ст. 1. и 2. ПЗС се захтева да супружници могу да се разведу ако закључе *писмени* споразум о разводу. Тај споразум мора да садржи и *писмени* споразум о вршењу родитељског права и *писмени* споразум о деоби заједничке имовине. Имајући у виду искуствену фактографију не само странака, већ и суда (од неписмености судских списа до тога да се латински пише ћирилицом) овај услов је скоро немогућ. Макар због *lapsus linquae, lapsus calami* или *lapsus memoriae*. Довољно је да је акт стране или странака у писаној форми. Није нужно да испуни законски узвишени циљ да буде у писменој форми, јер би то захтевало, масовни, ангажман, лектора и(ли) коректора. Ситуација је још тежа за праксу јер се похвала писмености заслужује не само у значењу, него у мери апсолута: неки текст не може да буде углавном или делимично писмен.

Грешка није случајна, појединачна, већ систематска:

- Захтев за закључење брака се подноси усмено или писмено (чл. 292. ст. 1),
- Матичар ће одбити тај захтев писменим решењем (чл. 293. ст. 3),
- Будући усвојитељи подносе писмени захтев за усвојење (чл. 312. ст. 1 ПЗС)…

Учинићемо још једну илустрацију талента законописца да буде у савезништву са стилом који одјекује/шкрипи несавршенством. Као једно од основних начела прописано је да су родитељи, мајка и отац, равноправни у вршењу родитељског права (чл. 7). Но, равноправност је прецизирана и у језичкој равни тако да се чланом 42 прописује да мајка детета *јесте* жена која га је родила, док се чл. 45. ст. 1 ПЗС одређује да се оцем детета рођеног у браку *сматра* муж мајке детета. За оне кратког даха за размишљање или за оне огромног али неталентованог *даха*/талента за размишљање то је синоним. Ипак, музика речи опет може да пресуди: потпуно је различит степен аподиктично-

сти (придев логичке нужности) звука речи јесте[31] и сматра се. Видљив је и осећа се разлика између те две речи: на пример, када се неко представља каже да је он/она, да јесте тај и тај. Каже се: ово је(сте) Правни факултет. Не каже се: ја се сматрам болодимиром, ово се сматра факултетом... Не знамо шта је била инспирација стилисте/законописца, али неоснована је разлика учињена на штету другог субјекта родитељства у законском редоследу. Као што је мајка жена која роди дете, тако је биолошки а треба и правно, отац мушкарац који сачини дете или сочини дете или направи дете... Као што је у полној биолошкој архитектури/градитељству финале или максимум улоге жене у рођењу, тако је у тој сфери, димензији или процесу финале или максимум мушкарца у *сочињенију* детета, у давању своје полне семене ћелије, свог концепцијског материјала. Зато та биолошка, полна равноправност различитости, та истост мора бити изражена и у језичкој димензији.

Инцидентна или ређа могућност спорности очинства важи и за мајку. И правило *mater semper certa est*[32] није апсолутно, па тако и очинство може да буде увек познато, посебно на основу савремених медицинских метода (чак и код тзв. вишеструког саложништва[33] може да се анализира тзв. фото финиш сперматозоида). У биомедицински потпомогнутој оплодњи непорецивост материнства, њено јасно и лако титулисање је све више спорно не на основу чињеничних дилема/потешкоћа, већ на основу аксиолошки доминантног принципа. Рецимо, код сурогат материнства правно-политичко-

[31] На питање Богу од стране Мојсија ко је он да би рекао синовима Израељевим да изађу из Мисира, Бог одговара: Ја сам Онај што јесте.

[32] M. Petrak, „Pravne regule 'Mater semper certa est' i 'Pater is est quem nuptiae demonstrant' u suvremenom kontekstu“, *Kanonsko pravo i medicina: izabrana pitanja*, (ur. J. Šalković), *Glas Koncila* 2013, 181–189.

[33] Анализа ДНК омогућава да се утврди очинство и у случају тзв. вишеструког саложништва. Раније, ако је мајка имала однос са више мушкараца, онда су они могли да уложе наведени приговор (*exeptio plurium concubentium*) и тиме је била искључена могућност утврђења очинства у конкретном случају. Модерна медицинска наука и у оваквој форми коегзистенције омогућава да се тачно утврди који је мушкарац отац детета. Јавности су познати случајеви жене која је у енглеској луци била с више морнара и жене у Загребу која је на журци (тулуму) имала однос с више мушкараца, када је на основу популарно названог поступка „фото-финиш мушких оплодних ћелија“, ипак, утврђено очинство детета.

ДНК је не само револуционарни метод са научног аспекта, већ често има и револуционарни ефекат и са животног аспекта. Наиме, ДНК може из темеља да промени постојећи животни образац: искуство показује да је сваки трећи мушкарац који је сумњао у своје „ауторство детета“ имао оправдан разлог за то. Поврх тога, метод ДНК може да послужи и евиденцији „брачне верности“. И овде је резултат сличан: сваки четврти мушкарац који је сумњао да је једини партнер своје партнерке имао је разлога за то, вид. С. И. Панов, *Породично право*, Београд 2022, 195.

социолошко питање је шта је доминантан елемент који дефинише како настаје материнство – ко је мајка детета: сурогат мајка која је закључила уговор, родила дете и предала га; жена која је донирала јајну ћелију или жена која је закључила уговор?[34]

Писац, а не писатељ, породичног закона практикује и неке оригиналности које су занимљиве јер одступају од уобичајених обичаја нашег језика, стандарда народног језика или стручне комуникације. Наиме, нови ПЗС користи термине „усвојитељ“, „хранитељ“, „старатељ“. Ми остајемо при ранијим тачним, а сада „незаконским“ терминима „усвојилац“, „хранилац“, „старалац“. Разлози: 1) ранији ЗБПОС је користио породичноправне термине „усвојилац“, „хранилац“, „старалац“. Нисмо информисани да је Вук Караџић поново био у Србији и илегално учинио реформу српског правописа и језика. Не знамо да је у 2005. години била револуционарна измена лингвистичке теорије и праксе која би исходовала ову промену; 2) „терминолошка“ хармонија са другим законима (о наслеђивању, о облигационим односима, Кривичним закоником...). Непостојање не само доследности, природне целовитости духа језика, а минимално изједначавање терминологије законских текстова тј. једнаког означавања појединих правних субјеката. Терминолошка дисциплина, терминолошко јединство треба да буде одлика правног поретка и 3) недоследност новог законодавца видљива је и у оквиру једног закона – ПЗС (ако постоји усвојитељ, старатељ, хранитељ, треба да постоји и јавни тужитељ – а не постоји у ПЗС. У нашем правном поретку не постоји ни поверитељ, већ поверилац (и у чл. 162. и 167. ПЗС постоји поверилац, а не поверитељ), а у нашем духовном поретку постоји мислилац, а не постоји мислитељ). И Породични закон Црне Горе[35] користи термин „усвојилац“, односно „старалац“. У неким другим језичким праксама постоји продаватељ (код нас се то лице зове продавац), постоји и гледатељ (код нас постоји гледалац), код нас постоји бела рада а код других се то зове тратинчица.

Сећајући се духа времена[36] када је донет ПЗС добро смо и прошли: ипак, прелепа реч тратинчица није уведена.

---

[34] Вид. С. И. Панов, *Право на родитељство – докторска дисертација*, Београд 1998, 199.

[35] Породични закон Републике Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 1/2007 и *Службени лист Црне Горе*, бр. 53/2016 и 76/2020.

[36] Исак Асијел, врховни рабин Јеврејске заједнице у Србији, говори: „Има време када се сади и када се чупа посађено. Време када се ћути и када се говори. Време рата и време мира. Све има своје време.“ (Проповедник 3.2,3.7, 3.8, 3.1). Вид. Г. Перчевић, 128.

Илустрација стилског *талената* законописатеља је неограничена и широм је законског текста у бројним областима Породичног права. На пример, у чл. 124. ПЗС се одређује да се *под старатељство*[37] стављају малолетни штићеник – дете без родитељског старања или пунолетни штићеник – лице које је лишено пословне способности. У синтагми стављања под старатељство доминира тон суспендоване, поништене слободе, губитка сопства. Некога ставити под неки институт укида његову аутономију на груб начин. Ставити неког субјекта или субјектицу под старатељство значи опис тог односа као односа надређеног и подређеног, покорног, пониженог... Нама се чини кориснијим коришћење еуфемизма који не мења правну природу тог односа или правни статус, скуп права и дужности учесника старатељског односа. Мислимо да је нежнија, дипломатска формулација у закону да постоји старатељство *о* малолетном или *о* пунолетном штићенику или штићеници.

Занимљиво је *замијетити*, што би рекао ПЗС, један општи тренд у језичкој стилизацији. Наравно да постојање и меру/обим овог тренда треба утврдити у читавом правном поретку. Ипак, чини нам се да је правило да се у добрим, прихватљивим, лепим релацијама користи терминологија за оба гендера (на пример, студент и студенткиња, председник и председница, геније и генијица, генијалац и генијалка...). У правним или животним институтима искључиво или доминантно је једногендерско мушко означавање. На пример, у Наследном[38] праву, Облигационом[39] праву постоји термин оставилац или штетник, али не постоји термин женске особе која узрокује штету. У Кривичном[40] праву постоји убица са мушком конотацијом. Упркос мисаоном прегнућу најбољег дела човечанства, све више се пише о феминоциду. Рецимо, садржај ТВ емисија за 8. март ове године. Користи се термин за означавање жртава другог/супротног пола. Дакле, без полне/г неутралности.

[37] Подвукао аутор.

[38] Оставилац је најтужнији субјекат законског текста (у чл. 1. ст. 2. ЗОН се говори о оставиоцу...) и шема наслеђивања.

[39] У чл. 42. Закона о облигационим односима се говори о ћутању понуђеног, надаље се говори о уговарачу...

[40] У Кривичном законику Србије у оквиру начела да нема казне без кривице каже се у чл. 2: казна и мере упозорења могу се изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело. И током целог законског текста се користи мушка конотација: извршилац, учиниоц, подстрекач, помагач, саучесник, уредник, издавач, штампар, произвођач (чл. 39)... Могућа је неутрална, свеобухватна формулација: на пример, као код кривичног дела убиства у чл. 113 КЗ: Ко другог лиши живота, казниће се... Постоји убица, лопов, делинквент, мафијаш, бараба...

Велики број жена жртава насиља се не смањује упркос рекламираном, медијски и другде форсираним моделом заштите. Како тако владајући, потпомогнут модел борбе је неефикасан јер се увећава број жена жртава насиља. Можда новац квари људе. Можда би ову борбу требало да осмисле и практикују аматери, субјектице и субјекти који не раде за новац, за новчане накнаде. Можда би ову битку требало да воде аматери – људи, човек и човечица, инспирисани моралним и професионалним ентузијазмом.

Једно од суштаства језика јесте његова стална, неуморна дијалектика, промена вредновања значења услед измена контекста „духа времена“. Хераклитова река је све бржа. У Музеју Правног факултета у Београду је као експонат приказан текст говора тадашњег министра просвета Доситеја Обрадовића (који је у младости имао Путина најбољег друга) који се студентима Велике школе 1808. г. обраћа *Возљубљени ученици*. Данас министар не би имао ту лакомисленост у изражавању јер би одмах био предмет непријатне пажње језичких отпорних младотурака из дневног листа Јуче.

Језик данас добија нове *красоте*.[41] Глумци у режији преководеног кнеза имају врло нежан однос према туђем језику (финалом знаном покушају да законом укину руски језик), покушавајући да по наредби Мефиста промене име Богољубиве земље (Стих Химне каже *Штићена Богом, рођена земљо* – каже отац, а син Михалков каже сакрални центар света)[42] и да иновирају/инволирају своје име у Володимир или Џунсон или Бојден. Само напред.[43] Стари и нови нацисти, како би рекао председник Сирије.[44] Хијене које нападају у чопору и 1999. и 2022.

[41] Нови језик/новоговор личи на светске градове светлости, рецимо, на Париз некако с пролећа у време штрајка ђубретара: шведски сто за пацове. Увек све завршава ближе болу.

[42] Г. Перчевић, 169, 173.

[43] Постоји и неки медицински примери са Балкана: да се назив и сјај једног ентитета покуша акронимом/парафом да *деглорификује*, што би се рекло народски. Иако, осим слободе и правде, њен основ је у стиху изнад Хан Пијеска/Власенице *Ако је Дрина граница – попићемо је*. Не осећамо се комотно у злобном хумору да узвратимо са ХБ (по логици ротирања ради равноправности). Равнодушни смо и на неталентовану злобу да се обележје/озрачје српски замени србијанским, упркос неверју у племенитост побуда чимбеника и цветића.

[44] И. Дачић, „Несхватљиво да се у Европском парламенту организује покушај рехабилитације Степинца“, *https://www.politika.rs/scc/clanak/542858/dacic-stepinac-evropski-parlament*. Изненађење као кад би Казанову поставили за директора девојачке школе. Бечки господин је тражио да се одмах уклони споменик Милици Ракић, вид. *Блиц*, 13. март 2023. Ништа без *домаћих*: три пута је тај споменик оскрнављен усред престонице (19. фебруар 2022).

Осим овакових злих незналица, језикословље тражи и зналце суптилности. Рецимо, веома занимљиво ће бити читати судску праксу како конкретизује садржину правног стандарда за диспензацију код тазбинског сродства у чл. 21. ст. 2. ПЗС ако је то *оправдано*, а како ће министар суптилно учинити садржинску и стилску дефиницију да се дозволи усвојење од стране појединца усвојиоца када постоји *нарочито оправдани разлог* из чл. 101. ст. 3. ПЗС.[45] Врло је тешко конкретизовати и правни стандард „очигледне неправде“ који искључује право на издржавање или код хабитације.[46] Правни стандарди „најбољег интереса детета“ и „корисности усвојења за усвојеника“ такође траже посебну стручну опрезност, студиозност, образовање, муку,[47] а не само правнички таленат за дефиницију, већ и дружење/тиховање са књижевницима који су и колеге правници.

Коначно се појављује слутња значаја поезије, за овладавање кристализованог/дијамантног језичког израза и свести и контроле полисемичности.

Чинимо обзнану краја текста због плиме примера и осеке простора за чланак. Законски текст је препун правних акварела/безобалних правних појмова чија успешност тачне конкретизације, на ползу равноправности грађана и јединства државно-правног поретка, је увек а и чешће, тежак посао. Чак и када искључимо већ *непостојећу* субјективну једначину.[48]

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

[45] Нарочито оправдан разлог се тражи да матичар дозволи закључење брака преко пуномоћника или када је реч о алиментацији између супружника: члан 163, став 2. ПЗ Србије предвиђа да по престанку брака издржавање не може да траје дуже од пет година (ипак, може да се продужи ако нарочито оправдани разлози спречавају повериоца да ради).

[46] Као домаћи задатак можемо да имамо и покушај да разјаснимо васпитне идеале из чл. 70. ПЗС: *да се дете васпитава вредностима емоционалног, етичког и националног идентитета.* Осим архитектуре појма, постављамо још једно занимљиво питање: да ли постоји васпитање или васпитавање или самоваспитавање детета, вид. С. И. Панов, „Васпитање као акт цивилизације или акт културе: дилема избора идентитета“, уводно излагање на научном скупу са међународним учешћем „Наука и наставна пракса“, Бијељина 2015.

[47] Сава Мркаљ, *„дика и милота сербска”*, дефинисао је фонолошки систем нашег језика (*један глас једно слово и пиши као што говориш). Пут од рускоцрквеног језика ка народском описује се у делу Сало дебелога јера* (ъ) *либо азбукопротрес/Дебело тврдо јери или анализа азбуке.*

У кинеском писму сваки знак је метафора. Постоје четрдесетак хиљада знакова и дијаграма. Обичан појединац користи неколико стотина, а интелектуалци неколико хиљада, комбинације знакова стварају различити смисао, вид. Г. Перчевић, 88.

[48] Раст корупције ствара и неадекватну примену закона, вид. А. Мантарова, 417.

Библиографске референце

1. Басински, Павел, *Лав Толстој: Бекство из раја*, Руссика, Београд 2014.
2. Валчић Лазовић, Неда, „Капитализам је болест човечанства“, *https://www.politika.rs/sr/clanak/311564/kapitalizam-je-bolest-covecanstva*.
3. Геннадиевна Багреева, Елена, „Избыток норм права возвращает к социокультурным ценостям“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“, том II* (ур. С. Стјепановић, Р. В. Лукић, Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2022.
4. *Горопадни ерос, огледи о еротизму* (прир. Милан Комненић), Београд 1981.
5. Дачић, Ивица, „Несхватљиво да се у Европском парламенту организује покушај рехабилитације Степинца“, *https://www.politika.rs/scc/clanak/542858/dacic-stepinac-evropski-parlament*.
6. Ђурковић, Миша, „Тржиште уџбеника предато странцима“, *https://www.politika.rs/scc/clanak/540124/Trziste-udzbenika-predato-strancima*.
7. Мантарова, Анна, „Социальные перемены и вызовы законодательству“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“, том II* (ур. С. Стјепановић, Р. В. Лукић, Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2022.
8. Младеновић, Марко, Панов, Слободан, *Породично право*, Београд 2003.
9. Панов, Слободан И., „Васпитање као акт цивилизације или акт културе: дилема избора идентитета“, уводно излагање на научном скупу са међународним учешћем „Наука и наставна пракса“, Бијељина 2015.
10. Панов, Слободан И., „Правосуђе: неки примери дилема данашњих“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/2022.
11. Панов, Слободан И., *Духовни и световни брак у Србији*, Београд 2013.
12. Панов, Слободан И., *Породично право*, Београд 2022.
13. Панов, Слободан И., *Право на родитељство – докторска дисертација*, Београд 1998.
14. Перић, Димшо, *Законодавство Српске православне цркве од стварања Југославије до новијег времена – прилог проучавању односа цркве и државе*, Београд 1995.
15. Перчевић, Горан, *Моментум – све има своје време*, Београд 2022.
16. Petrak, Marko, „Pravne regule 'Mater semper certa est' i 'Pater is est quem nuptiae demonstrant' u suvremenom kontekstu“, *Kanonsko pravo i medicina: izabrana pitanja*, (ur. J. Šalković), Glas Koncila 2013.
17. Ружичић, Никола, *Номоканон о браку*, Београд 1880.
18. Симић, Жељко, *Филозофија модерне психе*, КПЗ Београда, Београд 2007.

19. Стевановић, Јелена, „У Чикагу више убистава него у доба Ала Капонеа“, *https://www.politika.rs/scc/clanak/540658/cikago-amerika-kriminal.*
20. Ћеранић, Димитрије, „Стицање односно издвајање предмета домаћинства мање вриједности и ванбрачна заједница“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“, том II* (ур. С. Стјепановић, Р. В. Лукић, Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2022.

Правни прописи

1. Брачна правила Српске православне цркве.
2. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон, 6/2015.
3. Породични закон Републике Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 1/2007 и *Службени лист Црне Горе*, бр. 53/2016 и 76/2020.

Full Professor Slobodan I. Panov, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

ON INTERPRETATION OF LEGAL STANDARDS – BOUNDLESS LEGAL TERMS AND FLUID LEGAL NORMS

Summary

The essence of (family) law lies in harmonizing Manichaeism and becalming its creative forces. (Family) law is far from being the culmination of spirituality, a jewel in the crown of mindful beauty. Art, philosophy, psychology (medicine)... all outcharm it. The law is not closest to God; it does not glow or bask in the utmost God's blessing and sapience; the law is not otherworldly. Professor Sergei Troitsky contended that in the Old Testament, Jesus figured as an adjudicator, whereas in the New Testament, he was a healer. However, despite this initial handicap, despite constraints to its marvels, compared to other spheres, dimensions, and spiritual disciplines, the law displays one attribute that clearly stands out. Cognition, or more precisely, the necessity of cognition when learning and understanding about people and society/family, is the paramount quality of law... Law is exactness and freedom. Law is strictness and freedom of thought. Law is the mathematics of autonomy. It is the synthesis and the synonym for life from its individual and/or collective aspect. The quality of gradience of law allows for the conclusion that the essence/definition/-understanding of law is synonymous with life itself. The very (pre)beginning of life (legal status and use of biological material for reproduction), duration of life (type and dynamics of legal transactions), and its end (identifying the exact moment of delation in the law of inheritance), and even after death (Canon law governing matters of the legal status of mortal remains, grave, prayer for the departed soul).

Key words: *Language; Interpretation; Legal standards; Boundless and fluid legal stylizations*.

ВЈЕЧНАЈА ПАМЈАТ
Проф. др Слободан И. Панов

„*Смрт, као неизбежна извесност од греха Адамовог, не постоји. Смрт је победа Бога над кончином, прелазак из материјалне, трулежне у вечиту духовну егзистенцију. Смрт не брише постојање човека, смрт увећава присутност и мисли и осећања према уснулом ближњем.*

Ако користимо мелодију речи и етимологију као инструмент сазнавања, онда по звучности умирање асоцира на умирење а смрт асоцира на смирење.

Смрт је пут у вечити загрљај Творца.“

Ове ријечи записао је професор Панов у свом посљедњем академском раду који нам је послао на електронску пошту у недјељу – 2. априла 2023. године, пред зору – у 3 ч. иза поноћи, у прилогу послатом за објављивање у Зборнику радова који држите у рукама. Господ је хтио да професоров посљедњи научни рад буде објављен у издању Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, који је сматрао једнако својим као Правни факултет Универзитета у Београду.

„Случајности нема, само несазнат узрок“, говорио је професор. Отуда нити је случајна недјеља, нити три ујутро, нити три иста прилога окачена уз поруку. „Инспирисан надреалном и збиљском симболиком броја три и песниковим стихом да је три мера сразмере ствари“, волио је професор да каже, надахнут Истином у Тројству.

Троји су и изгубили.

Његови најмилији, прије свега ћерка Маша и мајка Гоца.

Изгубили смо и сви ми који смо од њега учили о вјечности, о животу, о праву...

Изгубило је свеколико Српство, отишао је један од најумнијих.

Али не тугујемо, у духу хришћанске мисли да смрт није тачка него запета! Вјерујемо да је наш добри професор у вјечитом загрљају Творца.

Професоре, били сте у праву по ко зна који пут – заиста *смрт увећава присутност и мисли и осећања према уснулом ближњем*!

Зато, добри наш професоре,

Нека Вам је вјечнаја памјат и блажени покој!

Душа Вам се Раја нагледала пред пријестолом Творца!

УДК/UDC 347.65/.68(470:497.11)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Наташа Стојановић

Правни факултет Универзитета у Нишу

СОЦИЈАЛНА УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У РУСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ[1]

У раду аутор разматра социјалну улогу установе наслеђивања, полазећи од решења садржаних у важећим наследноправним прописима Руске Федерације и Републике Србије. Истраживање је спроведено са циљем да се пронађу аргументовани одговори на питања: Чији наследноправни прописи, руског или српског законодавца, обезбеђују друштвено праведнију поделу наслеђених добара и подстичу друштвено корисније понашање појединаца? Да ли је установа наслеђивања, као правна творевина, у Русији или у Србији, више у служби спречавања поремећаја у друштву, које може проузроковати смрт једног лица, и очувања вечитости приватне својине? Којим наследноправним прописима, руским или српским, се боље штити економска основа породице и интереси несвојевласних или материјално угрожених лица, који су за живота оставиоца са њим били повезани? За потребе рада коришћени су: правнодогматски, нормативноправни, упоредноправни и историјскоправни метод. Како би се у Републици Србији, путем установе наслеђивања, постигао виши ниво друштвене добробити, у већој мери ублажиле разлике у наследноправном положају оних који у конкретном случају наслеђују и потпуније заштитили интереси материјално угрожених лица које је за живота оставилац помагао или су она њему помагала, аутор у раду предлаже одговарајуће измене и допуне актуелних наследноправних прописа које би се кретале у правцу појачане социјалне улоге установе наслеђивања као правне творевине.

Кључне речи: Социјална улога наслеђивања; Руско право; Српско право.

Наташа Стојановић, *natasa@prafak.ni.ac.rs*.

[1] Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, за период од 01. 01. 2021. до 31. 12. 2025. године.

1. УВОД

У корпусу правних установа, које постоје у савременим правним системима, нарочито место припада установи наслеђивања.[2] Та посебност се нарочито огледа у функцијама које су јој поверене у датом правном поретку.

Током еволуције установа наслеђивања[3] је служила спречавању поремећаја и превладавању криза у друштвеним односима које смрт једног физичког лица може проузроковати.[4] Њоме су се, истим интензитетом, обезбеђивали стабилност и континуитет функционисања правног промета, путем очувања имовинских односа у којима је учествовало једно лице, после његове смрти.[5] Осим тога, овом правном творевином се штитила вечитост приватне својине.[6] Наслеђивањем као правном креацијом узимани су у заштиту интереси материјално угрожених или несвојевласних лица који су са оставиоцем, за његовог живота, били повезани.[7] Такође, установа наслеђивања је била у служби очувања економске моћи породице, па и саме породице.[8] Исто тако, установа наслеђивања као правна творевина је потпомагала друштвено корисно понашање појединаца.[9]

---

[2] Од овог наслеђивања, треба разликовати наслеђивање у социјалном (друштвеном) смислу, које подразумева прелажење укупности добара са једне генерације људског рода на другу генерацију. О томе детаљно вид. Č. Rajačić, *Teorija nasleđivanja – kao pravne ustanove* (skripta), Zagreb 1956, 2−3; N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo,* Narodne novine, Zagreb 2008, 6.

[3] Корени наслеђивања, као друштвене творевине која се манифестује у преласку имовинских добара са умрлог појединца на друге појединце, налазе се у првобитној људској заједници, и директна су последица развоја њеног економског миљеа, и вишег нивоа свести чланова рода, да материјална добра умрлог (одећа, оружје, накит, и друго) не буду сахрањена заједно са њим, већ припадну гентилним рођацима, по мајци. Наслеђивање, као правна творевина, настаје знатно касније, и њему претходи појава приватне својине, и инструмента за њено очување – државе. Детаљније вид. код: F. Engels, *Poreklo porodice privatne svojine i države* (prevod M. Simić), Kultura, Beograd 1967, 59.

[4] Вид. N. Gavella, V. Belaj, 7−9; Н. Стојановић, *Наследно право,* Правни факултет, Ниш 2011, 6−7.

[5] Вид. М. С. Абраменков, П. В. Чугунов, *Наследственное право*, Издательство Юрайт, Москва 2019, 90.

[6] Вид. М. Константиновић, „Тенеденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање”, *Анали Правног факултета у Београду* 3−4/1982, 358; Б. Благојевић, О. Антић, *Наследно право,* НОМОС, Београд 1991, 7; И. Л. Корнеева, *Наследственное право,* Издательство Юрайт, Москва 2019, 21−22.

[7] М. Константиновић, „Опште напомене уз Тезе за предпројекат Закона о наслеђивању”, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1947, 336; Р. А. Курбанов *et al.*, *Наследственное право*, Проспект, Москва 2018, 45.

[8] N. Gavella, V. Belaj, 9; И. Л. Корнеева, 22.

[9] N. Gavella, V. Belaj, 9; Н. Стојановић, 7.

За разлику од бољшевичке Русије која је у периоду од 1918. године до почетка 1923. године правно игнорисала установу наслеђивања, будући да је била укинута,[10] од Грађанског законика Руске Совјетске Федеративне Социјалистичке Републике из 1922. године[11] па до данас није прекидан њен континуитет. У Србији, узимајући за полазну тачку истраживања 1918. годину, еволуција установе наслеђивања као правне творевине, није прекидана актима државних органа.

Овим радом чинимо покушај да, у првом реду, на бази важећих наследноправних прописа у Руској Федерацији[12] и Републици Србији,[13] утврдимо друштвену улогу установе наслеђивања као правне творевине у овим државама.

2. УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У СПРЕЧАВАЊА ПОРЕМЕЋАЈА У ДРУШТВЕНИМ ОДНОСИМА УСЛЕД ОТВАРАЊА НАСЛЕЂА

Отварање наслеђа једног лица, када су имовински односи у питању, несумњиво, намеће одговоре на више питања. Почев од тога, који ће субјект или субјекти ступити у грађанскоправне односе уместо оставиоца? Затим, да ли имовина на њих прелази у истом обиму и истог квалитета, како је припадала оставиоцу за живота? Па онда, да

[10] Установа наслеђивања у Русији је укинута Декретом о укидању наследства од 27. априла 1918. године (Декрет „Об отмене наследования”, СУ РСФСР, 1918, N° 34, *http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/18-04-27.htm,* 12. новембар 2022. године). Та забрана наслеђивања трајала је све до 22. маја 1922. године, када је донет Декрет о основним приватним имовинским правима, признатим у РСФСР, које штите закони и судови у РСФСР (Декрет „Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР”, СУ РСФСР. 1922, N° 36, *http://www.consultant.ru//cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU-&n=6590,* 12. новембар 2022. године), којим је наређено поново успостављање установе наслеђивања као правне творевине. Захваљујући овом правном документу, совјетски Грађански законик од 31. октобра 1922. године, предвидео је право наслеђа преживелог супружника оставиоца, његових потомака и лица, неспособних за рад које је оставилац издржавао најмање годину дана пре отварања наслеђа. Детаљније вид. М. Константиновић, (1982), 355−357; Р. А. Курбанов *et al.*, 22−23; М. С. Абраменков, П. В. Чугунов, 71−72; И. Л. Корнеева, 24.

[11] Гражданский кодекс РСФСР от 31 октября 1922 года – ГКРСФСР, СУ РСФСР, 1922, N° 71; Известия ВЦИК, N° 256). *http://museumreforms.ru/node/13715,* 22. октобар 2022.

[12] Гражданский кодекс Российской Федерации − ГКРФ, часть первая от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ, часть третья от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ и часть четвертая от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ. Закључно са изменама и допунама од 26. јула 2019. године, *http://www.interlaw.ru/law/docs/-10064072*, 2. новембар 2022.

[13] Закон о наслеђивању Републике Србије – ЗНРС, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

ли се пренос заостале имовине са оставиоца на наследнике остварује једним актом или се ради о више преноса у различитим временским тренуцима? Потом, у којој мери ће бити заштићени оставиочеви повериоци после његове смрти? Затим, како ће се поделити заоставштина између више наследника који су прихватили наслеђе? Онда, какав је однос између оставиочевих дугова и дугова отвореног наслеђа, и томе слично?

У циљу спречавања поремећаја у друштву, које смрт једног лица може проузроквати, и руски и српски законодавац прихватају као темељ установе наслеђивања начело универзалне сукцесије[14] које подразумева следеће: заоставштина са оставиоца на наследнике прелази непосредно, она се наслеђује у неизмењеном виду, онако како је припадала оставиоцу, пренос заоставштине се остварује једним актом, без појединачних начина стицања (*modusa*), и у истом тренутку у времену.[15] За разлику од руског права где се настанак универзлане сукцесије *mortis causa* везује за тренутак пријема наслеђа које делује *ex tunc* од тренутка отварања наслеђа,[16] у српском праву то је сам тренутак делације.[17]

Чак и да оставилац није својом изјавом последње воље распоредио заоставштину, законски ред наслеђивања, успостављен важећим наследноправним прописима у Русији и Србији, спречава могуће кризе које смрт једног лица може проузроковати. Тим прописима, јасно и прецизно, су дефинисани законски наследни редови, однос међу њима и редослед позивања на наслеђе унутар самих наследних редова.[18]

Отварање наслеђа једног лица може проузроковати кризу у правним односима нарочито у односу на његове повериоце. Премда и руски и српски законодавац штите интересе оставиочевих поверилаца, гарантујући солидарну одговорност више наследника за дугове који чине заоставштину, али у вредности наслеђем стечених имовинских добара,[19] у руском праву су они додатно, али на другачији начин заштићени, него у српском праву. То, с једне стране, недвосмислено проистиче из одредбе ГКРФ која говори о праву поверилаца да наслед-

[14] Вид. ГКРФ, чл. 1110 и ЗНРС, чл. 212.

[15] Вид. Č. Rajačić, 30−36; Н. Стојановић, 12−13; Р. А. Курбанов *et al.*, 41; М. С. Абраменков, П. В. Чугунов, 90−95; И. Л. Корнеева, 13.

[16] Вид. ГКРФ, чл. 1152, ст. 4.

[17] Вид. ЗНРС, чл. 212.

[18] Види. ГКРФ, чл. 1141−1148 и ЗНРС, чл. 8−21.

[19] Како је Константиновић лепо приметио: „У сукобу интереса оставиочевих поверилаца и његових наследника, ово правило жртвује интересе поверилаца. Вид. М. Константиновић, (1947), 344.

ницима који су прихватили наслеђе поднесу захтев за намирење својих потраживања у границама рокова застарелости, предвиђених за дато потраживање. И пре тренутка прихватања наслеђа наследника који у конкретном случају наслеђује, могуће је да повериоци оставиоца овај захтев истакну у односу на извршиоца завештања, ако је постављен, или у односу на саму заоставштину. У последње наведеној ситуацији, орган који расправља заоставштину, прекинуће поступак до момента прихватања наслеђа наследника који *in concreto* наслеђује.[20] [21] С друге стране, интереси повериоца оставиоца штите се установом стечаја над заоставштином оставиоца.[22] Српски законодавац, пак, регулисањем *separatio bonorum*, омогућава оставиочевим повериоцима да захтевају одвајање заоставштине од имовине наследника, у року од три месеца од отварања наслеђа,[23] како би лакше намирили своја потраживања и боље заштитили своје економске интресе.[24]

У тренутку отварања наслеђа универзални сукцесор оставиоца стиче не само обавезе које је за живота створио сам оставилац, већ и обавезе које су производ отвореног наслеђа, попут: исплате трошкова сахране, накнаде и награде за рад извршиоца завештања и старатеља заоставштине; надокнаде трошкове пописа и процене заоставштине; намирења нужних наследника, испорукопримаца и корисника налога; исплате трошкова реализације изјаве последње воље; надокнаде трошкове око управљања заоставштином и њеног чувања; исплате трошкове оставинског поступка, пореза на наслеђе, итд. Како би се спречили поремећаји у друштву и несметано наставило одвијање правног саобраћаја, неопходно је извршити те обавезе. Којим редоследом се дугови отвореног наслеђа измирују и какав је однос између тих дугова и оставиочевих дугова? На постављено питање српски законодавац не даје одговор, за разлику од руског законодавца који прописује, да се дугови отвореног наслеђа измирују према следећем редоследу: прво се исплаћују неопходни трошкови предсмртне болести оставиоца и трошкови његове достојне сахране, укључујући и отплату гроб-

[20] Вид. ГКРФ, чл. 1175.

[21] Такође, вид. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате − ОЗРФН, Утв. ВС РФ 11. февраља 1993, N 4462–1. Закључно са изменама и допунама од 14. јула 2022. године. *http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/b6-baa21ca8cde5e53082f905a800a5a3da1042e4/)*, чл. 63.

[22] Вид. Федеральный закон о несостоятельности (банкротстве) – ФЗНРФ, от 26. октября 2002, N 127-ФЗ. Закључно са изменама и допунама од 21. јула 2022. године. *http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/)* чл. 223.1., у вези са ОЗРФН, чл. 63.1.

[23] Вид. ЗНРС, чл. 225−227.

[24] Детаљније о овом институту вид. N. Stojanović, „Separatio Bonorum in Contemporary Law”, *Facta Universitatis, Series Law and Politics* 1/2006, 15−22.

ног места, затим следе трошкови чувања наследства и управљања њиме, па онда, на крају, трошкови у вези са реализацијом изјаве последње воље.[25] Руски законодавац, такође, недвосмислено изражава став о приоритету намирења дугова отвореног наслеђа у односу на оставиочеве дугове.[26]

3. УЛОГА УСТАНОВА НАСЛЕЂИВАЊА У ОЧУВАЊУ ВЕЧИТОСТИ ПРИВАТНЕ СВОЈИНЕ

И руски и српски законодавац низом својих решења испољавају јасну намеру о установи наслеђивања као главном заштитнику вечитости приватне својине.

То се, у првом реду, може видети кроз широко постављен круг субјеката који на основу закона могу наслеђивати одређеног оставиоца.[27] Иако, на први поглед, изгледа да је тај круг нешто уже постављен у руском праву, у односу на српско право, јер ГКРФ нормира само осам законских наследних редова, опет, за разлику од ЗНРС који предвиђа неограничен број законских наследних редова, стање ствари је нешто другачије. Наиме, захваљујући томе да у руском праву законски наследници могу бити сва лица без потребних средстава за живот и неспособна за привређивање које је оставилац издржавао најмање годину дана од отварања наслеђа, следи да је круг законских наследника много шири у Русији, у односу на Србију. Ширини круга законских наследника у руском праву, осим тога, доприноси и укључивање тазбинских сродника − очуха, мађехе и пастарока у круг законских наследника седмог законског наследног реда,[28] што није случај у српском праву.

У правцу очувања вечитости приватне својине свакако иду и одредбе, садржане у ГКРФ и ЗНРС, којима се гарантује слобода завештајних располагања.[29] За разлику од ГКРСФСР из 1922. године, који је дозвољавао ограничену слободу располагања завештањем, јер су за завештајне наследнике могли бити одређени само потенцијални

[25] Вид. ГКРФ, чл. 1174, ст. 1. Такође, вид. ОЗРФН, чл. 69.

[26] Вид. ГКРФ, чл. 1174, ст. 2. О односу оставиочевих дугова и дугова отвореног наслеђа детаљно вид. Н. Стојановић, Наследничка заједница, Правни факултет, Ниш 2009, 95−99.

[27] За руско право вид. ГКРФ, чл. 1142−1148; За српско право вид. ЗНРС, чл. 8−21.

[28] Вид. ГКРФ, чл. 1145, ст. 3. О кругу законских наследника у руском праву детаљно вид. Т. Е. Абова *et al.*, *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей,* ООО Издательство Юрайт, Москва 2004, 36−42; Б. А. Булаевский *et al.*, *Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации,* Части третьей *(постатейный)*, Издательский дом ИНФРА-М, Москва 2007, 93−128.

[29] Вид. ГКРФ, чл. 1111, ст. 1 и ЗНРС, чл. 2.

законски наследници,[30] данас и у руском и у српском праву нема тих ограничења – завештајни наследник може бити било које лице, физичко или правно.[31] Притом, треба имати у виду да је слобода располагања имовином за случај смрти у руском праву много шире постављена, него ли у српском праву, будући да руски законодавац регулише заједничко завештање и уговор о наслеђивању.[32] У прилог озбиљне намере руског законодавца за очување и заштиту приватне својине, путем установе наслеђивања, сведочи и садржина чл. 1120 ГКРФ који омогућава располагање за случај смрти, како имовином која постоји у време састављања изјаве последње воље, тако и оном имовином која се може стећи у будућности.[33]

Како би се очувало и заштитило наслеђе, па у доброј мери и приватна својина, и руски и срупски законодавац прописују читав спектар мера у правцу његове заштите и управљања.[34]

4. УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У ЗАШТИТИ ИНТЕРЕСА МАТЕРИЈАЛНО УГРОЖЕНИХ ЛИЦА, ПОВЕЗАНИХ СА ОСТАВИОЦЕМ И ОЧУВАЊУ ЕКОНОМСКЕ ОСНОВЕ ПОРОДИЦЕ ОСТАВИОЦА

У односу на ГКРФ, важећи ЗНРС предвиђа решења о повећању или смањењењу наследних делова наследника првог и другог законског наследног реда, уважавајући имовинске прилике и потребе појединих наследника, а нарочито: недостатак потребних средстава за живот, (не)способност за привређивање, вредност заоставштине и дужину трајања заједнице живота између надживелог супружника и оставиоца.[35] На тај начин, практично, српски законодавац исказује „велику моћ повијања за потребама живота”,[36] и тежи не само формално, већ и фактички да доведе у равноправан положај лица која у конкретном случају наслеђују.[37]

[30] Вид. ГКРСФСР, чл. 422.

[31] Вид. ГКРФ, чл. 1119 и чл. 1121, ЗНРС, чл. 3, ст. 3 и чл. 114.

[32] Вид. ГКРФ, чл. 1118, ст. 4 и чл. 1140.1.

[33] Упор. ГКРФ, чл. 1120 са ЗНРС, чл. 114, ст. 2.

[34] Вид. ГКРФ, чл. 1171−1173, Закон о ванпарничном поступку Републике Србије − ЗВПРС, *Службени гласник СРС*, бр. 25/1982, 48/1988; *Службени гласник РС*, бр. 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон), чл. 96−104, 114 и 124−125.

[35] Вид. ЗНРС, чл. 9, ст. 3, чл. 23, ст. 3 и чл. 32.

[36] Вид. М. Курдулија, „Како приступити уређењу друштвених односа који се тичу наслеђивања“, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972, 808.

[37] Вид. Н. Стојановић, 2011, 16.

Нема сумње да су наведена решења у служби друштвено праведније поделе наслеђа, али и заштите интереса материјално угрожених наследника, у ситуацији када затаји оставиочева последња воља о нивелисању разлика између наследника.[38] Оно што се може сматрати недостатком ових решења јесте да се њихов механизам углавном покреће са циљем изједначавања у наслеђивању супружника са осталим наследницима који у конкретном случају наслеђују, или обрнуто, а не ради „поравнавања” наследноправне позиције сродника као наследника.[39] То даље значи, да, ма колико браћа и сестре оставиоца, остали побочни сродници и други преци, осим његових родитеља, били у лошој финансијској ситуацији, они неће имати право, под условом да су позвани на наслеђе, да захтевају повећање свог наследног дела, јер сам законодавац тако нешто не предвиђа. Да је социјална улога установе наслеђивања у овом домену „крња”, у прилог говори и немогућност супружника, као наследника првог законског наследног реда, да затражи повећање свог наследног дела у односу на потомке оставиоца који у конкретном случају наслеђују, уколико му је материјална егзистенција угрожена.[40]

Непостојање оваквих решења у ГКРФ ни у ком случају не значи одсуство слуха руског законодавца за заштиту субјеката неспособних за привређивање који су са оставиоцем били повезани сродничким односима и издржавани од њега најмање годину дана пре отварања наслеђа, или особа неспособних за привређивање, које са оставиоцем нису биле повезане сродничким везама, али су живеле са њим и притом их је он годину дана пре отварања свог наслеђа издржавао.[41] Споменута лица имају право, да конкуришу за наслеђе, заједно са оним наследницима, који су оставиоцу најближи.[42] [43] Српски законодавац, нажалост, чињеници већ датог издржавања од стране оставио-

[38] У том правцу вид. М. Курдулија, 814.

[39] Слично запажање вид. М. Ступар, „Социјална функција наслеђивања и његово правно регулисање”, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1955, 386−387.

[40] На то је већ раније указано у правној литератури. Вид. Н. Стојановић, „Крвни сродници оставиоца као могући наследници првог законског наследног реда”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Милорад Рочкомановић), XXXVIII–XXXIX/1998–1999, 60−62.

[41] Идеја да се, приликом поделе заоставштине, треба уважити и чињеница издржавања одређених лица од стране оставиоца, била је уграђена у Тезе за предпројекат Закона о наслеђивању, али нажалост није уважена у савезном Закону о наслеђивању (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/1955; *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/1965 и 42/1965), а ни касније, у српском Закону о наслеђивању из 1974. године (*Службени гласник СРС,* бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988), па и сада важећем ЗНРС. Вид. Тезу бр. 3, 316.

[42] Вид. ГКРФ, чл. 1148.

[43] О домашају ових законских решења видети детаљније код: Т. Е. Абова *et al.,* 43; Б. А. Булаевский *et al.,* 101–102 и 120–121.

ца другом лицу не придаје значај у конструкцији законског наслеђивања. Иста је ситуација, уколико је оставиоцу неко давао издржавање. Ово посебно може бити неправично у случају тазбинских сродника – очуха и мађехе, с једне стране, и пасторка, с друге стране. Они су, према одредбама Породичног закона Републике Србије, дужни, уз испуњење потребних услова, једни друге издржавати, [44] али се зато не могу ни једнострано, ни узајамно наслеђивати.[45]

Чињеница је да у руском праву потомство, супружник и родитељи оставиоца немају могућност да захтевају повећање свог наследног дела, као у српском праву. Чињеница је и то да је широк круг субјеката који би могли заједно са њима да учествују у подели заоставштине, јер су материјално угрожени, наравно, под условом да испуне све потребне услове. И једне и друге субјекте руски законодавац додатно узима у заштиту одредбама о нужном делу.

Нужни део у руском праву, иако је наследноправне природе,[46] постоји искључиво у функцији издржавања одређеног круга наследника и самим тим обезбеђивања њихове егзистенције. Наиме, према слову ГКРФ,[47] нужним наследницима сматрају се малолетна или пунолетна, али за привређивање неспособна деца оставиоца, његов супружник и родитељи, такође, неспособни за привређивање, као и сви други законски наследници наведени у чл. 1148, ст. 1 и 2 овог Законика.[48] Све нужне наследнике руски законодавац додатно штити, јер према Федералном закону Руске Федрације о несолвентности (стечају), код стечаја на имовини, односно заоставштини, у стечајну масу оставиоца никако не улази његов стамбени простор у коме је нужни наследник живео, а те просторије су једине погодне за његово стално становање.[49] У српском праву само донекле се узимају у обзир интереси материјално угрожених наследника којима су потребна средства из заоставштине оставиоца, будући да сви његови потомци,

[44] Породични закон Републике Србије − ПЗРС (*Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. Закон и 6/2015), чл. 159.

[45] Детаљно о томе, вид. Н. Стојановић, „Осврт на поједина решења садржана у Породичном закону и Закону о наслеђивању Републике Србије”, *Зборник радова „Новине у породичном законодавству”* (ур. Гордана Станковић), Правни факултет, Ниш 2006, 7–22.

[46] Вид. ГКРФ, чл. 1149, ст. 1.

[47] Вид. ГКРФ, чл. 1149, ст. 1.

[48] Слично решење било је заступљено у Тезама за предпројеката Закона о наслеђивању. Вид. Тезу бр. 9, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1947, 317.

О кругу нужних наследника у руском праву, детаљно вид. В. О. Гаврилов, *Комментарий к разделу V части III ГК РФ, Наследственное право,* Издательский дом Питер, Санкт Петербург 2003, 107−110.

[49] Вид. ФЗНРФ, чл. 223.1.

супружник и родитељи, нужни део, уколико су, према правилима редовног законског наслеђивања, позвани на наслеђе, добијају без икаквог додатног условљавања. Насупрот томе, чињенице: недостатка нужних средстава за живот и трајне неспособности за привређивање су од пресудног утицаја за стицање нужног дела браће и сестара, усвојиоца из непотпуног усвојења и осталих предака оставиоца, изузев родитеља.[50] [51] Ко год да је у положају нужног наследника, његово потраживање не спада у ранг приоритетних потраживања, према Закону о извршењу и обезбеђењу Републике Србије.[52]

5. УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У ЗАШТИТИ НЕСВОЈЕВЛАСНИХ ЛИЦА

У којој мери установа наслеђивања остварује своју социјалну функцију, служећи интересима несвојевласних лица, у доброј мери показују важећи прописи у Руској Федерацији и Републици Србији.

Како ГКРФ, тако и ЗНРС максимално уважавају наследноправне интересе детета, зачетог до тренутка отварања наслеђа, под условом да се насцитурус жив роди након делације.[53]

За разлику од ГЗРФ који у одредбама које уређују наследноправне односе штити интересе малолетних, потпуно пословно неспособних или делимично пословно способних наследника, допуштајући њиховом старатељу одрицање од наслеђа само уз претходну дозволу органа старатељства,[54] ЗНРС нема такву одредбу, али је заштита интереса ових лица несумњиво садржана у актуелним породичноправним прописима.[55]

У прилог заштити интереса несвојевласних лица свакако говоре и одредбе ГКРФ које ограничавају деобу наследства за време док се зачетак, као могући наследник не роди,[56] као и решење да орган старатељства мора бити обавештен о сваком споразуму о деоби наследства и сваком поступку деобе наслеђених добара, уколико су уговорне стране таквог споразума, односно учесници таквог поступка малолет-

[50] Вид. ЗНРС, чл. 39.

[51] О кругу нужних наследника у српском праву, ближе вид. О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању,* НОМОС, Београд 1996, 210−215.

[52] Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, чл. 199, ст. 1 и чл. 200. Детаљније о томе вид. И. Ђокић, *Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона* (докторска дисертација), Ниш 2020, 312.

[53] Вид. ГКРФ, чл. 1116, ст. 1 и ЗНРС, чл. 3, ст. 2.

[54] Вид. ГКРФ, чл. 1157, ст. 4, у вези са чл. 37, ст. 2.

[55] Вид. ПЗРС, чл. 64, ст. 2, чл. 146, ст. 2, чл. 147, ст. 2 и чл. 193, ст. 3.

[56] Вид. ГКРФ, чл. 1166.

ници, потпуно пословно неспособна лица или делимично пословно способна лица.[57] [58] Слично као и у руском праву, и српски законодавац предвиђа дужност надлежног органа власти да, уважавајући начело посебне заштите неспособних учесника у поступку,[59] увек кад год се у одређеном ванпарничном поступку одучује о правима несвојевласних лица, о томе мора бити обавештен орган старатељства, укључујући и његово позивање на рочишта, достављање поднесака учесника поступка, као и одлука против којих је дозвољен правни лек. За разлику од руског законодавца, домаћи легислатор додељује појачану улогу органу старатељства, јер он може, ако суд сматра да је то потребно, узети учешће у самом поступку, предузимајући све потребне радње да би се заштитили интереси несвојевласних лица.[60]

И приликом саме деобе наследства, руски законодавац инсистира да интереси ових лица морају бити максимално заштићени, јер, према слову Законика, њихов старатељ нема право, да без претходне дозволе органа старатељства, даје сагласност на деобу наследства.[61] Оваквог решења, такође, нема у важећим наследноправним прописима, али би се из одговарајућих породичноправних прописа иста намера српског законодавца могла назрети.[62]

У руском праву, заштита интереса несвојевласних лица уочљива је и приликом предузимања мера заштите наслеђа. На тај закључак посебно упућује решење, садржано у ГКРФ, које омогућава представницима органа старатељства да присуствују попису заоставштине.[63] Осим тога, руски законодавац у Основима законодавства Руске Федерације о нотарима прописује предузимање, од стране нотара, према месту отварања наслеђа, мера за заштиту наслеђа у интересу наследника, испорукопримаца, поверилаца или државе.[64] У српском праву, такође, изузев већ наведене одредбе која говори у прилог појачане заштите несвојевласних лица у свим ванпарничним поступцима у којима се одлучује о њиховим овлашћењима, у оставинском поступку заштита интереса ових лица је видљива у случају реконструкције

[57] Вид. ГКРФ, чл. 1167, ст. 2.

[58] Тиме се овај орган стимулише на активније учешће у процесу деобе наследства, будући да он није дужан да учествује у самој подели наслеђених добара. На неоправданост оваквог решења, већ је указано у руској правној литератури. Вид. Т. Е. Абова *et al.*, 77.

[59] Вид. О. Антић, З. Балиновац, 30−31.

[60] Вид. ЗВПРС, чл. 4. ст. 2−3 и чл. 5.

[61] Вид. ГКРФ, чл. 37, ст. 2.

[62] Вид. Нап. бр. 57 овог рада.

[63] Вид. ГКРФ, чл. 1172, ст. 1.

[64] Вид. ОЗРФН, чл. 64−68.

завештања, јер се захтева сагласност органа старатељства у погледу договора учесника поступка о постојању завештања, његовој садржини, облику и начину на који је нестало или уништено.[65] Осим тога, интереси несвојевласних лица штите се и регулисањем пописа и процене заоставштине, као и привремених мера за њено обезбеђење.[66] У прилог заштите права несвојевланих лица, током спровођења оставинског поступка, такође, иде и правило које не дозвољава да се изврше потребни уписи у катастру непокретности или да се предају оставиочеве покретне ствари које се налазе на чувању код суда, све док завештајни наследник не поднесе доказе о извршењу или бар обезбеђењу обавезе која је њему наложена завештањем, а у корист несвојевласног лица.[67]

6. УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У ДРУШТВЕНО ПРАВЕДНИЈОЈ ПОДЕЛИ НАСЛЕЂА

У односу на српског законодавца који државу сматра последњим и принудним законским наследником, руски законодавац, у ситуацији када оставилац нема сроднике одговарајућег степена сродства и супружника или завештајне наследнике, или они не могу или не желе да наследе такву заоставштину, третира као заоставштину без наследника,[68] омогућавајући држави да ступи у оставиочава права, обавезе, правна стања и правне моћи који су подобни и слободни за наслеђивање.[69]

На том пољу, социјална улога установе наслеђивања посебно долази до изражаја у руском праву. Наиме, руски законодавац, уважавајући принцип друштвено праведније поделе наслеђених добара, прописује да се, у случају заоставштине без наследника, оставичеве непокретности укључују у одговарајући стамбени фонд за друштвену употребу на нивоу одређене општине или града.[70] Српски законодавац не предвиђа такво решење. Штавише, из формулације: „заоставштина коју Република Србија наследи постаје државна имовина”,[71] пре се може извести закључак да заоставштину оставиоца који је умро не оставивши крвне и грађанске сроднике, супружника и завештајне наследнике, у целости преузима држава Србија, а не јединице локалне

[65] Вид. ЗВПРС, чл. 110, ст. 3.
[66] Вид. ЗВПРС, чл. 96, ст. 2 и чл. 102, ст. 1.
[67] Вид. ЗВПРС, чл. 124.
[68] Вид. ЗНРС, чл. 8, ст. 4 и ГКРФ, чл. 1151.
[69] Детаљније о томе вид. Н. Стојановић, 2011, 134.
[70] Вид. ГКРФ, чл. 1151, ст. 2.
[71] Вид. ЗНРС, чл. 21.

самоуправе, а још мање фондови којима се решавају стамбене потребе социјално угрожених грађана.

И поред тога што руски законодавац штити нужне наследнике, он, руководећи се друштвено праведнијом поделом наслеђених добара и имовинским статусом наследника који у конкретном случају наслеђују, допушта могућност умањења величине нужног дела нужном наследнику или његовог потпуног одузимања. Наиме, ради се о томе да нужни наследник може остати, у потпуности или делимично, без нужног дела, уколико су кућа, стан или викенд кућа, као и средства за рад, завештана у корист одређеног завештајног наследника, а он је, за живота оставиоца, већ живео у том стамбеном простору или су му ти предмети служили као главни извор прихода.[72]

Узимајући за полазну основу друштвено праведнију поделу наслеђених добара, руски законодавац, такође, омогућава, уколико се нужни наследник определио за нужни део, уместо да буде корисник наследног фонда оставиоца, да његову величину умањи и „прилагоди” његовим разумним потребама, обавезама према трећим лицима, животном стандарду пре смрти оставиоца и просечним трошковима живота.[73]

Правни механизам деобе наследства исплатом регулишу и руски и српски законодавац, омогућавајући социјално праведнију поделу наслеђених добара и, у исто време, утичући на друштвено корисно понашање наследника који испуњавају услове за реализацију овог вида деобе наследства.[74]

У односу на српског законодавца који деобу наследства исплатом гледа кроз призму заједничког живота или привређивања са оставиоцем, руски законодавац захтева од наследника, да би остварио право на деобу наследства исплатом да на наслеђеном добру – недељивој ствари, има сусвојину, заједно са оставиоцем, а други наследници немају, или барем да је ту недељиву ствар, као саставни део оставинске масе, стално користио до отварања наслеђа, а да то други наследници нису чинили и нису били власници тог наслеђеног добра.

Руски законодавац, слично српском законодавцу, узима у обзир чињеницу заједничког живљења наследника са оставиоцем до тренутка отварања наслеђа, у ситуацији када се ради о стамбеном простору који се не може поделити у натури. Тада, наследник који је живео у заједници са оставиоцем, а нема другу кући или стан, има право првенства у стицању тог стамбеног простора, у односу на остале нас-

[72] Вид. ГКРФ, чл. 1149, ст. 4.
[73] Вид. ГКРФ, чл. 1149, ст. 5.
[74] Вид. ГКРФ, чл. 1168 и ЗНРС, чл. 232.

леднике који нису власници тог стамбеног простора, на име свог наследног дела.[75]

Деобу предмета домаћинства исплатом нормирају и руски и српски законодавац, са извесним разликама. У односу на чл. 535 Грађанског законика Руске Совјетске Федеративне Социјалистичке Републике из 1964. године,[76] који је прописивао да уобичајени предмети домаћинства за свакодневну употребу припадају законском наследнику који је заједно са оставиоцем живео не мање од годину дана до његове смрти, независно од наследног дела и наследног реда коме припада,[77] актуелни ГКРФ овлашћује наследника који је на дан отварања наслеђа живео у заједници са оставиоцем да, приликом поделе наследства, захтева намирење свог наследног дела управо уобичајеним предметима домаћинства за свакодневу употебу.[78] Српски законодавац такву могућност предвиђа само за предмете домаћинства веће вредности који су свакодневно употребљавани.[79] Предмети домаћинства мање вредности, привилегованој категорији законских наследника – супружнику, потомцима и родитељима оставиоца, под условом да су живели у заједничком домаћинству са оставиоцем, припадају мимо наслеђивања и самим тим не могу чинити саставни део заоставштине наследника који у конкретном случају наслеђују.[80] Ова добра служе за обезбеђење егзистенцијалног минимума наведене групе привилегованих законских наследника[81] и побољшању њиховог положаја, у односу на наследнике који у конкретном случају наслеђују, а нису живели у заједничком домаћинству са оставиоцем.[82]

7. УЛОГА УСТАНОВЕ НАСЛЕЂИВАЊА У ФОРМИРАЊУ ДРУШТВЕНО КОРИСНОГ ПОНАШАЊА ПОЈЕДИНАЦА

Премда законски ред наслеђивања у руском праву за основу има систем степена сродства, а у српском праву парентеларно–линеарни

[75] Вид. ГКРФ, чл. 1168, ст. 2.

[76] Вид. Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 года, Ведомости ВС РСФСР, 1964, N° 24, Раздел VII Наследственное право, ст. 527−561, *https://base.garant.ru/-3961097/73f0622c063affa*3967

734c7d10d332a/, 22. октобар 2022.

[77] Детаљније о томе вид. Т. Е. Абова, *et al.,* 78.

[78] Вид. ГКРФ, чл. 1169.

[79] Вид. ЗНРС, чл. 234.

[80] Вид. ЗНРС, чл. 1, ст. 3.

[81] Вид. Н. Стојановић, 2011, 47; И. Ђокић, 243.

[82] Вид. М. Ступар, 385.

систем груписања крвних сродника,[83] они су, генерално узевши, конструисани тако да, поштујући обичаје и традицију поднебља о важности појединих облика веза са оставиоцем, одражава вољу већине будућих оставилаца, подстичући их на тај начин на рад и штедњу, са сазнањем да ће то што су стекли за живота једног дана припасти њима блисим лицима.[84] У исто време, сматра се да се законским наследним редом најправедније расподељује заоставштина међу наследницима одређеног оставиоца.[85]

У односу на српског законодавца који законски наследни ред темељи на крвној вези, грађанском сродству и брачној вези са оставиоцем, руски законодавац има унеколико другачији приступ, јер поред ових правно релевантних чињеница, узима у обзир и тазбинско сродство са оставиоцем, као и то да ли је оставилац, неко лице, неспособно за привређивање, издржавао најмање годину дана пре отварања наслеђа.[86] Уважавање ових правно релевантних чињеница, нема сумње, може имати утицаја на друштвено пожељно понашање појединаца, а сасвим сигурно утиче и на шири круг законских наследника, него што је у српском праву, чиме се у већој мери обезбеђује заштита приватне својине.

Осим законског реда наслеђивања, на друштвено корисно понашање појединаца свакако има утицаја и слобода завештајних располагања, призната, како у руском праву, тако и у српском праву.[87] Та слобода омогућава сваком завештајно способном лицу да максимално уважи (не)квалитетне социјалне везе са другим особама − да награди друштвено пожељно понашање (марљивост, пожртвованост, штетдњу, оданост, и сл.) или санкционише понашање које није у складу са владајућим друштвеним нормама или вољом самог оставиоца (нерад, непоштен живот, противправни поступци, итд.).[88] Притом, треба имати у виду да је слобода завештајних располагања ширег обима у руском праву, у односу на српско право, будући да је супружницима допуштено састављање заједничког завештања.[89] Право појединца да за случај смрти располаже својом имовином у корист одређених лица,

[83] О овим начинима груписања крвних сродника детаљно вид. О. Антић, „Систем групне расподеле сродника као законских наследника”, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1994, 298–309.

[84] Вид. N. Gavella, V. Belaj, 9; Н. Стојановић, 2011, 7.

[85] Вид. М. Ступар, 386.

[86] Вид. ГКРФ, чл. 1142−1148.

[87] Вид. ГКРФ, чл. 1111 и чл. 1118, као и ЗНРС, чл. 2.

[88] Вид. одлуку Савезног уставног суда Немачке (BVerfGE), 91, 346, 358. Наведено према: D. Leipold, *Erbrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, 22.

[89] Вид. ГКРФ, чл. 1118, ст. 4.

руско право омогућава и путем уговора о наслеђивању,[90] чиме се додатно подстиче друштвено корисно понашање, али и штити установа приватне својине.

За разлику од ГКРФ, ЗНРС садржи решење о праву потомака оставиоца на издавајање свог доприноса у повећању вредности заоставштине.[91] Ако занемаримо чињеницу да је ова одредба изгубила свој *ratio legis*, ступањем на правну снагу ПЗРС, она својом садржином, у извесној мери, доприноси социјалној функцији установе наслеђивања, јер утиче на појединца да ствара, без бојазни да ће плод његовог рада и штедње, настао у заједници са оставиоцем, другоме припасти.[92]

8. ЗАКЉУЧАК

Више је него јасно, а то спроведено истраживање и доказује, да установа наслеђивања, као правна творевина, у руском и српском праву има вишеструку социјалну улогу.

Социјална улога установе наслеђивања која се огледа у спречавању поремећаја у друштвеним односима који могу настати смрћу једног лица, више долази до изражаја у руском праву, у односу на српско право, у погледу дефинисања редоследа исплате оставиочевих дугова и дугова отвореног наслеђа, одређивања редоследа у измирењу дугова проистеклих из делације и у погледу нормирања стечаја над заоставштином. У српском праву, ова функција установе наслеђивања више долази до изражаја, у односу на руско право, због могућности примене института *separatio bonorum*.

Премда се установом наслеђивања и у руском и у српском праву штити вечитост приватне својине, у ГКРФ ова функција наслеђивања је више изражена. У прилог томе иде шире постављен круг субјеката који могу бити наследници на основу закона, као и могућност располагања заоставштином, не само на основу завештања, већ и на основу уговора о наслеђивању.

Заштита интереса материјално угрожених лица путем установе наслеђивања, више долази до изражаја у руском праву, будући да су законским наследним редом обухваћена и лица који могу наслеђивати оставиоца, јер их је он издржавао извесно време, али и због тога што

[90] Вид. ГКРФ, чл. 1118, ст. 1 и чл. 1140.1.

[91] Вид. ЗНРС, чл. 1, ст. 4

[92] О праву потомка оставиоца да захтева издвајање свог доприноса из заоставштине, детаљно вид. Н. Стојановић, „Заоставштина и нови Закон о наслеђивању Републике Србије“, *Зборник радова „Грађанска кодификација“*, (ур. Радмила Ковачевић Куштримовић), св. 4, Правни факултет, Ниш 2004, 162−165.

је установа нужног дела искључиво у функцији издржавања одређеног круга законских наследника. У српском праву, интереси материјално угрожених лица, али и економска основа породице, боље се штите установом предмета домаћинства мање вредности. Механизам повећања наследних делова наследника првог и другог законског наследног реда био би делотворнији, да су њиме обухваћени сви законски наследници оставиоца који у конкретном случају наслеђују.

Социјална улога установе наслеђивања која се огледа у заштити несвојевласних лица, готово равномерно је заступљена у руском и српском праву.

Руководећи се друштвено праведнијом поделом наслеђа, руски законодавац, за разлику од српског законодавца, укључује непокретности оставиоца, умрлог без наследника, у стамбени фонд за друштвену употребу. Подела наслеђа у функцији задовољења ширих друштвених интереса долази до изражаја и код умањења или потпуног одузимања нужног дела нужном наследнику у корист наследника одређеног завештањем, коме су завештани стамбени простор, у коме је он за живота оставиоца живео, или средство за рад, које му је служило као главни извор прихода, пре отварања наслеђа оставиоца. Иако код деобе наследства исплатом постоје разлике у нормирању, у руском и српском праву, овим решењима не само да се обезбеђује друштвено праведнија подела наслеђа, већ се и утиче на друштвено корисно понашање појединаца.

Утицај установе наслеђивања на друштвено корисно понашање више је изражен у руском праву, не само због тога што се у конструкцији законског наслеђивања у Руској Федерацији одређени значај даје тазбинском сродству и чињеници издржавања одређеног лица од стране оставиоца, већ и због шире постављене слободе располагања имовином за случај смрти путем заједничког завештања и уговора о наслеђивању.

Функције установе наслеђивања у српском друштвеном миљеу могу бити појачање уколико српски законодавац: ближе уреди редослед измирења оставиочевих дугова и дугова отвореног наслеђа; предвиди механизам повећања наследног дела за све законске наследнике који у конкретном случају наслеђују; чињенице већ датог издржавања од стране оставиоца или издржавања датог оставиоцу, уврсти у правно релевантне чињенице од значаја за законски ред наслеђивања и пропише да се заоставштина умрлог, коју држава треба да наследи, преусмерава за решавање стамбених потреба социјално угрожених грађана.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Абова, Тамара Евгеньевна и др., *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей*, ООО Издательство Юрайт, Москва 2004;
2. Абраменков, Михаил Сергеевич, Чугунов, Петр Валерьевич, *Наследственное право*, ООО Издательство Юрайт, Москва 2019;
3. Антић, Оливер, „Систем групне расподеле сродника као законских наследника”, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1994;
4. Антић, Оливер, Балиновац, Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању,* НОМОС, Београд 1996;
5. Благојевић, Борислав, Антић, Оливер, *Наследно право*, НОМОС, Београд 1991;
6. Булаевский Борис Александрович и др., *Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации*, Части третьей *(постатейный)*, Издательский дом ИНФРА-М, Москва 2007;
7. Gavella, Nikola, Belaj, Vlado, *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008;
8. Гаврилов, Владимир Олегович, *Комментарий к разделу V части III ГК РФ, Наследственное право*, Издательский дом Питер, Санкт Петербург 2003;
9. Ђокић, Ивана, *Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона*, докторска дисертација, Ниш 2020;
10. Engels, Fridrih, *Poreklo porodice privatne svojine i države* (prevod M. Simić), Kultura, Beograd 1967;
11. Корнеева Леонидовна, Инна, *Наследственное право*, ООО Издательство Юрайт, Москва 2019;
12. Константиновић, Михајло, „Опште напомене уз Тезе за предпројекат Закона о наслеђивању”, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1947;
13. Константиновић, Михајло, „Тенеденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање”, *Анали Правног факултета у Београду* 3−4/1982;
14. Курбанов Афатович, Рашад и др., *Наследственное право*, Проспект, Москва 2018;
15. Курдулија, Момчило, „Како приступити уређењу друштвених односа који се тичу наслеђивања”, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972;
16. Leipold, Dieter, *Erbrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002;
17. Rajačić, Časlav, *Teorija nasleđivanja – kao pravne ustanove* (skripta), Zagreb 1956,
18. Стојановић, Наташа, „Крвни сродници оставиоца као могући наследници првог законског наследног реда”, *Зборник радова Правног*

факултета у Нишу (ур. Милорад Рочкомановић), XXXVIII–XXXIX/1998–1999;

19. Стојановић, Наташа, „Заоставштина и нови Закон о наслеђивању Републике Србије”, *Зборник радова „Грађанска кодификација”*, (ур. Радмила Ковачевић Куштримовић), св. 4, Правни факултет, Ниш 2004;
20. Стојановић, Наташа, „Осврт на поједина решења садржана у Породичном закону и Закону о наслеђивању Републике Србије”, *Зборник радова „Новине у породичном законодавству”* (ур. Гордана Станковић), Правни факултет, Ниш 2006;
21. Stojanović, Nataša, „Separatio Bonorum in Contemporary Law”, *Facta Universitatis, Series Law and Politics*, 1/2006;
22. Стојановић, Наташа, *Наследничка заједница,* Правни факултет, Ниш 2009;
23. Стојановић, Наташа, *Наследно право*, Правни факултет, Ниш 2011;
24. Ступар, Михајло, „Социјална функција наслеђивања и његово правно регулисање”, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1955;
25. Тезе за предпројекат Закона о наслеђивању, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1947.

Правни прописи

1. Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 25/1982, 48/1988; *Службени гласник РС*, бр. 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон);
2. Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично, тумачење и 54/2019;
3. Закон о наслеђивању Социјалитичке Републике Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988;
4. Закон о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015;
5. Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/1955; *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/1965 и 42/1965;
6. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Интернет извори

1. Гражданский кодекс РСФСР от 31 октября 1922 года – ГКРСФСР, СУ РСФСР, 1922, N° 71; Известия ВЦИК, N° 256, *http://museumreforms.ru/node/13715*, 22. октобар 2022;
2. Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 года, Ведомости ВС РСФСР, 1964, N° 24, Раздел VII Наследственное право, ст. 527−561,

https://base.garant.ru/3961097/73f0622c063affa3967734c7d10d332a/, 22. октобар 2022;

3. Гражданский кодекс Российской Федерации − ГКРФ, часть первая от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ, часть третья от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ и часть четвертая от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ. Закључно са изменама и допунама од 26. јула 2019. године, *http://www.interlaw.ru/law/docs/10064072,* 2. новембар 2022;
4. Декрет „Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР”, СУ РСФСР. 1922, N° 36, *http://www.consultant.ru//cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=6590,* 12. новембар 2022;
5. Декрет „Об отмене наследования”, СУ РСФСР, 1918, N° 34, *http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/18-04-27.htm,* 12. новембар 2022;
6. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате − ОЗРФН, Утв. ВС РФ 11. февраля 1993, N4462-1. Закључно са изменама и допунама од 14. јула 2022. године, *http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/b6baa21ca8cde5e53082f905a800a5a3da1042e4/,* 14. новембар 2022;
7. Федеральный закон о несостоятельности (банкротстве) – ФЗНРФ, от 26. октября 2002, N 127-ФЗ. Закључно са изменама и допунама од 21. јула 2022. године, *http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/,* 14. новембар 2022.

Full Professor Nataša Stojanović, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

SOCIAL ROLE OF THE INSTITUTE OF SUCCESSION IN RUSSIAN AND SERBIAN LAW

Summary

In this paper, the author considers the social role of the institute of succession, starting from the solutions contained in the current inheritance law regulations of the Russian Federation and those of the Republic of Serbia. The research has been conducted with the aim of finding some substantiated answers to the following questions: Whose inheritance law regulations, of the Russian or the Serbian legislator, provide a socially fairer distribution of inherited goods and prompt a socially more beneficial behaviour of individuals? Where is the institute of succession, as a legal creation, more in the service of preventing any disruptions in the society that can be brought about by the death of one person and of preserving private property − in Russia or Serbia? Which inheritance law regulations, Russian or Serbian, better protect the economic base of the family and the interests of persons completely or partially incapable of reasoning or those materially deprived who were related to the testator during his life? For the purpose of this paper, the following methods are used: dogmatic, normative, comparative, and historical. In order to achieve a higher level of social well-being, to mitigate to a greater extent the differences in an inheritance law situations of those who inherit in a concrete case, and to protect more completely the interests of materially deprived persons who were either aided by the testator or aided the testator during his life, the author proposes some adequate amendments to the current inheritance law regulations in the Republic of Serbia that would be moving in the direction of an increased social role of the institute of succession as a legal creation.

Key words: *Social role of the institute of succession; Russian Law; Serbian Law*.

UDK/UDC 004.738.5:342.726-053.2
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. sc. Maja Čolaković

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Prof. dr. sc. Marko Bevanda

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

PRAVNA ZAŠTITA DJECE U DIGITALNOM OKRUŽENJU: DJECA INFLUENSERI (*KIDFLUENCERS*)

Budući da izvrsno vladaju savremenim telekomunikacijskim sredstvima i tehnologijama, nove generacije – djeca digitalnog doba – sve su češći učesnici u elektroničkom pravnom prometu. Ne pojavljuju se samo kao potrošači, već i pružatelji usluga. Kreirajući medijski sadržaj na društvenim mrežama, pojedini od njih postali su globalno poznate i utjecajne osobe – influenseri (kidfluencers), koje svojim pratiteljima plasiraju tuđe proizvode i usluge, pritom ostvarujući impresivno veliki profit. U tu kategoriju ulaze i djeca predškolske i rane školske dobi, uvedena u virtualni svijet posredstvom njihovih roditelja.

Fenomen djece influensera otvara brojna pravna pitanja i ukazuje na realnu opasnost zloupotrebe dječjih prava. Ovaj rad fokusiran je na dva.

Prvo je pitanje dječjeg rada, odnosno iskorištavanje djece u najranijoj životnoj dobi koju čine njihovi roditelji radi ostvarenja profita, te istovremeno iskorištavanje djece od kompanija koje putem dječjih sadržaja na internetu oglašavaju proizvode i usluge, ne poštujući uvijek dosljedno marketinška pravila.

Drugo važno pitanje je zaštita prava djece influensera na privatnost i slobodu izražavanja, mišljenja i informacija. Fenomen sharentinga, roditeljskog dijeljenja raznovrsnih informacija o njihovoj djeci na društvenim mrežama, kojim se zadire u djetetovu privatnost, lične podatke i informacijsko samoodređenje, pokazuje sve više negativnih posljedica. Kada roditelji to čine u profitabilnom cilju, onda takve radnje imaju posebnu težinu.

Maja Čolaković, *maja.colakovic@unmo.ba*.
Marko Bevanda, *marko.bevanda@pf.sum.ba*.

Prema predviđanjima stručnjaka, ovaj segment influenserske industrije još snažnije će rasti. Stoga je potrebno hitno normativno djelovanje, kako bi bila eliminirana opasnost od ugrožavanja prava djece u digitalnom okruženju, posebno djece influensera. Aktivnosti koje su već poduzete na internacionalnom planu i u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima pokazuju da je ova opasnost vrlo ozbiljno shvaćena.

Ključne riječi: Internet; Dječji rad; Sharenting; Privatnost; Lični podaci.

1. UVOD

U savremenom društvu informacijske i komunikacijske tehnologije predstavljaju vrlo važan alat u životu djeteta jer oblikuju njegov razvoj i odrastanje na niz načina. One mu osiguravaju različite beneficije, poput učenja, zabave, informiranja i komuniciranja s okolinom i omogućuju uživanje ljudskih prava, kao što su pravo na obrazovanje, sloboda izražavanja itd. U isto vrijeme, upotreba tih tehnologija povezana je s različitim rizicima za djetetovo tjelesno i mentalno zdravlje i sigurnost te ukazuje na realnu opasnost od zloupotrebe dječjih prava.[1] To je jako dobro vidljivo na primjeru djece influensera.[2]

Danas je influenser marketing jedna od najbrže rastućih grana korporativne industrije, koja je u 2022. vrijedila više od 13 milijardi $.[3] Kad su u pitanju djeca, istraživanje pokazuje da 70% njih više vjeruje influenserima u odnosu na „tradicionalne“ zvijezde, a dobar dio djece smatra da ih njihov omiljeni influenser razumije bolje od njihovih stvarnih prijatelja.[4]

[1] M. B. Nawaila, U. M. Kani, S. Kanbul, “Digital Children Right; Human Right Perspective“, u: *Human Rights in the Contemporary World* (ed. T. Corrigan), Dublin 2022, DOI: 10.5772/intechopen87332.

[2] Pojam influenser (*influencer*) uvršten je u Merriam-Webster rječnik 2019. i objašnjen kao „osoba sposobna izazvati zanimanje javnosti u određenoj oblasti (kao što su potrošački proizvodi), objavljujući o tome informacije i sadržaje na društvenim mrežama“. Sudeći prema podacima ankete, 54% ispitanika u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) u dobi 13-28 godina postali bi influenseri da im se ukaže prilika, dok je njih 86% voljno objavljivati sponzorirani sadržaj za novčanu naknadu. Vid. detaljnije: M. A. Masterson, “When Play Becomes Work: Child Labor Laws in the Era of „Kidfluencers““, *University of Pennsylvania Law Review* 2/2021, 583.

[3] N. McGinnis, “They’re Just Playing”: Why Child Social Media Stars Need Enhance“, *Missouri Law Review* 1/2022, 248.

[4] Vid. detaljnije: Digital Marketing Institute, 20 Surprising Influencer Marketing Statistics, *https://digitalmarketinginstitute.com/blog/20-influencer-marketing-statistics-that-will-surprise-you*, 10. januar 2023.

Djeca influenseri (*kidfluencers*) čine posebnu grupu influensera i predstavljaju relativno nov digitalni fenomen.[5] Ovaj pojam odnosi se na korisnike interneta mlađe od šesnaest godina koji kreiraju sadržaje na društvenim mrežama i platformama poput Youtubea, Tik-Toka, Instagrama itd. Oni imaju veliki broj pratitelja kojima reklamiraju tuđe proizvode i usluge i sposobni su utjecati na njihove odluke u pogledu kupovine odjeće i obuće, igračaka, video-igara, odabira TV serija i muzike na internetskim servisima itd. Što imaju više pratitelja, to imaju i veću zaradu, bolje sponzorske ugovore i druge izvore prohoda. Zanimljivo je da među tom djecom ima djece sasvim malog uzrasta, od jedne godine života do predškolske i rane školske dobi. Neki od njih postali su globalne zvijezde, a zbog ostvarenog profita dospjeli su i na Forbesovu listu najbolje plaćenih Youtubera.[6]

Među brojnim pravnim pitanjima koja izaziva fenomen djece influensera posebno se izdvajaju dva i na njih će ovaj rad biti fokusiran.

Prvo je pitanje dječjeg rada, odnosno zaštite djece od ekonomskog iskorištavanja i pretjeranog ili štetnog rada. Djeca influenseri rade u kućnim uvjetima i to čime se oni bave načelno se ne smatra radom (poslom),[7] već zabavom. Oni te aktivnosti većinom provode pod nadzorom svojih roditelja ili uz njihovu pomoć, bez ograničenja broja „radnih“ sati koje provode u kreiranju sadržaja za svoje profile i drugim aktivnostima vezanim za funkcioniranje influenser marketinga. Što više sadržaja kreiraju i objave, potencijalno će više zaraditi.[8] Budući da su maloljetni, zarada koju ostvaruju, a koja je u velikom broju slučajeva izuzetno visoka, predstavlja osnovni izvor egzistencije za cijelu porodicu. Njome upravljaju i raspolažu roditelji, pa se postavlja pitanje eventualne eksploatacije djece i zanemarivanja njihovih prava.

Osim od roditelja, upitna je i svojevrsna zloupotreba djece influensera od kompanija koje na dječjim internetskim profilima reklamiraju svoje proizvode i usluge, pri čemu nisu uvijek potpuno revnosni u poštovanju pravila marketinga.

---

[5] „Djeca su novi društveni influenseri... Oni odrastaju i postaju manje značajni. Najslađe doba je između dvije i četiri godine, nakon čega više nisu tako dražesna.“, kaže 25-godišnji influenser Ross Smith. Navedeno prema: M. A. Masterson, 583.

[6] Rayn Kaji, dječak koji se na svom kanalu *Ryan ToysReview* bavi recenzijom igračaka, našao se već u sedmoj godini života na prvom mjestu Forbesove liste Youtube zvijezda koje su ostvarile najviše zarade u 365 dana. Njegova zarada od juna 2017. do juna 2018. iznosila je 22 miliona $. Vidjeti: 24 sata, „Dječak (7) zaradio 22 milijuna dolara u samo godinu dana!“, *https://www.24sata.hr/lifestyle/djecak-7-zaradio-22-milijuna-dolara-u-samo-godinu-dana-603069*, 10. januar 2023.

[7] O razgraničenju pojmova dječji rad i dječji posao vid. Infra, poglavlje 2.1.

[8] Primjera radi, na kanalu Rayna Kajia objavljeno je preko 1830 video-zapisa u periodu od pet godina. Vid. M. A. Masterson, 584.

Drugo pitanje odnosi se na zaštitu prava djece influensera na privatnost te njihovog prava na slobodu izražavanja, mišljenja i informacija. Dijeljenje ličnih podataka na društvenim mrežama čini ih javno i globalno dostupnim svima, a ti podaci u pravilu ostaju zapisani *online* dugi vremenski period ili što je još češći slučaj, zauvijek. Objavljivanjem fotografija, video-snimaka i drugih ličnih podataka djeteta na internetu kreira se digitalni otisak (*digital footprint*)[9] koji prati dijete tokom čitavog njegovog života.

Poseban problem u ovom kontekstu predstavlja fenomen *sharentinga,*[10] dijeljenje podataka o vlastitoj djeci na internetu, koje čine njihovi roditelji. Kada to čine bez djetetove saglasnosti, neovlašteno zadiru u njegovu privatnost, lične podatke i informacijsko samoodređenje. U slučajevima djece influensera, roditelji su primarno motivirani stjecanjem profita, što cijelom problemu daje dodatnu težinu.

U nastavku rada ova pitanja biti će analizirana s doktrinarnog i normativnog aspekta, s posebnim osvrtom na odredbe internacionalnih dokumenata kojima se štite prava djeteta te nova zakonodavna rješenja u pojedinim državama.

2. ZABAVA ILI TEŽAK RAD?

2.1. Dječji rad i djeca influenseri

Djeca uživaju posebnu zaštitu na radu. Uvjeti za njihovo zapošljavanje i rad precizno su normirani na internacionalnom planu[11] i u nacionalnim

[9] Digitalni otisak (digitalna tetovaža) predstavlja niz digitalnih aktivnosti i radnji jedne osobe koje je moguće pratiti, a koje ona ostavlja upotrebljavajući internet, kao i sadržaja koji druge osobe objavljuju i dijele s njom *online*. Radi se o svojevrsnim tragovima koje korisnik ostavlja na mreži. Vid. *Digital footprint*, *https://www.techtarget.com-/whatis/definition/digital-footprint,*10. januar 2023.

[10] Pojam *sharenting* spoj je dvije riječi: *share* (dijeliti) i *parent* (roditelj), *parenting* (roditeljstvo). *Sharent,* Macmillan Dictionary, *https://www.macmillandictionary.com/-dictionary/british/sharent,* 10. januar 2023.

[11] Međunarodna organizacija rada (International Labour Organisation – ILO, u nastavku: ILO), specijalizirana agencija Ujedinjenih naroda koja promovira socijalnu pravdu i međunarodno priznata ljudska i radnička prava, usvojila je nekoliko pravnih akata kojima se štite djeca na radu. Najvažniji među njima su: Konvencija br. 6 o noćnom radu mladih osoba u industriji iz 1919, Konvencija o najnižoj dobi za zapošljavanje iz 1973. i Konvencija broj 182 o zabrani i trenutnim djelovanjima za ukidanje najgorih oblika dječjeg rada iz 1999. Osim ovih, na zaštitu prava djece na radu odnose se i odredbe Konvencije o pravima djeteta iz 1989. (u nastavku: KPD), te njenih fakultativnih protokola: Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta u pogledu uključivanja djece u oružane sukobe i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji. KPD obavezuje države ugovornice da radi sprečavanja ekonomskog iskorištavanja djeteta i obavljanja poslova koji se mogu štetno

zakonodavstvima, kako bi se što je moguće više spriječila njihova ekonomska eksploatacija te negativan utjecaj na njihov tjelesni, psihički, socijalni i moralni napredak. Ipak, dječji rad u svijetu još uvijek je vrlo rasprostranjen i predstavlja trajni problem.[12]

Ne postoji ustaljena i jedinstvena definicija dječjeg rada, jer se taj pojam određuje prema dobi djeteta, vrsti i satima rada, uvjetima pod kojima se obavlja i ciljevima koje pojedine zemlje teže. Definicija se razlikuje od zemlje do zemlje, ali se generalno može reći da je dječji rad onaj rad koji djeci oduzima djetinjstvo, njihov potencijal i dostojanstvo, te šteti fizičkom i mentalnom razvoju. Pod njim se misli na rad koji je psihički, fizički, društveno ili moralno opasan i štetan za djecu; i / ili ometa njihovo školovanje: uskraćujući im mogućnost da se školuju; obavezujući ih da prerano napuste školu; ili tražeći od njih da pokušaju kombinirati vršenje školskih aktivnosti s pretjerano dugim i teškim radom.[13]

U literaturi se mogu naći rasprave o potrebi razgraničenja pojmova dječjeg rada i dječjeg posla. Shodno stavu pojedinih autora, dječji posao obuhvata aktivnosti kojima se djeca usmjeravaju na integriranje u porodicu i društvo, dok je dječji rad posljedica osiromašenja djeteta i porodice, priti-

---

odraziti na njegov razvoj propišu minimalne godine za zaposlenje djeteta, radno vrijeme i uvjete rada, kao i sankcije za kršenje ovih propisa (čl. 32). Odredbe slične ovima nalaze se i u Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (čl. 10, st. 3), te Evropskoj socijalnoj povelji (čl. 7). I Povelja Evropske unije o temeljnim pravima (2007/C 303/01, OJ C 303, 14.12.2007, p. 1–16, u nastavku: Povelja EU-a) sadrži odredbu kojom je propisana zabrana rada djece i zaštita mladih na radu. Države su obavezane na propisivanje minimalne životne dobi za zapošljavanje, koja ne smije biti niža od najniže dobi pri završetku obaveznog školovanja. Osim toga, države moraju osigurati mladim osobama primljenim na posao radne uvjete prilagođene njihovoj dobi i zaštitu od ekonomskog izrabljivanja ili rada koji bi im mogao ugroziti sigurnost, zdravlje, psihički, duhovni, moralni ili društveni razvoj te njihovo obrazovanje (čl. 32).

[12] Uzrok dječjeg rada najčešće je siromaštvo, kada porodica zapadne u financijske probleme uslijed rata, iznenadne nesposobnosti ili gubitka posla odraslog člana porodice koji ju je do tada izdržavao. Nedavne globalne procjene pokazuju da je tokom 2020. širom svijeta radilo 160 miliona djece – 63 miliona djevojčica i 97 miliona dječaka, što čini skoro 1 od 10 cjelokupne dječje populacije u svijetu. 79 miliona djece, odnosno gotovo polovina njih zaposlenih, bili su uključeni u opasne poslove koji direktno ugrožavaju njihovo zdravlje, sigurnost i moralni razvoj, a za to su bili i izuzetno loše plaćeni. Dječiji rad postoji kako u zemljama u razvoju, tako i u bogatim zemljama, poput Velike Britanije i SAD-a. Vid. detaljnije podatke o dječjem radu: ILO and UNICEF, Child labour, global estimates 2020, trends and the road forward, New York, 2021, 8, na: *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_797515.pdf,* 10. januar 2023; F. Z. Arat, “Analyzing Child Labor as a Human Rights Issue: Its Causes, Aggravating Policies, and Alternative Proposals“, *Human Rights Quarterly* 1/2002, 177–204.

[13] Definicija koju je dala ILO: What is child labour, *https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--en/index.htm*, 10. januar 2023.

saka tržišta i ignoriranja dječjih prava.[14] Osim ovih, autori određuju i pojam „lagani posao“. Pod njim se podrazumijevaju lakši poslovi za djecu između 13 i 15 godina koji nisu štetni za njihovo zdravlje i razvoj te redovno obrazovanje. Njih odobrava nadležni državni organ i načelno ne bi trebali trajati duže od dva sata dnevno.[15]

Na temelju navedenih definicija dolazi se do zaključka, a takav je stav i ILO-a, da se ne može svaki rad, odnosno posao koji obavljaju djeca, smatrati negativnim.[16] Nema sumnje da učestvovanje djece starije od minimalne dobi za zapošljavanje u obavljanju poslova koji ne ugrožavaju njihovo zdravlje, razvoj ili redovno školovanje, vrlo pozitivno utječe na njihovo formiranje kao budućih produktivnih i samosvjesnih članova porodice i društva te pridonosi dobrobiti njihovih porodica.[17]

Za razliku od djece glumaca i zabavljača, čiji rad je u pojedinim zemljama uređen posebnim propisima,[18] rad djece influensera, generalno govoreći, za sada nije pravno reguliran. Aktivnosti kojima se oni bave još uvijek se ne tretiraju kao rad, već igra i zabava, usprkos tome što provode veliki broj sati dnevno pripremajući i snimajući fotografije, video-snimke i druge sadržaje za svoje profile na *online* platformama i društvenim mrežama i od tih aktivnosti ostvaruju zaradu.

Kao i svi drugi influenseri, i djeca influenseri putem svojih profila mogu ostvariti zaradu na brojne načine.[19] Jedan od tih je oglašavanje, odnosno naplata reklama koje se pojavljuju uz sadržaje kreirane i plasirane na njihovim profilima. Internetske platforme putem vlastitih programa[20] potiču influensere s velikim brojem pratitelja da objavljuju što više sadržaja na profilima, jer uz te sadržaje platforme ubacuju reklamne banere, video-isječke i fotografije raznovrsnih proizvoda i usluga svojih partnera.

---

[14] J. Otis, E. Mayers Pasztor, E. McFadden, “Child labor: a forgotten focus for child welfare“, *Child welfare*, 80 (5), 2001, navedeno prema: K. Beketić, L. Brcković, I. Leko, „Dječje siromaštvo i dječji rad“, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Studijski centar socijalnog rada, Zagreb 2021, 5–6.

[15] *Ibid*.

[16] U nastavku rada pojmovi rad i posao djece influensera bit će korišteni kao sinonimi, a posebno će biti riječi o tome je li taj rad / posao u pojedinim slučajevima prekomjeran i štetan za dijete.

[17] *ILO, https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--en/index.htm*, 10. januar 2023.

[18] Infra, poglavlje 2.2.

[19] Svi vidovi ostvarenja zarade objavljivanjem sadržaja na internetskoj platformi / profilu na društvenoj mreži ili dodavanjem mjesta za oglašavanje u sklopu te platforme / profila nazivaju se „monetizacija“ profila.

[20] Takvi su, primjera radi, Google AdSense, TikTok’s Creator Fund, and YouTube’s Partner Program. O ovom programu YouTubea i drugim različitim programima oglašavanja koje je ova platforma dosad razvila vidjeti detaljnije: N. Guzman, “The Children of YouTube: How an Entertainment Industry Goes Around Child Labor Laws“, *Child nad Family Law Journal* 1/2020, 94.

Kada pratitelji kliknu na poveznicu s reklamom, vlasnik stranice zarađuje novac, odnosno influenseri dobivaju postotak prihoda koje je platforma ostvarila na temelju prometa njihovih pratitelja.

Drugi način na koji djeca influenseri stječu zaradu je objavljivanje sponzoriranih sadržaja (slike, tekstovi, grafike ili video klipovi) na profilima, kojima reklamiraju različite proizvode ili usluge. Angažiraju ih proizvođači / pružatelji tih proizvoda i usluga, odnosno marketinške kompanije, pa se djeca influenseri pojavljuju kao njihovi svojevrsni glasnogovornici.[21]

Sličan način ostvarenja prihoda je dobivanje naknade za preporuku za određeni proizvod ili uslugu uz postavljanje direktnog linka za njegovu *online* kupovinu. Za svaki pojedinačni proizvod / uslugu nabavljen preko postavljenog linka influenser dobiva određeni iznos novca.[22]

Osim novca od oglašavanja i preporuka, djeca influenseri stječu i druge materijalne koristi u vidu različitih proizvoda i usluga (odjeća i obuća, igračke, informatička oprema, mobiteli, oprema za snimanje, vaučeri za putovanja, itd.), koje im besplatno daju njihovi poslovni partneri čije proizvode i usluge reklamiraju.

2.2. Poslovni odnos – djeca influenseri i kompanije

Za poslovni odnos između marketinških kompanija tj. sponzora i djece influensera vezano je nekoliko problema. Jedan se tiče uvjeta ugovora o oglašavanju i sponzoriranim objavama. Njih određuje sama kompanija i druga strana ugovornica – osoba koja objavljuje sadržaj na svom profilu na njih ne može mnogo utjecati, a sponzor pritom u svakom trenutku može odustati od ugovora. Takvi ugovori obično sadrže visoko postavljene kriterije i uvjete koji se traže od kreatora sadržaja.[23]

To je posebno problematično u slučajevima kada je strana ugovornica, odnosno kreator sadržaja maloljetna osoba, bilo da ugovor zaključuje sama ili to umjesto nje čine njeni zakonski zastupnici. Većina maloljetnih osoba ne može samostalno zaključiti takve ugovore, jer je poslovno nesposobna

[21] Npr., kompanije poput Mattela, Targeta i Fisher-Pricea koriste djecu influensere s velikim brojem pratitelja kako bi informirali konzumente njihovih proizvoda i usluga – drugu djecu, a posredno i roditelje te druge odrasle osobe, o njihovim novitetima na tržištu. Gledanje na internetu djece koja se igraju najnovijim igračkama ili reklamiraju odjeću i obuću, dječju kozmetiku, hranu, romobile i bicikle, putovanja, itd. snažno utječe na porast potražnje za tim proizvodima i uslugama, što vodi i ka porastu profita za njihove proizvođače / pružatelje.

[22] U pitanju je tzv. *affiliate marketing / affiliate linking* (udruženo povezivanje).

[23] T. Benček, *Monetizacija digitalnih medija*, završni rad, Sveučilište u Zagrebu, Fakultet organizacije i informatike, Varaždin 2020, 19–20, *https://zir.nsk.hr/islandora/object/foi-%3A5900/datastream/PDF/view*, 10. januar 2023.

ili ograničeno poslovno sposobna.[24] Neovisno o tome, na nju se odnose ugovorne odredbe tj. na nju faktički pada obaveza izvršenja svih ili dijela ugovornih obaveza (ovisno o uzrastu, tj. tjelesnim i intelektualnim sposobnostima, maloljetna osoba potpuno sama ili uz pomoć roditelja kreira i postavlja sadržaje na svom profilu), a nju neposredno ili posredno pogađaju i pravne posljedice njihovog neizvršenja.

Marketinške kompanije djecu influensere ne tretiraju kao „zaposlenike“, jer nemaju stvarnu kontrolu nad njihovim radom. Pravna doktrina u SAD-u ukazuje na nekoliko negativnih posljedica takvog tretmana: na ovu djecu ne primjenjuju se pravila o statusu zaposlenih osoba, tako da ne uživaju zaštitu u pogledu uvjeta rada – visine plaća i naknada niti prava na sindikalno udruživanje i zaštitu u skladu s državnim propisima o radu.[25] Osim toga, roditelji koji u ime djece pregovaraju o uvjetima njihovog angažmana, često nisu za to dovoljno educirani, a to čine samostalno, bez podrške odgovarajućih udruženja / sindikata, za razliku od slučajeva roditelja djece angažirane u filmskoj industriji.[26]

Drugi problem vezan za odnos sponzora tj. marketinških kompanija i djece influensera jeste ponašanje kompanija u primjeni pravila etike u marketinškoj komunikaciji usmjerenoj prema djeci. U ovom kontekstu, primarno prema djeci influenserima koje angažiraju za promociju njihovih proizvoda i usluga, a posredno i prema onoj kojoj se preko njih obraćaju kao konzumentima tih proizvoda i usluga.[27] Takva komunikacija trebala bi afirmirati pozitivno društveno ponašanje i stilove života, isključivati oglašavanje proizvoda i usluga koji nisu prikladni djeci te voditi računa o zašti-

[24] Poslovna sposobnost maloljetnih osoba različito je normirana u zakonodavstvima pojedinih zemalja. U normativnom pristupu tom pitanju mogu se prepoznati dva sistema – jedan u kojem se sve maloljetne osobe smatraju poslovno nesposobnim do stjecanja punoljetnosti ili im se sposobnost za samostalno pravno djelovanje priznaje u skladu s prirodom pravnog posla i drugi, u kojem je maloljetnim osobama određene životne dobi (raspon se kreće od 7 do 15 godina), ili određenog stepena sposobnosti za rasuđivanje priznata ograničena poslovna sposobnost, pa određene pravne poslove mogu sklapati samostalno, a druge uz saglasnost zakonskog zastupnika. Vidjeti detaljnije o regulaciji poslovne sposobnosti maloljetnih osoba u savremenom pravu: M. Čolaković, *Maloljetna osoba u građanskom pravu*, Sarajevo 2021, 93–142.

[25] M. A. Masterson, 594.

[26] *Ibid*., 594.

[27] Vid. detaljnije o etičkim standardima i načelima u oglašavanju, posebno u odnosu na ranjive grupe među koju spadaju i djeca: D. Tomičić, *Etičnost oglašavanja u digitalnom marketingu*, diplomski rad, Sveučilište u Zagrebu, Fakultet organizacije i informatike, Varaždin 2019, 46–51, *https://repozitorij.foi.unizg.hr/islandora/object/foi:5400*, 10. januar 2023.

ti ličnih podataka djeteta.[28] U tom smislu glase i smjernice međunarodnih i regionalnih organizacija koje se bave zaštitom dječjih prava.

UNICEF-ove preporuke za odgovoran digitalni marketing i oglašavanje prema djeci ističu da je u marketinškoj komunikaciji u kojoj učestvuju djeca neophodno: ograničavanje tehnika bihevioralnog oglašavanja na stranicama koje posjećuju djeca; pravilno označavanje prikrivenog brendiranog oglašavanja; eliminiranje oglašavanja hrane s mnogo masti, šećera ili soli ili dobno ograničenih proizvoda; jasno označavanje proizvoda koje promoviraju influenseri; staranje o zaštiti ličnih podataka djece i mladih; razvijanje digitalne pismenosti djece i roditelja.[29]

Opći komentar br. 25 o pravima djece u odnosu na digitalno okruženje Odbora za prava djeteta Ujedinjenih nacija iz 2021.[30] dotiče se pitanja ostvarenja prava djeteta u vezi s poslovnim sektorom te komercijalnim oglašavanjem i marketingom. Odbor ističe obavezu država stranaka KPD-a na preduzimanje raznovrsnih mjera u cilju osiguranja usklađenosti poslovnih subjekata s “obavezom sprječavanja da se njihove mreže ili *online* usluge upotrebljavaju na način koji može uzrokovati li pridonijeti povredi ili zloupotrebi prava djece, uključujući njihovo pravo na privatnost i zaštitu, i pružiti djeci, roditeljima i starateljima brzu i djelotvornu pravnu zaštitu.” Od poslovnih subjekata koji utječu na prava djece u odnosu na digitalno okruženje države moraju zahtijevati primjenu regulatornih okvira i kodeksa usklađenih s najvišim standardima etike, privatnosti i sigurnosti u vezi s plasmanom i marketingom proizvoda i usluga.[31] Kad je riječ o komercijalnom marketingu i oglašavanju, Odbor obavezuje države stranke KPD-a da pri reguliranju oglašavanja i marketinga primarno imaju na umu najbolji interes djeteta, ne produbljujući sponzorstvom i plasmanom proizvoda spolne ili rasne stereotipe. Pritom države stranke KPD-a trebaju “zakonom zabraniti profiliranje ili ciljanje djece bilo koje dobi u komercijalne svrhe na temelju digitalnih zapisa njihovih stvarnih ili izvedenih

[28] Vid. detaljnije: Hrvatska udruga društava za tržišno komuniciranje, Kodeks oglašavanja i tržišnog komuniciranja, Zagreb 2020; M. Šmit, *Djeca u okruženju digitalnog marketinga*, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Ekonomski fakultet, doktorska disertacija, Osijek 2020, 57. i dalje.

[29] UNICEF, Hrvatska, Utjecaj digitalnog marketinga na djecu i mlade u Hrvatskoj, *https://www.unicef.org/croatia/mediji/utjecaj-digitalnog-marketinga-na-djecu-i-mlade-u-hrvatskoj*, 10. januar 2023.

[30] General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment, Committee on the Rights of the Child, United Nations, *https://www.ohchr.org/en/-documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation*, 10. januar 2023.

[31] *Ibid*., I., t. 35–39.

značajki, uključujući grupne ili kolektivne podatke, ciljanje pridruživanjem ili profiliranje na temelju sklonosti.”[32]

Slični navodi nalaze se i u Preporuci državama članicama o smjernicama za poštovanje, zaštitu i ostvarenje prava djeteta u digitalnom okruženju iz 2018.[33] Komitet Ministara Vijeća Evrope obavezuje države na poduzimanje mjera kojima će biti osigurana zaštita djece od komercijalne eksploatacije u digitalnom okruženju, uključujući izloženost dobno neprikladnim oblicima oglašavanja i marketinga. To obuhvaća i osiguranje da se komercijalne kompanije neće baviti nepoštenom poslovnom praksom prema djeci, što iziskuje da se njihovo digitalno oglašavanje i marketing prema djeci jasno razlikuju kao takvi. Osim toga, svi relevantni učesnici tog procesa moraju ograničiti obradu ličnih podataka djece u komercijalne svrhe.[34]

I na području Evropske unije brojni pravni akti normiraju zaštitu djece potrošača, svrstavajući ih u kategoriju „ranjivih potrošača“, te reguliraju ograničenje količine, kvaliteta i sadržaja marketinga kojima djeca mogu biti izložena. Pravila se ne odnose samo na „tradicionalne“ medije, već su vremenom proširena i na platforme za razmjenu videa, kao što su YouTube i sl.[35]

Imajući u vidu postojeću praksu marketinga čiji su akteri djeca influenseri, a konzumenti druga djeca, na više primjera može se zaključiti da se ova pravila ne primjenjuju uvijek sasvim ustrajno.

2.3. Djeca influenseri i njihovi roditelji

Kako je već rečeno, djeca influenseri poduzimaju aktivnosti na polju influenser marketinga u okruženju svog doma i porodice. Mali broj njih to

[32] *Ibid*, J., t. 40–42.

[33] Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers to member States on Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment.

[34] Vid. detaljnije: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Luxembourg 2022, 236.

[35] To su, među ostalim, Direktiva o o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu (EU, European Parliament and Council of the European Union (2005), Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No. 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, OJ 2005 L 149/22) i Direktiva o audiovizuelnim medijskim uslugama (EU, European Parliament and Council of the European Union (2018), Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and the Council of 14 November 2018 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive), OJ 2018 L 303).

čini potpuno samostalno, dok većinu u tome prate roditelji. Oni im asistiraju i nadziru ih, jer ova djeca nemaju dovoljno godina, znanja i vještina da bi mogla sama obavljati sve poslove vezane za kreiranje sadržaja na svojim profilima na *online* platformama i društvenim mrežama, kao što nisu sposobna sama niti zaključivati ugovore o poslovnoj saradnji i dalje komunicirati sa sponzorima u njenoj realizaciji.

I za registraciju na platforme i društvene mreže zahtijeva se minimalna životna dob, odnosno saglasnost roditelja,[36] pa je nesporno da su roditelji u najvećem broju slučajeva od početka uključeni u proces razvoja vlastite djece kao influensera. Budući da se među ovom djecom nalaze i djeca mlađeg uzrasta, u predškolskoj i ranoj školskoj dobi, pa čak i bebe (neke i prije rođenja, u fazi zametka),[37] izvjesno je da pojedini roditelji sami lansiraju svoju djecu u virtualni svijet, uključujući ih u svoje influenserske profile[38] ili namjenski kreirajući njihove.

Uvođenje vlastite djece u influenserski posao ili podržavanje njihovog bavljenja time ukazuje na nekoliko mogućih problema u pravnom odnosu između djece i roditelja, odnosno ostvarenju dječjih prava.

Roditelji su obavezni osigurati sve vidove zaštite djeteta nužne za njegovu dobrobit, što uključuje brigu o životu i zdravlju djeteta, odgoj, obrazovanje, zaštitu od svih oblika poroka, delikvencije, nasilja, povreda, zlos-

[36] Većina popularnih društvenih mreža kao minimalnu životnu dob za registraciju korisnika određuje 13 godina, pri čemu ne traži verifikaciju te dobi. Takva pravila imaju Facebook, Instagram i TikTok. Snapchat ima istovjetna pravila, te dodatno određuje da sve osobe mlađe od 18 godina moraju imati saglasnost zakonskog zastupnika za registraciju, ali također ne zahtijeva da ona bude verificirana. Uvjeti registracije na YouTubeu su pomalo konfuzni. U Uvjetima korištenja stoji da sve osobe mlađe od 18 godina moraju imati saglasnost roditelja za bilo kakvu upotrebu YouTubea, čak i samo gledanje video-zapisa. S obzirom na to da YouTube pripada Googleu, za prijavu na YouTube potreban je Google račun, a njegovo kreiranje nije dozvoljeno djeci mlađoj od 16 godina. Shodno tome, oni se ne mogu registrirati na YouTube, ali osnovne funkcije ove platforme, kao što je gledanje video-zapisa, moguće je upražnjavati i bez registracije. Izuzetak od ovog pravila je da roditelji koji već imaju Google račun mogu aktivirati račun s roditeljskom kontrolom, pa ga dijete može koristiti uz njihov nadzor i upravljanje. Za ovakav račun nije predviđena minimalna starosna dob. Od navršene 16. godine YouTube registraciju moguće je izvršiti putem vlastitog Google računa, ali YouTube u Uvjetima korištenja i dalje zahtijeva roditeljski pristanak za registraciju svake osobe između 16. i 18. godine života. Za mlađu djecu, roditelji mogu otvoriti račun na YouTube Kids, a za njega nije određena minimalna dob. Vid. Klicksafe, de, *https://www.klicksafe.de/en/mindestalter*,10. januar 2023.

[37] Vidjeti listu najpopularnijih beba influensera i njihovu zaradu: Baby, The Rise of the Baby Influencer: The Trend-Setting Tots to Watch, *https://www.baby-magazine.co.uk/-baby-influencers-celebrity-babies/*, 10. januar 2023.

[38] Jedan od najboljih načina da dijete postane uspješan kidfluenser jeste da mu je roditelji etablirani influenser. Tako: A. Saragoza, “The Kids Are Alright? The Need for Kidfluencer Protections“, *American University Journal of Gender, Social Policy & The Law* 4/2020, 577.

tavljanja, ekonomske eksploatacije, itd. Pritom je rukovodeći kriterij u poduzimanju svih aktivnosti vezanih za dijete njegov najbolji interes.[39]

Influenserski posao podrazumijeva obavljanje aktivnosti koje za djecu mogu biti čista igra i zabava, ali također i samo izgledati kao igra i zabava, a zapravo biti svakodnevni ozbiljan višesatni rad u kućnom okruženju ili van njega.[40] Takav rad za dijete vrlo često može biti naporan ili dosadan. Ono ga obavlja pod nadzorom i uz asistenciju svojih roditelja, ali bez ograničenja „radnog“ vremena i primjene pravila koja se tiču zaštite djece tokom rada, jer se djeca i roditelji ne nalaze u odnosu djelatnika i poslodavca.[41] Nesumnjivo je da je većina roditelja koja od svoje djece pravi influensere ili ih podupire u tom poslu motivirana najboljim težnjama u pogledu njegove svakovrsne dobrobiti. Ipak, opravdano se zapitati postupaju li roditelji u pojedinim slučajevima, potaknuti koristima koje im to donosi (slava, popularnost, prihodi, itd.), nauštrb tjelesnog i mentalnog zdravlja svog djeteta, odnosno suprotno njegovom najboljem interesu. Primjeri za-

[39] KPD propisuje zaštitu najboljeg interesa djeteta kao primarni kriterij kojeg treba slijediti u svim aktivnostima vezanim za dijete, bez obzira na to ko ih poduzima (čl. 3, st. 1.). U skladu s njom, odredbe takvog sadržaja postoje i u nacionalnim zakonodavstvima. Vid. radi ilustracije, čl. 129, st. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/05, u nastavku: PZFBiH), čl. 8. Porodičnog zakona Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/2023, u nastavku: PZRS) i čl. 112, st. 2. Porodičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 23/07, u nastavku: PZBD).

[40] To, između ostalog, uključuje dugotrajno smišljanje scenarija i pripremanje za snimanje video-klipova te kreiranje drugih sadržaja na profilima, svakodnevna komunikacija s pratiteljima uživo ili putem društvenih mreža, komuniciranje sa sponzorima, itd.

[41] Doktrina opravdano ukazuje na okolnost da roditelji gotovo u cjelosti kontroliraju uvjete u kojima njihova djeca rade producirajući sadržaj za društvene mreže. Vid. N. McGinnis, 263.

bilježeni u praksi SAD-a pokazuju da je opasnost zloupotrebe dječjih prava u slučajevima djece influensera veoma realna.[42]

Osim obaveze roditelja da brinu o ličnim interesima svog djeteta te štite njegov život i zdravlje, roditelji imaju obavezu zaštititi i njegove imovinske interese. Njihova je zakonom propisana dužnost (i pravo) da upravljaju djetetovom imovinom.[43] Monetizacija profila djece influensera i visoke zarade koje ona ostvaruju često predstavlja primarni izvor prihoda za čitavu porodicu. Većina nacionalnih zakonodavstava sadrži pravila prema kojima radno sposobni maloljetnici mogu samostalno raspolagati imovinom stečenom vlastitim radom, uz obavezu doprinosa za vlastito izdržavanje.[44] Ipak, u slučajevima djece influensera, čak i većine radno sposobnih,

[42] Za ilustraciju se mogu navesti dva primjera. Prvi je slučaj influenserice Myke Stauffer, koja je zajedno sa suprugom 2017. usvojila autističnog dječaka Huxleya, porijeklom iz Kine. Tokom čitavog procesa zasnivanja usvojenja redovno su objavljivali novosti o tome na svom kanalu sa 700.000 pratitelja, a potom su monetizirali objave u kojima su plasirali informacije o dječakovom zdravstvenom stanju, video-zapise u kojima se on igra s igračkama sponzora itd. Tri godine nakon usvojenja, par je objavio da smještaju dijete u drugu porodicu jer ono ima problema s ponašanjem. Dječaku nije pripao ni najmanji dio ogromnog iznosa novca koji je bračni par Stauffer zaradio na temelju objavljivanja *online* sadržaja o njemu, jer se njegovo učešće u kreiranju tih sadržaja zakonski ne kvalificira kao rad. Drugi je slučaj porodice Hobson, u kojem je Machelle Hobson, majka sedmero usvojene maloljetne djece optužena 2018. za njihovo zlostavljanje i zanemarivanje tokom mjeseci kreiranja i snimanja sadržaja na YouTube kanalu *Fantastic Adventure*. Prema navodima optužnice, ako nije bila zadovoljna njihovim nastupima na tom kanalu, majka je djecu tukla, izgladnjivala, prskala sprejevima po genitalijama, danima držala zaključanom, itd. Kanal je brojao preko 800.000 pratitelja i 242.000.000 gledatelja, a majka je od njega zaradila oko 300.000 $. Budući da je preminula u toku trajanja krivičnog postupka, pa je postupak obustavljen, njena krivica nije mogla biti dokazana. Ni ova djeca, kao ni Huxley Staufer, nisu ostvarila pravo na učešće u dobiti od YouTube kanala u čiju su realizaciju iskorišteni njihovo vrijeme i talenti. Vid. detaljnije o ovim slučajevima: M. Edwards, “Children Are Making It Big (For Everyone Else): The Need For Child Labor Laws Protecting Child Influencers“, Februar 2023, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4351827,* 10. januar 2023; Un-Adopted YouTubers Myka and James Stauffer shared every step of their parenting journey. Except the last, *https://www.thecut.com/2020/08/youtube-myka-james-stauffer-huxley-adoption.html*, pristupljeno: 10. 1. 2023; M. A. Masterson, 578–579; YouTube mom accused of child abuse died of natural causes, Pinal County Attorney says, *https://www.azcentral.com/story/news/local/pinal/2019/11/13/youtube-mom-machelle-hobson-accused-abusing-kids-died-natural-causes/4184085002/,*10. januar 2023.

[43] Ovakvo pravilo sadrže sva nacionalna zakonodavstva. Vid. radi ilustracije: čl. 92, 97. i 98. Obiteljskog zakona Hrvatske; čl. 382. Građanskog zakonika Francuske; čl. 320. Građanskog zakonika Italije; čl. 154. i 164. Građanskog zakonika Španije; § 158, 164-166. Općeg građanskog zakonika Austrije; čl. 139. PZFBiH, čl. 122. PZBD i čl. 80, st. 1. PZRS.

[44] Ovisno o rješenju u pojedinoj državi, radna sposobnost nastupa u uzrastu od 14 do 16 godina, a maloljetnim osobama priznaje se sposobnost samostalnog raspolaganja ostvarenom zaradom i imovinom stečenom od te zarade. Vid. č. 98, st. 2. i čl. 291, st. 1. Obiteljskog zakona Hrvatske; 164. Građanskog zakonika Španije, § 170 Abs 2 Općeg građanskog zakonika Austrije; čl. 64, st. 3. Porodičnog zakona Srbije; čl. 150. Porodičnog

a svakako onih koji to nisu, roditelji upravljaju i raspolažu prihodima koje je dijete ostvarilo, koristeći ih za njegovo izdržavanje, izdržavanje ostalih članova porodice te druge raznovrsne namjene. Diskutabilno je smiju li to činiti bez ikakvog ograničenja i vodi li to u izvjesnim slučajevima ka zloupotrebi, odnosno je li ovdje riječ o ekonomskoj eksploataciji djece.

Radi sprečavanja takve eksploatacije i ostvarenja bolje zaštite djece influensera, pojedine zemlje već su donijele propise kojima su normirale neke segmente njihovog rada. Tako je Francuska 2020. usvojila Zakon čiji je cilj reguliranje komercijalne eksploatacije slike djece mlađe od 16 godina na *online* platformama.[45] Kako je vidljivo i iz samog naziva, Zakon 2020-1266 odnosi se na djecu mlađu od 16 godina “čija djelatnost potpada pod radni odnos” ili „čija se slika koristi za emitiranje na servisu platforme za razmjenu videa, kada je dijete glavni subjekt“ i kada „trajanje aktivnosti ili prihodi premašuju prag koji je odredio *Conseil d'État*“.[46]

Ovim zakonom dopunjene su postojeće odredbe zakona o radu kojima je uređen radni odnos između poslodavca i djeteta koje se bavi manekenstvom ili zabavnom djelatnošću (glumom, reklamiranjem, itd.). One sada obuhvaćaju i djecu influensere, odnosno „aktivnosti pravljenja audiovizualnih snimaka čija je glavna tema dijete mlađe od 16 godina, s ciljem distribucije tih snimaka radi zarade na *online* platformama“.

Kada se aktivnost djece na *online* platformama smatraju radom, na njih se primjenjuju pravila o dužini radnog vremena i uvjetima rada djece modela, glumaca, itd.[47] Shodno odredbama Zakona 2020-1266, za bavljenje poslom influenser marketinga djeteta mlađeg od 16 godina u svakom pojedinačnom slučaju potrebno je prethodno odobrenje organa uprave. Uz dato odobrenje, organ uprave zakonskim zastupnicima djeteta daje i preporuke koje se odnose na: posljedice bavljenja ovim poslom na privatnost djeteta; njihove finansijske obaveze; raspored, trajanje i sigurnost uvjeta za proizvodnju video-zapisa; rizike, posebno psihološke, povezane s medijskom izloženošću djeteta; omogućavanje redovnog pohađanja škole, odnosno ob-

zakonika Slovenije; čl. 137, st. 3. i čl. 188, st. 3. PZFBiH, čl. 120, st. 3. i čl. 169, st. 3. PZBD i čl. 94. i 237. PZRS.

[45] Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne (1), u nastavku: Zakon 2020-1266. Tekst Zakona na: *https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT-000042439054*, 10. januar 2023.

[46] Vid. detaljnije: Village de la justice, *https://www.village-justice.com/articles/enfants-influenceurs-que-prevoit-loi-octobre-2020,37502.html*, 10. januar 2023.

[47] Zakon sadrži i odredbe o situacijama u kojima aktivnosti djeteta na online platformama ne potpadaju pod radni odnos. U tim situacijama, zakonski zastupnici djeteta obavezni su dati izjavu nadležnom organu uprave ako broj videa, trajanje ili ostvareni prihod premašuju granice utvrđene odlukom *Conseil d'État*. Vid. *Ibid.*

razovanja djeteta.”[48] Ovim mehanizmom nastoji se podići svijesti roditelja o zaštiti prava djece i posljedicama širenja njihove slike na *online* platformama.

U svrhu zaštite prava i interesa djeteta Zakon 2020-1266 obavezuje i drugu stranu, odnosno *online* platforme da informiraju roditelje o njihovim obavezama vezanim za distribuciju slika njihovog djeteta, te da i same poduzmu sve potrebne mjere radi zaštite dostojanstva, tjelesnog i moralnog integriteta i ličnih podataka djeteta. Zaštita djetetovih ličnih podataka dodatno je osigurana i njegovim pravom na „digitalni zaborav“, odnosno pravom djeteta da od *online* platforme zahtijeva uklanjanje emitiranog sadržaja tj. brisanje njegovih ličnih podataka.[49] Za podnošenje takvog zahtjeva nije mu potrebna saglasnost zakonskog zastupnika.

Zakon 2020-1266 normira i pitanje upravljanja i raspolaganja zaradom djece influensera. U skladu s njegovim odredbama, "dio naknade koju dijete prima može biti ostavljen na raspolaganje njegovim zakonskim zastupnicima", a drugi dio, koji je „višak i koji čini štednju, uplaćuje se u fond *Caisse des dépôts et consignations* i njime upravlja ovaj fond dok dijete ne postane punoljetno ili ne bude emancipirano”. Na taj način djeca su zaštićena od moguće roditeljske zloupotrebe imovine koju ostvare ozbiljnim i često vrlo napornim radom.

U Sloveniji se krajem 2022. dogodio prvi slučaj sankcioniranja roditelja zbog „ilegalnog dječjeg rada“. U pitanju je bio rad maloljetnog djeteta influensera, čije je roditelje novčanom kaznom u iznosu 1.500 € sankcioni-

---

[48] *Ibid.*

[49] U pitanju je pravo na brisanje ličnih (osobnih) podataka („pravo na zaborav“), regulirano u čl. 17. Opće uredbe o zaštiti podataka (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) – Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. 4. 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (tekst bitan za EGP), *Službeni list EU-a,* 119, 4. 5. 2016, str. 1-88 (u nastavku: GDPR). Pravo na brisanje ličnih podataka ovlašćuje pojedinca da pod određenim uvjetima ishodi brisanje ličnih podataka koji se odnose na njega bez nepotrebnog odgađanja, ako je ispunjen jedan od decidno navedenih uvjeta: nepostojanje nužnosti podataka u odnosu na svrhu njihovog prikupljanja i obrade; povlačenje saglasnosti osobe čiji se podaci prikupljaju i nedostatak druge pravne osnove za njihovu obradu; ulaganje prigovora na obradu ili nepostojanje legitimnih razloga za obradu; nezakonita obrada ličnih podataka; obaveza brisanja podataka zbog poštovanja pravne obveze iz prava EU-a ili prava države članice; prikupljanje podataka u vezi s ponudom usluga informacijskog društva. Ovom odredbom predviđeni su i izuzeci od obaveze brisanja podataka na zahtjev osobe na koju se odnose, vezani za ostvarivanje prava na slobodu izražavanja i informiranja, postojanje javnog interesa u području javnog zdravlja itd. Detaljnije o ovom pravu djeteta shodno odredbama GDPR-a vidjeti: Infra, poglavlje 3.

rao inspektor za rad jer djetetu nisu pribavili radnu dozvolu. Odredbama slovenačkog radnog zakonodavstva zabranjen je rad djece mlađe od 15 godina, uz strogo propisane izuzetke koji se odnose na učestvovanje u snimanju, pripremi i izvođenju umjetničkih, scenskih i drugih djela iz oblasti kulture, umjetnosti, sporta i reklamne djelatnosti. U tim slučajevima roditelji / zakonski zastupnici su od nadležnog tijela dužni ishoditi dozvolu za rad. Zakonom je također ograničeno radno vrijeme djece mlađe od 15 godina, ovisno o vrsti poslova i razdoblju godine u kojem se obavljaju (laki poslovi za vrijeme školskog raspusta, rad u toku trajanja školske godine, itd.).[50]

U Hrvatskoj još uvijek nije regulirano korištenje fotografija i snimaka djece u oglašavanju na internetu, niti rad djece influensera. Hrvatski Zakon o radu dozvoljava maloljetnim osobama koje pohađaju redovno osnovno obrazovanje, da uz prethodno odobrenje tijela nadležnog za poslove socijalne zaštite uz naknadu učestvuju u snimanju filmova, reklamiranju, izvođenju umjetničkih, scenskih i drugih kulturnih djela te sportskim takmičenjima, pri čemu im ne smije biti ugroženo zdravlje, sigurnost, moral, školovanje ili razvoj. Ukupno razdoblje trajanja rada i aktivnosti mora biti prilagođeno uvjetima za zdrav i siguran razvoj maloljetne osobe i njegovo školovanje. Nadležni organ izdaje odobrenje za takav rad na temelju zahtjeva zakonskog zastupnika maloljetnika.[51] U slučajevima kada djeca u ovakvim aktivnostima učestvuju bez naknade, nije propisan nadzor niti obaveza da se pribavi odobrenje nadležnog tijela.

Hrvatska pravobraniteljica za djecu ukazuje na nedostatak jasnih pravila o učestvovanju djece u takvim aktivnostima, bilo naplatno, bilo besplatno, kao i potrebu da se ovo područje što prije pravno uredi. Posebno problematičnim smatra slučajeve roditelja koji koriste fotografije i videosnimke vlastite djece u digitalnom marketingu, jer oni često, potaknuti brzom zaradom i stjecanjem slave, zanemaruju prava i najbolji interes svoje djece. Nedostatak svijesti o mogućim rizicima za djecu uslijed bavljenja takvim aktivnostima pokazuje i veoma mali broj prijava zbog korištenja djece u reklamnim sadržajima na društvenim mrežama koje je ured pravobraniteljice primio u razdoblju 2019–2023. U tim prijavama uglavnom se

[50] Lola, Roditelji influenseri kažnjeni zbog korištenja dece u promociji proizvoda *https://lolamagazin.com/2022/11/28/slovenija-roditelji-influenseri-kaznjeni-zbog-koristenja-dece-za-promociju*-proizvoda/, 10. januar 2023; 24 sata, *https://www.24sata.hr/-news/inspekcija-kaznila-slovensku-influencericu-s-1500-eura-nije-trazila-dozvolu-za-rad-djeteta-875863*, 10. januar 2023.

[51] Čl. 19a Zakona o radu, *Narodne novine RH*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 15/22, 64/23. pročišćeni tekst).

ukazuje na povredu privatnosti djeteta, a ne i kršenja drugih njegovih prava ili eventualnu ekonomsku eksploataciju.[52]

Ni u SAD-u rad djece influensera nije detaljno zakonski normiran. Savezni zakon o radu[53] iz 1938. zabranjuje dječji rad, odnosno izrabljivanje djece na radu i određuje uvjete pod kojima djeca određenog uzrasta mogu obavljati pojedine poslove, ali je primjena njegovih odredaba još od prve verzije izričito isključenja u odnosu na djecu angažiranu kao glumce ili izvođače u filmovima, pozorištu, radio ili TV emisijama.[54] Izostavljanje ove djece iz saveznog zakona rezultiralo je normiranjem njihovog statusa u zakonima pojedinih saveznih država, što je utjecalo i na različit nivo njihove zaštite. Zakoni pojedinih država uopće ne sadrže odredbe koje se odnose na zapošljavanje djece u filmskoj i industriji zabave.[55]

Doktrina smatra da bi tumačenjem odredaba FLSA-e djeca influenseri nesumnjivo potpala pod isti izuzetak koji se odnosi na djecu glumce, jer im se rad vrednuje jednako – rad djece influensera većinom se ne smatra ugnjetavačkim već onim koji djetetu donosi mnogo više koristi nego štete. Osim toga, ovaj zakon se ne primjenjuje na djecu koju upošljavaju njihovi roditelji, a u slučaju djece influensera upravo to je ključno i diskutabilno.[56]

Pitanje prava djece glumaca da raspolažu zaradom koju su ostvarili profesionalnim bavljenjem ovom aktivnošću u sudskoj praksi SAD-a pokrenuto je i raspravljano davne 1938, kada je Jackie Coogan, nekadašnja dječja zvijezda iz filmova Charlieja Chaplina, tužio svoju majku i očuha – svog bivšeg menadžera, jer su potrošili svu njegovu glumačku zaradu (ondašnjih 3-4.000.000 $), na luksuzne stvari za njih dvoje. Shodno tada važećem zakonodavstvu Kalifornije, roditelji su postajali vlasnici prihoda koje bi radom ostvarilo njihovo maloljetno dijete. Coogan je u parnici uspio ishodovati samo manji dio vlastitog novca, ali je njegov slučaj skrenuo pažnju javnosti i pravne struke na djecu glumce, te urodio donošenjem kalifornijskog Zakona o djeci glumcima 1939. (tzv. *Coogan Act / Coogan Bill*).[57] Njime su obavezani roditelji / staratelj da na djetetovo ime otvore bankovni račun, na koji će njegov poslodavac uplaćivati 15% djetetove

---

[52] Srednja.hr, *https://www.srednja.hr/novosti/influenceri-nerijetko-izlazu-djecu-u-placenim-objavama-na-drustvenim-mrezama-u-hrvatskoj-se-to-uopce-ne-regulira/*

[53] Fair Labor Standards Act (FLSA) of 1938.

[54] Dva su razloga za to. Prvi je da Kongres SAD-a takav rad u vrijeme donošenja FLSA-e nije smatrao izrabljujućim, već radije potencijalom da djeca razviju svoje talente. Drugi razlog je što je maloljetna glumica Shirley Temple u to vrijeme bila vrlo slavna i da je Kongres zabranio djeci mlađoj od 16 godina profesionalno bavljenje glumom, ona ne bi mogla obavljati taj posao. Zbog toga je izostavljanje djece glumaca iz FLSA-e nazvano „zakonom Shirley Temple“. Vid. M. A. Masterson, 586–587.

[55] *Ibid.*, 588.

[56] *Ibid.*

[57] The California Child Actor's Bill of 1939.

plaće dok ono ne navrši 18 godina. Zakon je kasnije dopunjen kako bi imovinska prava i zarada maloljetnih glumaca bila još bolje zaštićena.[58]

Osim finansijske, kalifornijskim zakonodavstvom nastoji se djeci glumcima osigurati i zaštita od psiho-tjelesnog izrabljivanja i zanemarivanja obrazovanja, propisivanjem obaveze pribavljanja radne dozvole, normiranjem maksimalne radne satnice, dužnosti izvođenja školske nastave tokom snimanja, itd.[59] Istovrsne zakone donijelo je još nekoliko saveznih država SAD-a,[60] ali niti u Kaliforniji niti drugdje diljem SAD-a odredbe ovih zakona ne primjenjuju se na djecu koja rade isključivo na društvenim mrežama u digitalnom marketingu.[61] Svojevremena inicijativa u Kaliforniji za uvrštavanjem odredaba kojima će biti uređen položaj djece u industriji društvenih medija i oglašavanju u zakon o radu još uvijek nije urodila plodom.[62]

3. ZAŠTITA PRIVATNOSTI DJECE INFLUENSERA

U Rezoluciji o privatnosti djece na internetu (Strazburška rezolucija), usvojenoj 2008. na 30. Međunarodnoj konferenciji povjerenika za zaštitu podataka i privatnosti,[63] istaknuto je da je pitanje privatnosti djece na internetu specifično iz tri međusobno povezana razloga. Prvo, djeca su podložnija pritiscima u odnosu na odrasle osobe kad je riječ o otkrivanju informacija o sebi, jer su mladi i nedovoljno iskusni. Drugo, kreiranje trajnog digitalnog zapisa može biti štetnije za djecu nego za odrasle, kako zbog njihove nezrelosti, tako i zbog mogućeg negativnog utjecaja sadržaja tog zapisa na njihovu budućnost. Treće, privatnost djece je kontekstualizirana u Konvenciji o pravima djeteta kao jedno od dječjih prava, a države su obavezane da djeci osiguraju njihovo uživanje.[64]

---

[58] M. A. Masterson, 589–590; M. Edwards, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4351827*, 10. januar 2023; N. McGinnis, 258. Usprkos zakonskoj regulaciji, i u novije vrijeme zabilježeni su slučajevi sudskih postupaka u kojima djeca glumci u SAD-u tuže svoje roditelje zbog zloupotrebe novčanih sredstava koja su oni ostvarili svojim glumačkim angažmanom. Vid. detaljnije: A. Saragoza, 580, 582; M. Edwards, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4351827*, 10. januar 2023.

[59] M. A. Masterson, 590.

[60] N. McGinnis, 249, T. Bennett, “Child Entertainers and Their Limited Protections: A Call For an Interstate Compact“, *Child and Family Law Journal* 1/2021, 153.

[61] N. McGinnis, 249, 250, 257.

[62] Vid.detaljnije: M. A. Masterson, 590, 591; N. McGinnis, 259; A. Saragoza, 583.

[63] 30th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Resolution on Children’s Online Privacy, Strasbourg, 17 October 2008.

[64] Vid. detaljnije: V. Steeves, M. Mačėnaitė, “Data protection and children’s online privacy”, u: *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics*, 2023, 358, DOI:10.4337/9781786438515.00025.

Ako je privatnost djece na internetu ocijenjena specifičnim pitanjem još u doba prije pojave i potom buma influenser marketinga i djece influensera, onda je nesporno da je pitanje privatnosti djece influensera posebno specifično i intrigantno. Svakodnevna prisutnost u javnosti ove djece posredstvom društvenih mreža čini njihovu privatnost i lične podatke vrlo ranjivim i podložnim povredama. Snimajući i objavljujući sadržaje za svoje kanale na društvenim mrežama u okruženju vlastitog doma i porodice, samostalno ili uz asistenciju roditelja, djeca influenseri izlažu velike dijelove svog privatnog života najširem krugu ljudi diljem svijeta.

Ona postepeno gube privatnost, njihovi likovi u svijesti javnosti vežu se za različite brendove i proizvode, a uslijed tako intenzivnog korištenja interneta u ranim godinama života, mogućeg *cyber-byllinga* ili negativnih reakcija njihovih pratitelja, prijete im i psihološke tegobe i poremećaji ličnosti.[65] Uz sve to, podaci koje djeca influenseri ili njihovi roditelji plasiraju o njima ostaju trajno pohranjeni *online* i bit će dostupni i nakon što ona odrastu.

U doktrini su prepoznate četiri karakteristike koje zaštitu privatnosti djece na internetu čine naročito izazovnim problemom: trajnost postojanja *online* informacija; vidljivost (potencijalni auditorij); rasprostranjenost (lakoća dijeljenja informacija); mogućnost pretraživanja (mogućnost pronalaska informacija).[66] Upravo se na privatnosti djece influensera ove karakteristike najjasnije manifestiraju.

Pravo djece influensera na privatnost te njihovo pravo na informacijsko samoodređenje neposredno je povezano s fenomenom *sharentinga*. U pitanju je sve raširenija praksa da roditelji (često i drugi bliski srodnici djeteta, poput baka i djedova), objavljuju na profilima na društvenim mrežama fotografije, video-zapise i druge lične podatke svoje djece.[67] Najčešće su motivirani željom da na taj način promoviraju njihove aktivnosti i uspjehe u školi, sportu, umjetnosti, itd., obilježe za njih važne životne događaje, razmijene roditeljska iskustva u njihovom odgoju, itd.[68] Ipak, u sluča-

[65] N. McGinnis, 263–264.

[66] K. Hamming, “A Dangerous Inheritance: A Child’s Digital Identity“, *Seattle U. L. REV*, 43, 2020, 1043-1044, navedeno prema: A. Iskül, K. Joamets, “Child Right To Privacy And Social Media – Personal Information Oversharing Parents“, *Baltic Journal of Law & Politics* 2/2021, 110, *https://content.sciendo.com/view/journals/bjlp/bjlp-overview.xml DOI: 10.2478/bjlp-2021-0012.*

[67] Za prekomjerno ili s aspekta djeteta neprikladno plasiranje njegovih ličnih podataka na internetu smišljen je termin *oversharenting*. Vid. detaljnije: M. Čolaković, „*Sharenting* i privatnost djeteta“, *Zbornik radova Osmi međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, „Porodično pravo u eri globalizacije“*, Mostar 2020, 104– 105.

[68] C. Bessant, “Sharenting: balancing the conflict rights of parents and children“, *Communications Law* 1,/2018, 8; S. B. Steinberg, “Sharenting: Children's privacy in the age of social media“, *Emory Law Journal* 66/2017, 852.

ju djece influensera primaran motiv roditelja je stjecanje profita, što ovaj problem čini veoma delikatnim, naročito imajući u vidu djecu koju su roditelji uključili u svijet digitalnog marketinga još dok su bila u prenatalnoj dobi ili prvim godinama života.

Temeljni problem vezan za *sharenting* ogleda se u tome što roditelji u najvećem broju slučajeva informacije o vlastitom djetetu plasiraju na internet bez njegove saglasnosti, bilo zato što je ono veoma malo i nesposobno da je iskaže, ili zato što ne smatraju potrebnim da je pribave, vjerujući da ta njihova aktivnost ni u kom pogledu neće naškoditi djetetu.[69] Time neovlašteno zadiru u njegovu privatnost, lične podatke i informacijsko samoodređenje.[70]

Djeca uživaju zaštitu privatnosti i ličnih podataka jednako kao i odrasle osobe.[71] Već je spomenuto da KPD sankcionira pravo djeteta na zaštitu privatnog života, te nameće državama potpisnicama pozitivnu obavezu da mu osiguraju efektivno ostvarenje ovog prava.[72] Dužnost svih subjekata je

[69] Premda *sharenting* može imati pozitivan utjecaj na odrastanje i razvoj djeteta, takve aktivnosti mogu prouzročiti i dosta vrlo ozbiljnih, negativnih posljedica. O pozitivnim i negativnim posljedicama *sharentinga* vid. detaljnije M. Čolaković, (2020), 104–106, S. Donovan, “„Sharenting“: The Forgotten Children of the GDPR“, *PHRG, Peace Human Rights Governance*, Vol 4, Issue 1, March 2022, 41-44.

[70] U literaturi se *sharenting* opravdano ocjenjuje kao „ozbiljan upad u ljudska prava djeteta“. Tako S. Donovan, 50.

[71] Na zaštitu privatnosti i ličnih podataka djece primjenjuju se odredbe međunarodnih i regionalnih dokumenata o ljudskim pravima, između ostalih: čl. 12. Opće deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija i čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama Vijeća Evrope; čl. 7. i čl. 8. Povelje EU-a; čl. 15.2. e) iii Konvencije za zaštitu pojedinaca s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka (Konvencija 108+) Vijeća Evrope iz 2018. (modernizirana Konvencija 108); Čl. 3.3. Preporuke Vijeća Ministara državama članicama o smjernicama za poštovanje, zaštitu i ostvarenje prava djeteta u digitalnom okruženju; Deklaracija o potrebi zaštite dječje privatnosti u digitalnom okruženju Odbora ministara Vijeća Evrope iz 2021; Uvodna izjava 38. GDPR-a. Ova prava zaštićena su i u čl. 16(1) Ugovora o funkcioniranju Evropske unije. Osim navedenih dokumenata, i u novoj strategiji Evropske unije za bolji internet za djecu iz 2022, velika pažnja posvećena je pitanju zaštite privatnosti djece pri upotrebi digitalnih proizvoda i usluga (Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Digitalno desetljeće za djecu i mlade: nova Europska strategija za bolji internet za djecu (BIK+) – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital decade for children and youth: the new European strategy for a better internet for kids (BIK+), Bruxelles, 11.5.2022. COM(2022) 212 final).

[72] „1. Niti jedno dijete ne smije biti izloženo proizvoljnom ili nezakonitom miješanju u njegovu privatnost, porodicu, dom ili prepisku, niti nezakonitim napadima na njegovu čast i ugled. 2. Dijete ima pravo na zakonsku zaštitu protiv takvog miješanja ili napada“ (čl. 16. KPD).

da uvažavaju navedeno pravo djeteta. To se, naravno, odnosi i na njegove roditelje, odnosno staratelje, a oni u tome imaju krucijalnu ulogu.[73]

Osim principa zaštite najboljeg interesa djeteta, za ostvarenje prava djeteta na privatnost i zaštitu ličnih podataka ključna je i odredba KPD-a o pravu djeteta na izražavanje mišljenja o svim pitanjima koja se na njega odnose, pri čemu će to mišljenje biti uvaženo u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću.[74]

Ugledajući se na KPD, i Povelja EU-a djeci priznaje pravo na zaštitu i brigu neophodne za njihovu dobrobit te normira zaštitu interesa djeteta kao primarni cilj u svim aktivnostima koje ga se tiču, kao i pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja i obavezu njegovog uvažavanja u svim pitanjima koja se na njega odnose, shodno njegovoj dobi i zrelosti.[75]

Ako se navedeni principi propisani KPD-om i Poveljom EU-a primijene na pitanje iskazivanja saglasnosti djece, odnosno djece influensera na roditeljsku aktivnost *sharentinga*, izvjesno je da bi roditelji trebali tražiti mišljenje i saglasnost djeteta koje je sposobno da se o tome očituje na temelju dostignutog uzrasta i nivoa zrelosti. Kad su u pitanju djeca koja to nisu u stanju, onda bi roditelji trebali pažljivo sagledati i procijeniti sve eventualne posljedice takve aktivnosti u odnosu na svekoliku dobrobit djeteta. Njihovo pravo na dijeljenje informacija o vlastitom djetetu, odnosno odlučivanje o korištenju njegovih ličnih podataka i njihovo pravo na slobodu izražavanja ne smiju nadići djetetovo pravo na informacijsko samoodređenje i njegovu dobrobit.[76]

Da je praksa *sharentinga*, odnosno objavljivanje ličnih podataka djeteta na internetu bez njegove saglasnosti prepoznata kao vrlo ozbiljan problem, pokazuju i zakonodavne aktivnosti koje su u pogledu njenog stavljanja pod kontrolu već poduzele pojedine države. Odličan primjer za to je Francuska. Nakon donošenja zakona o djeci influenserima,[77] nedavno je u

[73] Privatnost je, shodno stavu pojedinih autora, „nužna potreba svakog pojedinca, uključujući i djecu“. Oni s pravom ističu da su zakonodavstvo i pravna literatura precizno prepoznali potrebu djece za zaštitom privatnosti u odnosu na osobe izvan kruga porodice te najvažniju ulogu u njenom ostvarenju dodijelili roditeljima, ali se u praksi još uvijek ignorira potreba djece za zaštitom privatnosti i u odnosu na njihove roditelje. Tako B. Shmueli, A. Blecher-Prigat, “Privacy for children“, *Columbia Human Rights Law Review* 42/2011, 771–793.

[74] Čl. 12. KPD.

[75] Čl. 24. Povelje EU-a.

[76] Takav stav o odnosu između prava roditelja na slobodu izražavanja i prava njihovog djeteta na privatnost zauzimaju i nacionalni sudovi. Vid., radi ilustracije navedenog, odluku norveškog Vehovnog suda u presudi HR-2019-2038-A, (sak nr. 19-074591STR-HRET), 5. november 2019. Presuda je dostupna na: *https://www.domstol.no/globalassets/upload/-hret/avgjorelser/2019/november-2019/hr-2019-2038-a.pdf*, 10. januar 2023.

[77] Supra, poglavlje 2.3.

parlamentarnu proceduru ušao i Prijedlog zakona o zaštiti privatnosti djece na društvenim mrežama, odnosno njihovog prava na sliku (lik).[78] Njime se uređuje pravo djeteta na privatnost u odnosu na pravo roditelja na dijeljenje njegovih slika (ličnih podataka) na internetu, te njihova obaveza da za te aktivnosti pribave saglasnost djeteta u skladu s njegovim uzrastom i stepenom zrelosti. Prijedlogom zakona je predviđena i mogućnost ograničenja roditelja u vršenju roditeljske vlasti ako njihovi interesi dođu u sukob s interesima djeteta u ostvarivanju njegovog prava na sliku.[79]

Plasiranje podataka i informacija o djetetu *online* te stvaranje njegovog digitalnog otiska vodi ka pitanju je li dijete ovlašteno zahtijevati brisanje ličnih podataka, odnosno pripada li mu pravo na brisanje ličnih podataka („pravo na zaborav“), normirano odredbama Konvencije 108+[80] i GDPR.[81]

Oba dokumenta posvećuju posebnu pažnju zaštiti djece kao titulara ličnih podataka.[82] Shodno odredbama GDPR-a, ta posebna zaštita naročito je potrebna u slučajevima korištenja ličnih podataka djece u svrhu marketinga ili stvaranja ličnih ili korisničkih profila te prikupljanje ličnih podataka o djeci prilikom upotrebe usluga koje im se direktno nude. GDPR usto vodi računa da ostvarenje njime normiranih prava bude prilagođeno nivou tjelesne i psihičke zrelosti djeteta. To je najbolje uočljivo u odredbama o različitim uvjetima za davanje saglasnosti za prikupljanje i obradu ličnih podataka kad su u pitanju mlađa i starija djeca.[83, 84]

Tumačenjem čl. 17. GDPR-a može se zaključiti da pravo na brisanje ličnih podataka pripada kako odraslim osobama, tako i djeci, i to neovisno o njihovom uzrastu.[85] Naime, navedenom odredbom nije propisana dobna

[78] Proposition de loi n°758 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants, janvier 2023, na *https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0758_proposition-loi*, 30. januar 2023.

[79] *Ibid.*

[80] Čl. 9.1. e) Konvencije 108+.

[81] Supra, poglavlje 2.3.

[82] O normativnim i praktičnim razlozima za poseban tretman djece u odnosu na odrasle osobe u području zaštite ličnih podataka vidjeti detaljnije: V. Steeves, M. Mačėnaitė, 364.

[83] E. Lievens, V. Verdoodt, “Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Dana Protection Regulation“, *Computer Law&Security Review* 2,/2017, 3. i 10.

[84] Za obradu ličnih podataka djeteta kada mu se direktno nude usluge informatičkog društva potrebna je saglasnost djeteta starijeg od 16 godina. Ako je ono mlađe od te dobi, neophodna je saglasnost njegovog zakonskog zastupnika. Državama članicama ostavljena je mogućnost da u tu svrhu odrede niži uzrast djeteta, ali je najniži uzrast propisan GDPR-om 13 godina (čl. 8. GDPR).

[85] O personalnom polju primjene GDPR-a, odnosno poimanju pojma „dijete“ u GDPR-u vid. detaljnije M. Čolaković, (2020), 111–113.

granica u pogledu subjekata na koje se odnosi, tj. njome nisu isključena djeca kao njegovi titulari.

O značaju prava na brisanje ličnih podataka za djecu kazuje i Uvodna izjava 65. GDPR-a. U njoj se konstatira „posebna bitnost“ ovog prava u slučaju kada je ispitanik dao svoju saglasnost za obradu ličnih podataka „dok je bio dijete i nije bio u potpunosti svjestan rizika obrade“, a kasnije ih želi ukloniti, posebno kada su plasirani na internetu. Na njegovu važnost za postepeno sazrijevanje djece, budući da se njime uvažava njihova nezrelost i razvoj, ukazuje i pravna doktrina.[86]

Iz ugla djece tj. djece influensera vrlo zanimljivo je i pitanje obima ostvarenja prava na brisanje ličnih podataka. Može li osoba čiji su podaci objavljeni zahtijevati brisanje ne samo njenih ličnih podataka koje je sama objavila nego i onih koje su objavile druge osobe? U čl. 17. stoji da ona ima pravo ishoditi brisanje ličnih podataka „koji se na nju odnose“, što znači da su obuhvaćeni svi podaci. U slučaju *sharentinga*, odnosno djece influensera, to su podaci koje su objavila kako sama djeca, tako i njihovi roditelji.[87]

Kako je ranije navedeno, među izuzecima od obaveze brisanja ličnih podataka na zahtjev osobe na koju se ovi odnose, normiranih GDPR-om, nalazi se i onaj vezan za ostvarivanje prava na slobodu izražavanja i informiranja drugih osoba.[88] Upravo je on primjenjiv na djecu influensere. Postoji opasnost da dijete influenser neće moći ostvariti pravo na brisanje podataka kada odraste (ili eventualno još u djetinjstvu), ako postane javna osoba za čiju je prošlost objavljenu *online* javnost veoma zainteresirana, a to većina popularnih influensera s velikim brojem pratitelja doista jeste.[89] U slučajevima *sharentinga* sporni podaci djeteta dospijevaju na internet najčešće bez njegove saglasnosti, a ono usprkos tome ne može realizirati pravo da ishodi njihovo brisanje.[90]

[86] E. Lievens, C. Vander Maelen, “A Child's Right to be Forgotten: Letting Go of the Past and Embracing the Future?“, *Latin American Law Review* 2/2019, 65.

[87] U praksi može doći do problema u realizaciji ovog prava ako dijete želi brisanje podataka koje su na internetu, kao što je to kod *sharentinga*, objavili njegovi roditelji. Pravna doktrina predlaže da dijete, koje zbog nedostatka poslovne / procesne sposobnosti ne može samo zastupati svoje interese, zastupaju treće osobe, odnosno organizacije koje se bave zaštitom dječjih prava, a što je u skladu s čl. 80. GDPR-a, Vid. detaljnije E. Lievens, C. Vander Maelen, 71–72, A. Iskül, K. Joamets, 115–116.

[88] Supra, poglavlje 2.3.

[89] E. Lievens, C. Vander Maelen, 68.

[90] M. Čolaković, (2020), 118.

4. ZAKLJUČAK

Izvjesno je da djeci svakodnevno korištenje interneta donosi brojne koristi (razvoj ličnosti, mogućnost komuniciranja s prijateljima iz čitavog svijeta, usavršavanje digitalnih vještina, ispoljavanje kreativnosti, bolja informiranost, itd.), ali je u isto vrijeme praćeno i ozbiljnim rizicima za njihova ljudska / lična prava.

Eklatantan primjer za to su djeca influenseri. U ovom radu istražena su dva sporna pitanja koja se tiču maloljetnih i vrlo utjecajnih „internet-zvijezda“ s milionima *online* pratitelja. Način na koji oni djeluju na polju influenser marketinga, samostalno ili što je češće, uz asistenciju roditelja, pokazuje da je u pozadini tih aktivnosti vrlo ozbiljan i naporan svakodnevni višesatni rad, a ne samo lagana zabava. Takav rad za njih može biti tjelesno i psihički iscrpljujući. Uz to, ponašanje njihovih roditelja te marketinških kompanija koje s njima sarađuju pokazuje da su ova djeca u većini slučajeva žrtve finansijske eksploatacije vlastitih roditelja, odnosno neetičnog poslovanja kompanija / društvenih mreža ili da to lako mogu postati.

Osim navedenog, baveći se ovim zanimanjem djeca influenseri doživljavaju ekstreman gubitak privatnosti, kao i povredu prava na zaštitu ličnih podataka i prava na informacijsko samoodređenje. To je naročito izraženo kod *sharentinga*, odnosno roditeljskog dijeljenja ličnih podataka djeteta na internetu bez njegove saglasnosti. Zaštita koju djeci pruža GDPR, a što se posebno odnosi na davanje saglasnosti za obradu ličnih podataka te pravo na brisanje ličnih podataka, u odnosu na djecu influensere nije adekvatna.

Stoga treba podržati sve mjere na nivou Evropske unije i Vijeća Evrope kojima se države članice podstiču na osiguravanje jače pravne zaštite djece na internetu te zakonodavne aktivnosti pojedinih država koje su već propisale uvjete za profesionalno angažiranje i način raspolaganja zaradom djece influensera, kako bi njihova prava i interesi bili potpuno zaštićeni.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Arat, F. Zehra, “Analyzing Child Labor as a Human Rights Issue: Its Causes, Aggravating Policies, and Alternative Proposals“, *Human Rights Quarterly* 1/2002;
2. Beketić, Karla, Brcković, Lana, Leko, Ivana, *Dječje siromaštvo i dječji rad*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Studijski centar socijalnog rada, Zagreb 2021;
3. Benček, Tena, *Monetizacija digitalnih medija*, završni rad, Sveučilište u Zagrebu, Fakultet organizacije i informatike, Varaždin 2020, *https://zir.nsk.hr/islandora/object/foi%3A5900/datastream/PDF/view*;

4. Bennett, Tabetha, “Child Entertainers and Their Limited Protections: A Call For an Interstate Compact“, *Child and Family Law Journal* 1/2021;
5. Bessant, Claire, “Sharenting: balancing the conflict rights of parents and children“, *Communications Law* 1/2018;
6. Čolaković, Maja, *Maloljetna osoba u građanskom pravu*, Sarajevo 2021;
7. Čolaković, Maja, „*Sharenting* i privatnost djeteta“, *Zbornik radova Osmi međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, „Porodično pravo u eri globalizacije“*, Mostar 2020;
8. Donovan, Sheila, “Sharenting“: The Forgotten Children of the GDPR“, *PHRG, Peace Human Rights Governance*, Vol 4, Issue 1, March 2022;
9. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Luxembourg 2022;
10. Guzman, N., “The Children of YouTube: How an Entertainment Industry Goes Around Child Labor Laws“, *Child nad Family Law Journal* 1/2020;
11. Iskül, Anna-Maria, Joamets, Kristi, “Child Right To Privacy And Social Media – Personal Information Oversharing Parents“, *Baltic Journal of Law & Politics* 2/2021, *https://content.sciendo.com/view/journals/bjlp/bjlp-overview.xml DOI: 10.2478/bjlp-2021-0012;*
12. Lievens, Eva, Vander Maelen, Carl, “A Child's Right to be Forgotten: Letting Go of the Past and Embracing the Future?“, *Latin American Law Review* 2/2019;
13. Lievens, Eva, Verdoodt, Valerie, “Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Dana Protection Regulation“, *Computer Law&Security Review* 2/2017;
14. Masterson, A. Marina, “When Play Becomes Work: Child Labor Laws in the Era of „Kidfluencers““, *University of Pennsylvania Law Review* 2/2021;
15. McGinnis, Nila, “„They’re Just Playing”: Why Child Social Media Stars Need Enhance“, *Missouri Law Review* 1/2022;
16. Nawaila, Muhammad, Bello, Kani, Umar, Mohammed, Kanbul, Sezer, “Digital Children Right; Human Right Perspective“, u: *Human Rights in Human Rights in the Contemporary World* (ed. T. Corrigan), Dublin 2022, DOI: 10.5772/intechopen87332
17. Saragoza, Ana “The Kids Are Alright? The Need for Kidfluencer Protections“, *American University Journal of Gender, Social Policy & The Law* 4/2020;
18. Shmueli, Benjamin, Blecher-Prigat, Ayelet “Privacy for children“, *Columbia Human Rights Law Review*, 42/2011;
19. Steeves, Valerie, Mačėnaitė, Milda, “Data protection and children’s online privacy”, u: *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics*, 2023, 358, DOI:10.4337/9781786438515.00025;

20. Steinberg, B. Steinberg, “Sharenting: Children's privacy in the age of social media“, *Emory Law Journal* 66/2017;
21. Šmit, Marija, *Djeca u okruženju digitalnog marketinga*, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Ekonomski fakultet, doktorska disertacija, Osijek 2020;
22. Tomičić, Doris, *Etičnost oglašavanja u digitalnom marketingu*, diplomski rad, Sveučilište u Zagrebu, Fakultet organizacije i informatike, Varaždin 2019, *https://repozitorij.foi.unizg.hr/islandora/object/foi:5400*;
23. UNICEF, Hrvatska, Utjecaj digitalnog marketinga na djecu i mlade u Hrvatskoj, *https://www.unicef.org/croatia/mediji/utjecaj-digitalnog-marketinga-na-djecu-i-mlade-u-hrvatskoj*;
24. Hrvatska udruga društava za tržišno komuniciranje, Kodeks oglašavanja i tržišnog komuniciranja, Zagreb 2020;
25. General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment, Committee on the Rights of the Child, United Nations, *https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation*.

Full Professor Maja Čolaković, LL.D.

Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ in Mostar

Full Professor Marko Bevanda, LL.D.

Faculty of Law, University of Mostar

LEGAL PROTECTION OF CHILDREN IN THE DIGITAL ENVIRONMENT: CHILDREN INFLUENCERS (KIDFLUENCERS)

Summary

Since they have the excellent skills with modern telecommunication means and technologies, new generations – children of the digital age – are increasingly frequent participants in electronic legal transactions. They appear not only as consumers, but also as service providers. By creating media content on social networks, some of them have become globally famous and influential people – influencers (kidfluencers). They promote various products and services from different companies to their followers and generate impressively large profits. This category of children also includes children of preschool and early school age, introduced to the virtual world by their parents.

The phenomenon of kidfluensers opens numerous legal issues and warns of real danger of violation of children's rights. This paper focuses on two.

The first is the issue of child labor e.g. the exploitation of children at the earliest age by their parents for the purpose of making a profit. At the same time those children have been exploited by companies that advertise their brands through children's content on the Internet and not always consistently following marketing rules.

Another important issue is the protection of the kidfluencers's rights to privacy and freedom of expression, opinion and information. The phenomenon of sharenting, parents' sharing of various information about their children on social networks, which encroaches on the child's privacy, personal data and informational self-determination, is showing more and more negative consequences. When parents do it for a profitable purpose, then such actions have a special weight.

According to experts' predictions, this segment of the influencer industry will grow even more strongly. Therefore, urgent normative action is needed, in order to eliminate the danger of violation the rights of children in the digital environment, especially the kidfluencers' rights. Activities that have already been undertaken internationally and in certain national legislations show that this danger is taken very seriously.

Key words: *Internet; Child labor; Sharenting; Privacy; Personal data.*

UDK/UDC 61:34
614.253.83:34
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. Suzana Kraljić
Doc. dr. Katja Drnovšek

Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Slovenija

Doc. dr Velibor Korać

Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, Crna Gora

RAZMERJE MED ZDRAVNIKOM IN PACIENTOM V OKVIRU NEKRIVDNEGA ODŠKODNINSKEGA SISTEMA

Temelj odškodninske odgovornosti zdravnika v Sloveniji in praviloma tudi v drugih državah (npr. Črni gori, Hrvaškem) izhaja iz pogodbene oziroma poslovne odškodninske odgovornosti. Izhajajoč iz sedanje pravne ureditve so bile zaznane določene slabosti obstoječega sistema (npr. dolgotrajni (sodni) postopki, precejšnji stroški, ki bremenijo stranke, zavarovalnice oziroma celotni zdravstveni sistem, nezadovoljstvo pacientov kot oškodovancev kakor tudi npr. zdravnikov, zoper katere potekajo postopki,…). Še posebej slednje vpliva na razmerje med zdravnikom in pacientom, kar je močno porušilo obojestransko zaupanje v tem razmerju. V določenih državah (npr. Nova Zelandija, Danska, Švedska, Finska, Norveška) so že razvili odškodninske sisteme, s katerimi so odstopili od klasičnega krivdnega odškodninskega sistema v zdravstvu. Prispevek analizira izbrana pravna vprašanja, ki se pojavljajo v sklopu obstoječega odškodninskega sistema, kakor tudi možnost oziroma prednosti, ki bi jih lahko prenesel nekrivdni odškodninski sistem za razmerje med zdravnikom in pacientom.

Ključne besede: Odškodninski sistemi; Škoda; Odškodnina; Pacienti; Zdravstvo.

Suzana Kraljić, *suzana.kraljic@um.si*.
Katja Drnovšek, *katja.drnovsek@um.si*.
Velibor Korać, *velibork@ucg.ac.me*.

1. UVOD

Razmerje med zdravnikom in pacientom predstavlja danes na eni strani osrednji element etičnih načel medicine,[1] na drugi strani pa v zadnjih letih dobiva tudi vedno močnejši pravni epilog. Slednji je še posebej prihaja do izraza na področju odškodninskih vprašanj. Medicina se je v zadnjih letih soočila z izrednim napredkom (npr. nove metode zdravljenja, nova zdravila, izboljšanje sanitetnih in higienskih razmer,…), kar je seveda prineslo tudi spremembe v odnosu med zdravnikom in pacientom.

V Sloveniji je bilo ključno leto 2008, ko je bil sprejet Zakon o pacientovih pravicah[2] (ZPacP), ki je sprejel in utrdil sodobne temelje razmerje med zdravnikom in pacientom. Črna gora je Sloveniji sledila ter svoj Zakon o pravima pacijenata[3] sprejela leta 2010. Ob primerjavi ZPacP in ZPP lahko ugotovimo, da je slovenski ZPacP obsežnejši, saj obsega 92 členom, medtem ko ima črnogorski ZPP samo 40 členov.

2. MODELI RAZMERJA MED ZDRAVNIKOM IN PACIENTOM

Skozi leta so se razvili štirje modeli, skozi katere opredeljujemo razmerje med zdravnikom in pacientom.

2.1. Paternalistični model (tudi starševski, skrbniški, duhovniški)

Pri paternalističnem modelu ima zdravnik prevladujočo vlogo, medtem ko je vloga pacienta zelo majhna.[4] Zdravnik deluje kot skrbnik, saj samostojno odloča o pacientovem zdravstvenem stanju. Kljub temu, da se je ta model v preteklosti precej več uporabljal in so ga danes zamenjali z ostalimi modeli, ima še vedno pomembno vlogo v izrednih okoliščinah, ki so lahko podane npr. v primeru nujne medicinske pomoči (NMP), ki je za otroka in osebo, ki ni sposobna odločati sama o osebi, ni možno odkloniti. Takrat je namreč z namenom zagotavljanja največje pacientove zdravstvene koristi zdravnik, ki bo sprejel zdravstveno odločitev v dobro pacienta.[5]

---

[1] Y. Smith, Doctor–Patient Relationship, *News Medical Life Science*, pridobljeno: *https://www.news-medical.net/health/DoctorPatient-Relationship.aspx*, 2019 (*28.* januar 2023).

[2] *Zakon o pacientovih pravicah* – ZPacP, *Uradni list RS*, št. 15/08, 55/17, 177/20, 100/22 – ZNUZSZS.

[3] *Zakon o pravima pacijenata* – ZPP, *Službeni list CG,* br. 40/2010, 40/2011 - dr. zakon.

[4] Y. Smith, 2019.

[5] Glede nujne medicinske pomoči primerjaj 36. člen, 8. odst. 37. člena in 3. odst. 38. člena slovenskega ZPacP in 16. člen črnogorskega ZPP.

Ta model zagotavlja pacientu, da bo dobil zdravstveno oskrbo, ki je zanj in za njegovo zdravje in počutje najboljša. Zdravniki uporabljajo svoje spretnosti, da določijo pacientovo zdravstveno stanje in stanje njegove bolezni ter da identificirajo, zdravstveno obravnavo, ki bo pacientu lahko povrnila zdravje ali olajšala bolečine. Zdravnik bo svoje ugotovitve predstavil pacientu, kar naj bi ga čim bolj opogumilo, da bo podal privolitev k posegu, za katerega zdravnik meni, da je najboljši za pacienta. Pri paternalističnem modelu ima zdravnik obveznost, da postavi pacientovo dobrobit nad lastne interese.[6]

2.2. Informativni model

Informativni model (tudi znanstveni, inženirski, potrošniški) narekuje zdravniku, da deluje kot usposobljeni tehnični strokovnjak. Zdravnik kot nepristranski ponudnik pacientu zagotovi ustrezne dejanske informacije o možnih načinih zdravljenja pacienta.[7] Kakšna zdravstvena obravnava se bo izvedla, pa bodo odločale pacientove vrednote. Zdravnik bo izvedel medicinski poseg, ki ga bo izbral pacient. Pri tem modelu je pacient sam odgovoren za sprejemanje odločitev o svojem zdravstvenem stanju. Zdravnikove vrednote, zdravnikovo razumevanje pacientovih vrednot ali njegova presoja o vrednosti pacientovih vrednot pri tem niso pomembne.[8] Pri tem modelu pacient na podlagi svoje zadostnega in ustreznega medicinskega znanja sam odloča o izbiri zdravstvenega posega.

2.3. Interpretativni model

Pri interpretativnem modelu ima zdravnik vlogo svetovalca, ki pacientu pomaga razumeti, kakšne so njegove vrednote/želje, saj običajno pacientu niso znane. Zdravnik pomaga pacientu opredeliti in uskladiti njegove vrednote. Zdravnik zagotovi pacientu vse pomembne informacije, mu pomaga izbrati medicinske posege, ki najbolje ustrezajo njegovim vrednotam in ciljem, ki jih je pacient opisal. Izhodišče interpretativnega modela je, da pacienti običajno ne vedo, kakšne so njihove vrednote v dani situaciji. Zaradi tega mora zdravnik sodelovati s pacientom. Šele, ko bo pacient vrednote jasno določil, jih bo lahko uresničil pri medicinskem posegu, ki ga bo izvedel zdravnik. Zdravnik pa nikakor ne sme opraviti izbire vrednot

[6] EJ. J Emanuel, L.L, Emanuel, “Four Models of the Physician-Patient Relationship“ *JAMA* 16/1992, 2221.

[7] A. Aoun, S. Al Hayek, F. El Jabbour, “The need for a new model of physician-patient relationship: a challenge for modern medical practice“ *Fam Med Prim Care Rev* 4/2018, 381.

[8] EJ. J Emanuel, L.L, Emanuel, 2221.

namesto pacienta, ampak mora z njim sodelovati pri iskanju medicinskega posega, ki bo pacientu pomagal doseči želeni izid in cilje.[9]

2.4. Deliberativni model

Pri deliberativnem modelu (tudi učiteljski ali prijateljski) zdravnik deluje v razmerju do pacienta kot učitelj ali prijatelj. Zdravnik je tisti, ki bo predlagal in bo prepričal pacienta o predlaganem medicinskem posegu. Za izvajanje samega medicinskega posega je pomembna tudi pacientova privolitev. Pacient mora opredeliti svoje življenje in izbrati vrstni red vrednot, ki jih bo zagovarjal. Zdravnik razpravlja le o vrednotah, povezanih z zdravjem, tj. vrednotah, ki vplivajo na pacientovo bolezen in zdravljenje. Zdravnik si prizadeva le za moralno prepričevanje, izogniti pa se mora prisili.[10]

3. OSNOVNA IZHODIŠČA MED ZDRAVNIKOM IN PACIENTOM V LUČI OBSTOJEČEGA ODŠKODNINSKEGA SISTEMA

Kljub temu, da je zdravnik zavezan z etičnim načelom *primum non nocere,* pa prihaja do situacij, ko pacient utrpi pri zdravstveni obravnavi škodo. Tako tudi v zdravstvu velja temeljno obligacijsko načelo prepovedi povzročanja škode oziroma *neminem laedere.*[11] Načelo *neminem laedere* pomeni dvoje, in sicer:

1. da ima vsak oškodovanec pravico do odškodnine za nastalo škodo;
2. ter da mora vsaki povzročitelj povrniti nastalo škodo.[12]

Danes temelj razmerja med zdravnikom in pacientom izhaja iz pogodbene oziroma poslovne odškodninske odgovornosti. Pred 50 leti pa so nekatere države začele z reformo svojih odškodninskih sistemov na splošno kakor tudi v zdravstvu. Iskati so začeli rešitve, ki bi omogočile odmik od klasičnega krivdnega odškodninskega sistema v zdravstvu. Nekatere države so k tovrstnim reformam pristopile v celoti (npr. Nova Zelandija, Švedska, Norveška, Finska, Danska), medtem ko je v drugih državah zas-

[9] A. Aoun, S. Al Hayek, F. El Jabbour, 381, EJ. J Emanuel, L.L, Emanuel, 2221.

[10] EJ. J Emanuel, L.L, Emanuel, 2222; Universität Zürich, 2011.

[11] Prim. 10. člen Obligacijskega zakonika –OZ, *Uradni list RS,* št. *Uradni list RS*, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631, ki določa: *»Vsak je dolžan vzdržati se ravnanja, s katerim bi utegnil drugemu povzročiti škodo*.« Prav tako glej 9. člen črnogorskega Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Sl. list CG,* br. 47/2008, 4/2011 - dr. zakon i 22/2017: *»Svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta.«*

[12] M. Bevanda, M. Čolaković, *Medicinsko pravo*, Mostar 2019, 134.

lediti uvedbo posameznih nekrivdnih odškodninskih shem zgolj na določenih področjih zdravstva (npr. HIV, cepljenje).[13]

Tudi v Sloveniji se nam že dlje časa zastavljajo vprašanja glede ustreznosti sedanjega odškodninskega sistema v zdravstvu? Zaznane so bile namreč vrzeli, ki kažejo določene pomanjkljivosti, ki so že močno zarezale in pustile posledice v razmerju med zdravnikom kot temeljnim nosilcem zdravstvene dejavnosti,[14] in pacientom, kot šibkejši 'stranki' v tem razmerju. Pandemija COVID-19 pa je še dodatno nakazala na težave v zdravstvu in s tem tudi v razmerju med zdravnikom in pacientom.

3.1. Odškodninska odgovornost v zdravstvu de lege lata

Osnovo odškodninske odgovornosti zdravnikov predstavlja v Sloveniji pogodbena oziroma poslovna odškodninska odgovornost, ki temelji na pogodbenem razmerju med strankami. Vendar ne gre prezreti, da so kljub temeljnemu izhodišču podane tudi izjeme, ko odškodninska odgovornost zdravnika lahko temelji na deliktni podlagi. Slednje je podano v primeru nujne medicinske pomoči[15], ki jo zdravnik daje pacientu, ki zaradi svojega zdravstvenega stanja ni sposoben odločati.[16] V tem primeru gre torej za poslovodstvo brez naročila.[17] Deliktna odškodninska odgovornost bo nastala tudi, če pacient ne bo podal privolitve oziroma bo nasprotoval medicinskemu posegu oziroma zdravstveni obravnavi, saj v tem primeru ne bo

---

[13] S. Kraljić, „Izbrani vidiki odškodninske odgovornostni zdravnika“. *Zbornik radova s međunarodnog kongresa 3. kongres KOKOZA i 5. Hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem,* Split.2022, 53.

[14] Prim. 2. odst. 1. člena *Zakona o zdravniški službi* – ZZdrS, *Uradni list RS*, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF, 88/16 – ZdZPZD, 40/17, 64/17 – ZZDej-K, 49/18, 66/19, 199/21)): *»Zdravnik je temeljni odgovorni nosilec opravljanja zdravstvene dejavnosti.«*.

[15] Glej 12. tč. 2. člena ZPacP: *»Nujna medicinska pomoč je neodložljivo ravnanje, ki je potrebno za ohranitev življenjsko pomembnih funkcij ali za preprečitev nepopravljivega in hudega poslabšanja zdravstvenega stanja*.« Za razliko od slovenske ureditve, ki nima lex specialis zakona, ki bi urejal nujno medicinsko pomoč, pa ima Črna gora *lex specialis* Zakon o hitnoj medicinskoj pomoči (Službenom listu CG, br. 49/2008, 40/2011 - drugi zakon, 80/2020), ki v 2. členu podaja opredelitev nujnem medicisnke pomoči: *»Hitna pomoć je hitno medicinsko zbrinjavanje lica kojima je zbog bolesti, stradanja ili ozljede neposredno ugrožen život, pojedini organ ili dijelovi tijela, odnosno kod kojih bi u kratkom vremenskom periodu moglo doći do ugroženosti osnovnih životnih funkcija, disanja i srčanog rada, a u svrhu maksimalnog skraćenja vremena od nastanka hitnog stanja do potpunog zbrinjavanja, odnosno do upućivanja na dalje liječenje. Hitna pomoć se pruža na mjestu događaja, tokom primarnog sanitetskog transporta, kao i u jedinicama hitne pomoći, neprekidno 24 sata.*«

[16] Glede izjeme glej *VSM sklep I Cp 655/2020*, 2. februar 2021.

[17] D. Griebau, 2008, *Der Behandlungsvertrag*, V: Ratzel, R. & Luxemburger, B., *Handbuch Medizinrecht* (Bonn: DeutscherAnwaltVerlag), 2008, 561.

nastalo pogodbeno razmerje med njim in zdravnikom. Neposlovna odškodninska odgovornost bo tako podana, če bo škoda nastala kot posledica nedopustnega posega v pacientovo telesno integriteto.[18]

Pri pogodbeni odškodninski odgovornosti imamo na eni strani pacienta kot uporabnika zdravstvenih storitev, na drugi strani zdravnika, ki naj bi dogovorjeno zdravstveno storitev opravil. Pogodbeno razmerje nastane med pacientom in javno zdravstveno ustanovo oziroma med pacientom in zdravnikom zasebnikom. Pravni temelj razmerja med zdravnikom in pacientom tvori pogodba o zdravstvenih storitvah, ki predstavlja temeljno podlago obligacijskega razmerja, iz katerega izhajajo pravice in obveznosti pacienta ter zdravnika oziroma zdravstvenega izvajalca.[19] Pravna teorija in sodna praksa praviloma pogodbo o zdravstvenih storitvah opredeljujeta kot podjemno pogodbo.[20] Obveznost pacienta, izhajajoč iz pogodbe o zdravstvenih storitvah, je plačilo opravljenih zdravstvenih storitev, obveznost zdravnika pa izpolnitev dogovorjene zdravstvene storitve. Plačilo opravljene zdravstvene storitve lahko pacient plača sam (npr. samoplačniške storitve in posegi) ali pa sledi plačilo iz naslova zdravstvenega zavarovanja (npr. obvezno zdravstveno zavarovanje, dopolnilno zdravstveno zavarovanje).[21]

Če zdravnik ne izpolni ali pa nepravilno izpolni dogovorjeno zdravstveno storitev, je podana kršitev pogodbe, ki izhaja iz kršitve pogodbene skrbnosti. V skladu s temeljnim obligacijskim načelom prepovedi povzročanja škode oziroma latinsko *neminem laedere* mora povzročitelj škodo, ki je pacientu nastala, povrniti. Če bo torej prišlo zaradi zdravnikove malomarnosti[22] do kršitve pogodbene obveznosti, ki jo je zdravnik prevzel s

---

[18] V. Rijavec, „Medicinska napaka“, *Pravni letopis* 2017, 44.

[19] M. Ovčak Kos, A. Božič Penko, „Dileme v primerih odškodninskega prava v vezi z odgovornostjo za medicinsko napako“. *Odvetnik* 83/2012, 11.

[20] N. Zatler, “Pojasnilna dolžnost zdravnika v sodni praksi“, *Pravna praksa* 2021; kvalifikacije pa se razlikujejo, saj je v Švici opredeljena kot mandatna pogodba, v Nemčiji kot podjemna pogodba (D. Griebau, 559), v Franciji pa kot pogodba *sui generis* (N. Samec Berghaus, R. Pristovšek, “Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika“, *25. posvet Medicina in pravo: Razmerje med pacientom in zdravnikom, konferenčni zbornik*, Maribor 2016, 117).

[21] S. Kraljić, 54.

[22] Slovenski *Kazenski zakonik* (KZ-1, *Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 – ZZNŠPP, 16/23) v 179. členu opredeljuje kaznivo dejanje 'malomarno zdravljenje in opravljanje zdravilske dejavnosti': »*(1) Zdravnik, ki pri opravljanju zdravniške dejavnosti iz malomarnosti ravna v nasprotju s pravili zdravniške znanosti in stroke in tako povzroči, da se komu občutno poslabša zdravje, se kaznuje z zaporom do treh let. (2) Enako se kaznuje (a) zdravstveni delavec, ki pri svoji zdravstveni dejavnosti iz malomarnosti ravna v nasprotju s pravili stroke, pa pri tem povzroči, da se komu občutno poslabša zdravje ali (b) zdravilec, ki pri opravljanju dovoljene zdravilske dejavnosti iz malomarnosti neustrezno*

pogodbo, bo pacient kot oškodovanec običajno uveljavljal svojo pravico do odškodnine v pravdnem postopku, ki pa je običajno dolgotrajen in naporen ter povezan z velikimi stroški.[23] Čas trajanja (sodnih) postopkov pa običajno negativno vpliva na vse vpletene. Velikanski stroški pa bremenijo tako stranke kakor tudi zavarovalnice oziroma celotni zdravstveni sistem.[24]

V odškodninskem postopku se ugotavlja, ali je zdravnik ravnal v skladu s standardi, ki mu jih nalaga strokovna doktrina. Če pride pri njegovem ravnanju do odstopanja od teh standardov, je njegov ravnanje *contra legem artis* in je s tem podana kršitev pogodbenega razmerja.[25] S sklenitvijo pogodbe se je zdravnik namreč zavezal, da bo dogovorjeno zdravstveno storitev opravil z vso potrebno dolžno skrbnostjo[26], ki jo od njega zahteva stroka.[27] Slednjega ne moremo tolmačiti v smeri, da zdravnik jamči za uspeh zdravljenja, saj vendar gre za podjemno pogodbo, kjer velja obligacija prizadevanja[28] in ne obligacija rezultata. Človeški organizem zaradi

izbere in uporabi zdravilski sistem ali zdravilsko metodo, pa pri tem povzroči, da se komu občutno poslabša zdravje. (3) Če zaradi dejanja iz prvega ali drugega odstavka kdo umre, se storilec kaznuje z zaporom od enega do osmih let.« Prim. tudi *Krivični zakonik Crne Gore* (KZ-CG: Službeni list RCG, br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017, 49/2018, 3/2020) – 290. člen (nesavjesno pružanje ljekarske pomoći): *»(1) Ljekar koji pri pružanju ljekarske pomoći primijeni očigledno nepodobno sredstvo ili očigledno nepodoban način liječenja ili ne primijeni odgovarajuće higijenske mjere ili uopšte očigledno nesavjesno postupa i time prouzrokuje pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica, kazniće se zatvorom od tri mjeseca do tri godine. (2) Kaznom iz stava 1 ovog člana kazniće se i drugi zdravstveni radnik koji pri pružanju medicinske pomoći ili njege ili pri vršenju druge zdravstvene djelatnosti očigledno nesavjesno postupa i time prouzrokuje pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica. (3) Ako je djelo iz st.1 i 2 ovog člana učinjeno iz nehata, učinilac će se kazniti novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.«*

[23] V. Žnidaršič Skubic, „Nekrivdna odškodninska odgovornost v zdravstvu“, *Medicina, pravo in družba: sodobne dileme IV* , Maribor 2021, 51.

[24] V. Flis, “No-fault Compensation for Medical Injuries“, *Medicine, Law & Society* 2/2016, 73.

[25] Prim. *VSRS sodba II Ips 207/2015*, 14. januar 2016.

[26] Prim. *VSL sodba II Cp 2398/2010*, 10. november 2011: »*Zdravnik ne ravna kot je treba oz. je zdravniški poseg nedopusten, kadar je njegovo ravnanje nestrokovno ali če zanj nima bolnikovega soglasja. Ravnanje je nestrokovno, če prekrši znana pravila zdravljenja, pri čemer mora upoštevati vsakokratno stanje medicinske znanosti v trenutku posega, saj je v skladu z določilom 2. odstavka 6. člena OZ dolžan ravnati s skrbnostjo strokovnjaka.«*

[27] N. Zatler, Pojasnilna dolžnost zdravnika v sodni praksi“, *Pravna praksa* 2021.

[28] Izjema je podana pri estetskih oziroma lepotnih posegih, sterilizaciji, splavu, laboratorijskih preiskavah, izdrtju ali vsaditvi zoba idr. – v teh primerih je podana obligacija rezultata) (A. Božič Penko, “Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo za zdravniško napako v sodni praksi“*Pravni letopis* 2017, 78).

svoje kompleksnosti tudi za zdravnika ni popolnoma obvladljiv in zaradi tega zdravnik načeloma ne more zagotoviti uspeha zdravljenja.[29]

Zdravnikova pogodbena obveznost do pacienta se razteza tako na izvedbo medicinskih posegov, ki zaradi svoje invazivnosti predstavljajo poseg v pacientovo telesno integriteto (zdravstvena dejavnost v ožjem smislu), kakor tudi na vse ostale ukrepe in obveznosti, ki so predpisane z zakonom (npr. ZPacP določa obveznost pojasnilne dolžnosti) (zdravstvena dejavnost v širšem smislu).[30] Seveda pa se lahko zdravnik v skladu z 239. in 240. člena OZ svoje odgovornosti razbremeni z dokazom o ustrezni profesionalni skrbnosti.[31] Do razbremenitve do prišlo, če bo v sodnem postopku uspel dokazati da so obstajale okoliščine, zaradi katerih pogodbe ni mogel (pravilno) izpolniti. Takšne okoliščine morajo biti nepremagljive oziroma neodvrnljive.[32]

Da bi torej pacient, ki mu je nastala škoda, pridobil pravico do odškodnine, mora biti zdravstveni poseg nedopusten. Pri tem pa pravilna izpolnitev pojasnilne dolžnosti ne predstavlja vprašanje izoblikovanja svobodne in resne volje kot pogoja za veljavno sklenitev pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev. Gre namreč za zaščito pravice do ozaveščene privolitve v posamezen medicinski poseg v okviru izpolnjevanja pogodbenih obveznosti iz že sklenjene pogodbe. Izpolnitve pojasnilne dolžnosti torej ni možno opredeliti kot pogoja za veljavno sklenitev pogodbe, saj spada v krog pogodbenih obveznosti zdravnika.[33] Poslabšanje pacientovega zdravja mora biti tako posledica kršitve dolžne profesionalne skrbnosti – torej zdravstvene napake.[34] Zdravstvena napaka[35] je torej napaka, ki se je zgodila v zdravstvu in je lahko povezana s celotno verigo sodelujočih v postopku zdravljenja. Zdravstvena napaka pomeni »*odstopanje od pričakovanega načina izvedbe zdravstvenega ukrepa in/ali izvedba napačnega ukrepa in/ali opustitev pričakovanega ukrepa in/ali izvedba zdravstvenega ukrepa pri napačnem bolniku (delu telesa) in/ali zamuda ali prehitevanje pri izvedbi ukrepa, ki ima za posledico neželen izid z manjšo zdravstveno koristjo in/ali večjo škodljivostjo in ki bolniku povzroči občutno škodo na zdravju*

[29] D. Griebau, 559.

[30] *VSRS sodba II Ips 290/2017*, 17. maj 2018.

[31] *VSL sodba in sklep II Cp 1167/2017*, 18. februar 2018.

[32] Prim. *VSRS sodba II Ips 207/2015*, 14. januar 2016.

[33] *VSRS sodba in sklep II Ips 94/2015*, 2. julij 2015; N. Ivović, Saglasnost za medicinsku intervenciju odgovornost ljekara, Podgorica 2004.

[34] Prim. M. Bismark, R. Paterson “No-Fault Compensation In New Zealand: Harmonizing Injury Compensation, Provider Accountability, And Patient Safety“, *Health Affairs* 1/2006 279(, ki opredeljujeta zdravniška napaka kot »*neupoštevanje razumnega standarda skrbnosti in spretnosti).*

[35] Angleško *medical error*; nemško *Behandlungsfehler*; francosko *erreur médicale*; hrvaško *liječniška greška*.

in/ali premoženju.«[36] Ožji pojem od zdravstvene napake je zdravniška napaka, saj se veže samo na zdravnike, medtem ko lahko do zdravstvene napake pride zaradi dejanje oziroma opustitve npr. medicinske sestre, babice ali fizioterapevta. Vendar pa vsakega odstopa od pravil profesionalne skrbnosti ni možno opredeliti kot zdravstvene napake.[37] Kot zdravstvena napaka se bo lahko opredelilo samo tisto dejanje ali opustitev, ki bo pacientu povzročilo bistveno škodo na zdravju ali ki bo vodilo v smrt ter je v zakonu zaradi načina izvršitve opredeljeno kot napaka. Zdravstvene napake predstavljajo le del zdravstvenih ukrepov, ki odstopajo od pričakovane ravni kakovosti oziroma pričakovane dolžne skrbnosti zdravnika.[38]

Od zdravniške napake je treba ločiti tudi medicinski zaplet[39] (oziroma komplikacijo), do katerega lahko pride med zdravljenjem, ki je potekalo sicer strokovno neoporečno in z največjo možno skrbnostjo. Pojavi se redko, naključno in ga kljub predvidljivosti ni mogoče preprečiti. V primeru zapleta ne bo podana oziroma bo izključena odškodninska odgovornost zdravstvene ustanove.[40]

---

[36] J. Kersnik *Zdravstvene napake*, druženje zdravnikov družinske medicine, Ljubljana 2002, 1.

[37] Glej *VSC sodba Cp 437/2018*, 23. januar 2021: *»Pojasnilna dolžnost tako zdravnika zavezuje, da pacientu odkrito, obzirno in na njemu razumljiv način pojasni diagnozo bolezni ali poškodbe, različne možnosti zdravljenja, morebitna tveganja in nevarnosti ter predvidljivost uspeha. Ob odsotnosti pojasnila in neveljavnosti privolitve zdravnik ob opravi zdravstvenega posega nedopustno poseže v pacientove osebnostne dobrine, zlasti v njegovo telo in svobodno voljo. Sodišče prve stopnje je pravilno presodilo, da ni bila storjena zdravniška napaka in da je bila pravilno opravljena pojasnilna dolžnost pred posegom. Ugotovilo je, da je bila tožnici predstavljena tako optimistična kot pesimistična verzija in da toženka tožnici ni obljubljala 100 % vida glede na stanje, ki ga je imela pred operacijo, ampak da bo po operaciji lahko videla vsaj tako dobro brez očal, kot je videla pred posegom z očali; da je dovolj, da pacient ve, da ima astigmatizen, saj ni verjetno, da bi razumel podrobna pojasnila o tem, kaj inverzni astigmatizem sploh je; da je imela tožnica dovolj časa, da s strani toženke dobi pojasnila, in da je lahko razumela pojasnila o tveganju in diagnozi. Sodišče je še ugotovilo, da je toženka izbrala ustrezno metodo operacije in da med posegom ni prišlo do napak in da so neutemeljene tudi tožbene navedbe o malomarnem zdravljenju, saj je le to potekalo v skladu s pravili medicinske stroke.«*

[38] S. Kraljić, “Izbrani vidiki odškodninske odgovornostni zdravnika“, *Zbornik radova s međunarodnog kongresa "3. kongres KOKOZA i 5. Hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem", Rovinj, 1. - 3. travnja,* Split 2022, 56.

[39] Leta 2005 je bila na Novi Zelandiji sprejeta tudi terminološka sprememba, saj je bil pojem »zdravniška napaka« nadomeščen z novim pojmom »poškodba pri zdravljenju« (angleško treatment injury) (tako M. Bismark, R. Paterson, 280).

[40] *VSRS sodba II Ips 1145/2008*, 28. januar 2010; *VSL sodba II Cp 2398/2010*, 10. november 2010; glej tudi sodbo višjega sodišča v Bijelom Polju, *Gž. br. 934/2021*, 7. oktober 2021.

Prvi odst. 45. člena *Zakona o zdravstveni dejavnosti* (ZZDej)[41] določa, da zdravnik opravlja zdravstveno dejavnost v skladu s sprejeto zdravstveno doktrino[42] in s kodeksom medicinske -deontologije, torej slovenskim Kodeksom zdravniške etike[43] (KZE).[44] Iz 3. člena ZZdrS pa izhaja, da je zdravnik pri sprejemanju strokovnih odločitev neodvisen ter da svobodno izbere način zdravljenja, ki je v danih okoliščinah najprimernejši. Zdravnik se mora pri svojem delu ravnati po spoznanjih znanosti in strokovno preverjenih metodah[45] (1. in 2. odst. 3. člena ZZdrS). Ali je bila v konkretnem primeru storjena napaka, se presoja po pravilih zdravniške znanosti in stroke, ki pomenijo izraz znanstvenih in strokovnih dognanj z medicinskega področja.[46]

Ker pa sodišče ne pozna pravil zdravniške znanosti in stroke, si sodišče pri njihovem dokazovanju pomaga s sodnimi izvedenci.[47] Pri tem za imenovanje sodnega izvedenca, ki naj bi podal mnenje v konkretni zadevi, naziv specializacije ni bistven, saj je bistveno, da ima izvedenec ustrezno znanje za izdelavo konkretnega izvedenskega mnenja.[48] Pri presoji skrbnosti zdravnika je treba upoštevati strokovne in poklicne standarde, videnja in ravnanja, ki so veljavni na področju medicine v času, ko je poseg oprav-

---

[41] *Zakon o zdravstveni dejavnosti* – ZDej, *Uradni list RS*, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13, 88/16 – ZdZPZD, 64/17, 1/19 – odl. US, 73/19, 82/20, 152/20 – ZZUOOP, 203/20 – ZIUPOPDVE, 112/21 – ZNUPZ.

[42] Glej tudi 2. odst. 22. člena črnogorskega *Zakona o zdravstvenoj zaštiti* (ZZZ): Službeni list Crne Gore, br. 3/16, 39/16, 2/17, 44/18, 24/19, 24/19, 82/20, 8/21: *»Zdravstvena djelatnost se obavlja u skladu sa standardima, normativima, planiranim razvojem zdravstvenog sistema i prioritetnim mjerama zdravstvene zaštite, po stručno-medicinskoj doktrini i uz upotrebu zdravstvenih tehnologija.«*

[43] Pridobljeno: *https://www.zdravniskazbornica.si/docs/default-source/zbornicni-akti/kodeks-2016.pdf?sfvrsn=2* (26. marec 2023).

[44] Glej tudi črnogorski Kodeks medicinske etike in deontologije, ki je dostopen na *https://wapi.gov.me/download-preview/08ef3874-f486-4e39-a1ba-af8630e56bf8?version=1.0* (26. marec 2023).

[45] Glej tudi *VSRS sodba II Ips 929/2008*, 31. maj 2012: *»Zdravnik naj bi se pri zdravljenju pacienta vedno gibal v okviru, ki ga določajo sodobna medicinska doktrina, strokovni standardi in normativi. Ugotovil naj bi možnosti, ki jih nudi sodobna medicinska doktrina, in izbral tisto, ki se najtesneje sklada s potrebami in z zdravstvenim stanjem konkretnega pacienta. Ko pred tem izključi druge možnosti (kot morda še primernejše), izbere najustreznejši način zdravljenja.«*

[46] Glej tudi *VSRS sodba I Ips 46082/2015*, 18. februar 2021: *»Kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja in opravljanja zdravilske dejavnosti se od drugih blanketnih norm razlikuje po tem, da odkazuje na uporabo pravil zdravniške znanosti in stroke, ne pa na pravna pravila.«*

[47] Tako *VSK sodba II Kp 46082/2015*, 18. november 2019; več tem glej tudi T. Ivanc, S. Kraljić, 2019.

[48] *VSL sodba II Cp 976/2020*, 5. november 2020.

ljen.[49] V medicini namreč ne obstajajo trdna pravila, ki bi jamčila varnost in kakovost. Včasih je celo zelo težko ugovtoviti standard, ki je veljal v trenutki zdravljenja.[50]

Sodišče bo tako s pomočjo izvedenca opredelilo vsebino pravnega standarda. Ugotoviti namreč mora, kaj v konkretnem primeru zahteva sodobna medicinska doktrina, strokovni standardi in normativi glede na razvitost zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji, torej kako bi zdravnik moral ravnati v konkretnem primeru. Sodišče bo odločilo, ali je zdravnika v konkretnem primeru ravnal v skladu s pravnim standardom oziroma s skrbnosti dobrega strokovnjaka ali pa je ravnanje zdravnika možno opredeliti kot odstop od tega standarda.[51] Dokazati je torej treba, da je zdravnik deloval *contra legem artis.*[52] Ravnanje zdravnika bo možno opredeliti nestrokovno, če bo prekršil znana pravila zdravljenja in bo pri tem neskrben. Kot merilo je treba vzeti ravnanje povprečnega strokovnjaka njegove vrste.[53] Zdravnik pa bo moral dokazati, da je ravnal v skladu s pravili stroke, torej *lege artis*, saj se bo le tako lahko razbremenil svoje odgovornosti. Pri tem pa je pacientovo morebitno privolitev v ravnanje *contra legem artis* vsekakor treba šteti za pravno neveljavno.

Zdravnik, ki je zaposleni v zdravstveni instituciji kakor tudi pri zasebnem delodajalcu, praviloma ne odgovarja neposredno za nastalo škodo. V skladu s 1. odst. 147. člena OZ za škodo, ki jo povzroči delavec (torej tudi zaposleni zdravnik) pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, odgovarja pravna ali fizična oseba, pri kateri je delavec (zdravnik) delal takrat, ko je bila škoda povzročena, razen če delodajalec dokaže, da je delavec v danih oko-

---

[49] *VSL sodba II Cp 2229/2017*, 7. februar 2021.

[50] Sjeničić, 2013, str. 59.

[51] *VSL sodba II Cp 731/2021*, 14. julij 2021; tudi A. Božič Penko, 70.

[52] *VSL sodba I Cp 1512/2019*, 12. februar 2020: *»Sodna praksa je izoblikovala stališče, da je strokovna napaka zdravnika oziroma zdravstvenega osebja podana: kadar njihovo ravnanje ni v skladu z zahtevami zdravstvene doktrine (II Ips 384/2009); da gre za odstopanje od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, ki ima lahko za posledico kakršnokoli poslabšanje zdravja (primerjaj II Ips 80/2011) oziroma, da o strokovni napaki zdravnika govorimo, če ta ne ravna z večjo skrbnostjo, po pravilih zdravniške znanosti in stroke ter po običajih in če ne prepreči škode za pacienta oz. povzroči, da se pacientu zdravje poslabša (pri čemer gre v prvem delu za pravni standard skrbnosti dobrega strokovnjaka, ki je opredeljen v OZ (primerjaj II Ips 302/2011)). Ravnanje contra legem artis, ki napolnjuje pomen medicinske napake, je torej ravnanje oziroma opustitev ravnanj v nasprotju s strokovnimi, poklicnimi standardi vedenja in ravnanja, ki so veljavni na področju medicine v času škodnega dogodka.«* Glej tudi sodbe Vrhovnega sodišča Črne gore, *Rev. 791/2020*, 26. november 2020*; Rev. 1247/2020*, 2. marec 2021; in sodbe višjega sodišča u Podgorici, *Gž. 1208/2017,* 29. maj 2017*; Gž. 1595/2019,* 8. maj 2019.

[53] *VSL sklep II Cp 2084/2010*, 8. september 2010.

liščinah ravnal tako, kot je bilo treba.[54] Pri zdravljenju namreč ni mogoče govoriti o nevarni dejavnosti, zaradi katere bi bilo upravičeno uporabiti pravilo o objektivni odgovornosti zaradi ogrožanja. Zato zdravstvena ustanova vedno odgovarja krivdno. Kadar zdravstvena ustanova opravi poseg v soglasju s pacientom, je razmerje med zdravstveno ustanovo in pacientom, kot že navedeno, pogodbene narave, zaradi česar zdravstvena ustanova objektivno odgovarja za ravnanje svojih delavcev.[55] Četudi bi zdravnik pacienta vnaprej obvestil, da se morda lahko pripeti strokovna napaka (ker je npr. utrujen, izčrpan, preobremenjen, živčen, odvisen od kakšnih substanc...), to nikakor ne more biti razlog za izključitev odškodninske odgovornosti zdravstvene ustanove.[56]

Drugi odst. 147. člena OZ določa, da ima oškodovani pacient pravico zahtevati povrnitev škode tudi neposredno od zaposlenega zdravnika, če je ta škodo povzročil namenoma. Neposredni odškodninski zahtevek zoper delavca (torej zdravnika) je utemeljen samo, če se je zdravnik zavedal nedopustnosti svojega ravnanja in posledic (zavestna sestavina) ter da jih je hotel povzročiti (voljna sestavina).[57]

Razlog, da je podana odgovornost delodajalca in ne neposredna odgovornost zaposlenega zdravnika, izhaja iz varstva oškodovanca, ki mu je s tem omogočena lažja pot glede uveljavitve svoje pravice do odškodnine za nastalo škodo. Na drugi strani pa se na ta način varuje tudi zaposlenega delavca. Slednje je še posebej pomembno pri zdravnikih, saj bi stalna grožnja odškodninske odgovornosti lahko preveč vplivala na delo in bi jih s tem obremenjevala pri njihovi vnemi in samoiniciativnosti.[58]

4. UREDITEV ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI V NEKRIVDNEM ODŠKODNINSKEM SISTEMU – REŠITEV ZA OBSTOJEČE VRZELI GLEDE ODŠKODNINSKIH VPRAŠANJ V SISTEMU SLOVENSKEGA ZDRAVSTVA?

Obstoječi odškodninski sistem, ki temelji na malomarnosti, mnogokrat ne daje rešitev, ki bi zadovoljile pacienta, ki je utrpel škodo, saj so sodni postopki dolgi, naporni, togi in povezani običajno tudi z visokimi stroški.

[54] Prim. *VSL vmesna sodba II Cp 1164/2014*, 17. september 2014: *»Tožena stranka kot zdravstvena ustanova objektivno odgovarja za ravnanje svojih delavcev, kar pa ne pomeni, da je za samo škodno dejanje objektivno odgovorna, saj zdravljenja ni mogoče šteti za nevarno dejavnost, ki bi opravičevala uporabo pravil o odgovornosti po načelu vzročnosti. Zdravstvena ustanova tako vselej odgovarja krivdno, pri čemer je razmerje med bolnikom in zdravstveno ustanovo pogodbene narave.«*

[55] *VSL sklep II Cp 2084/2010*, 8. september 2010.

[56] *VSRS sklep II Ips 302/2011*, 26. april 2012.

[57] *VSL sodba I Cp 1805/2017*, 10. januar 2018.

[58] Živčec Kalan & Dobnikar v: Kersnik, 2002, 38.

Na drugi strani obstoječi odškodninski sistem prav tako ne daje zadovoljivih rešitev za zdravnike, saj gradi na njihovi krivdi, kar seveda negativno vpliva na njihovo delo tudi, če ni še prišlo do škode, še posebej pa seveda, če je škoda tudi dejansko nastala za pacienta. Z omenjenimi spoznanji so se odškodninski sistemi, vključno s področjem zdravstva, začeli ukvarjati že pred petdesetimi leti. Začeli so iskati in razvijati nove pristope. Eden od tovrstnih je vsekakor tako imenovani nekrivdni odškodninski sistem.[59]Ta odškodninski sistem ne temelji na krivdi zdravnika (ali tudi drugega zdravstvenega delavca), kot sedanji slovenski odškodninski sistem.

Pri tem ločimo dva pristopa, in sicer celostni in delni. Celostni pristop k nekrivdnemu odškodninskemu sistemu je podan npr. v Novi Zelandiji[60], Švedskem ter Finskem. Te države ne gradijo na načelu krivde.[61] Pacient, ki je utrpel škodo, je seveda upravičen do plačila odškodnine. Na drugi strani pa imamo države, ki so sprejele v svoje odškodninske sisteme individualne nekrivdne odškodninske sheme. Tudi Slovenijo lahko najdemo med slednjimi, saj takšno nekrivdno odškodninsko shemo poznamo na področju obveznega celjenja[62], ki ga določa Zakon o nalezljivih boleznih[63] (ZNB).[64]

Pri nekrivdni odškodninski odgovornosti je treba dokazati, da je bila zdravniška napaka vzročni dejavnik nastale poškodbe, ne glede na to, kdo je kriv. Podati je treba dokaz o vzročni zvezi in ne dokaz o krivdi.[65] Kljub temu da nekrivdni odškodninski sistem ne izhaja iz dokazovanja krivde, je še vedno na pacientu veliko breme glede dokazovanja vzročne zveze, kar je lahko ravno v 'medicinskih primeri' velika ovira. Prav tako pa se težave nekrivdnega odškodninskega sistema kažejo tudi glede opredelitve pacientov, ki so upravičeni do nadomestila, in lahko dokažejo, da je njihova poškodba nastala zaradi medicinske napaka (angleško *medical mishap),* in tis-

[59] Angleško *no-fault compensation system.*

[60] Nova Zelandija je že leta 1974 sprejela nov sistem nadomestil, ki ga financira vlada, za osebe, ki so utrpele telesne poškodbe, vključno s poškodbami na področju zdravstva. Sistem upravlja Accident Compensation Corporation (M. Bismark, R. Paterson, 278).

[61] V. Flis, 73.

[62] Nemčija je bila 1961 prva država, ki je uvedla nekrivdno odškodninsko shemo, ki se je nanašala na poškodbe, ki so nastale zaradi cepiv. Izhodišče je predstavljala sodba vrhovnega sodišča iz leta 1953 o odškodnini za osebe, ki so bile poškodovane z obveznim cepljenjem proti noricam (Mungwira et al., 2020).

[63] Zakon o nalezljivih boleznih – ZNB): *Uradni list RS*, št. 33/06 - uradno prečiščeno besedilo, 49/20 - ZIUZEOP, 142/20, 175/20 - ZIUOPDVE, 15/21 - ZDUOP, 82/21, 178/21 - odl. US, 125/22.

[64] Več o tem glej S. Kraljić, “Obvezno cepljenje v Sloveniji: razkorak med pravom in vsakdanjo prakso?“, *Sodobni izzivi in dileme: konferenčni zbornik*. 27. Posvetovanje Medicina, pravo in družba, 23. - 24. marec, Maribor 2018, 121–135.

[65] W. Gaine, “No-fault compensation systems - Experience elsewhere suggests it is time for the UK to introduce a pilot scheme“ *BMJ*. 2003, 997.

tih, ki jim tega ne uspe dokazati.[66] Če povzamemo, lahko ugotovimo, da tako obstoječi kot nekrivdni odškodninski sistem imata skupne točke. Oba odškodninska sistema temeljita na civilni odgovornosti ter zahtevata: i) kontradiktornost sodnega postopka; ii) dokazovanje kršitve dolžne skrbnosti in; iii) dokazovanje vzročne zveze.[67]

A ne glede na navedena stičišča obeh odškodninskih sistem, je treba še posebej izpostaviti, da je ravno nekrivdni odškodninski sistem tisti, ki lahko bistveno pripomore k ohranitvi dobri razmerij med zdravnikom in pacientom na splošno (torej v smislu zaupanja v zdravstveni sistem) kakor tudi v primeru individualnega razmerja, torej razmerja med konkretnim zdravnikom in pacientom.

Prednost nekrivdnega odškodninskega sistema pa se predvsem navezuje na zmanjšanje stroškov in hitrejšo obravnavo odškodninskih zahtevkov. Posledično se zaradi tega nekrivdni odškodninski sistem označuje tudi za pravičnejšega in učinkovitejšega.[68]Vendar ne gre prezreti možnosti, da se kljub temu, da se kot prednost nekrivdnega odškodninskega sistema izpostavljajo nižji stroški, lahko ravno slednje pripelje do povečanja kompenzacijskih zahtevkov, kar lahko celo v končni fazi lahko vodi v povečanje stroškov. Kot slabost nekrivdnega odškodninskega sistema se izpostavlja tudi, da ne upošteva pacientovih želja po opravičilu in obrazložitvi ter da ne spodbuja učenja na napakah.[69] Ugotovljeno je bilo namreč, da ima pacient, je utrpel škodo, mnogokrat željo, da bi zdravnik popravil svojo napako, se opravičil, podal pojasnilo in uporabil ukrepe, s katerimi bi preprečil, da bi se tovrstna napaka lahko ponovila.[70]

Obstoječi sodni postopki mnogokrat negativno vplivajo vpletene, saj se išče predvsem krivda zdravnika ali drugega zdravstvenega delavca. Ne gre pa prezreti, da je običajno domet tovrstnih (npr. medijsko odmevnih) primerov večji, širši in tudi dolgoročnejši. Kaže se lahko v izgubi zaupanja, povečanju čakalnih dob, dvigu nasilja nad zdravstvenimi delavci, zmanjšanju števila zaposlenih (npr. zaradi strahu zdravstveni delavec zamenja službo), v kakovosti zdravstvene oskrbe idr. Zato se na sistem nekrivdne odškodninske odgovornosti gleda kot na možno alternativo obstoječemu odškodninskemu sistemu, ki lahko prinesel morebitne izboljšave ali nadgradnjo obstoječemu sistemu oziroma kot možnost za odpravo odprtih vprašanj, težav oziroma nedorečenosti, ki so značilne za sisteme krivdne odškodninske odgovornosti. Na nekrivdni odškodninski sistem se

[66] E. Jackson, 2021, 161.
[67] Holm, Stanton & Bartlett, 2021, 171.
[68] W. Gaine, 997.
[69] E. Jackson, 2021, 161.
[70]A. Howard et al., 2019.

gleda kot na pravičnejši, hitrejši in ustreznejši za paciente, ki so utrpeli zdravstvene poškodbe in iz njih izvirajočo škodo. Ne gre pa seveda prezreti, da tudi nekrivdni sistem ni brez pomanjkljivosti. Enega izmed ključnih očitkov je v tem, da omogoča vzpostavljanje tako imenovanega 'varnega pristanišča' za zdravnike. Ne glede, v katero smer se bo razvijal slovenski odškodninski sistem na področju zdravstva, mora biti vedno v ospredje postavljena in zagotovljena varnost pacientov. Četudi se napaka zgodi, jo je treba obravnavati in analizirati ter se na napakah učiti, saj se le tako lahko prepreči, da bi se ponavljale.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Aoun, A., Al Hayek, S. & El Jabbour,“The need for a new model of physician-patient relationship: a challenge for modern medical practice“, *Fam Med Prim Care Rev* 4/2018;
2. Bevanda, Marko, Čolaković, Maja, *Medicinsko pravo,* Mostar 2019;
3. Bismark, M, Paterson, R. “No-Fault Compensation In New Zealand: Harmonizing Injury Compensation, Provider Accountability, And Patient Safety“, *Health Affairs* 1/2006;
4. Božič Penko, Ana, “Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo za zdravniško napako v sodni praksi“,*Pravni letopis* 2017;
5. Emanuel, Eзekiel, Emanuel, Linda, “Four Models of the Physician-Patient Relationship“, *JAMA* 16/1992;
6. Flis, Vojкo, “No-fault Compensation for Medical Injuries“ *Medicine, Law & Society* 2/2016;
7. Gaine, J. Wiliam, “No-fault compensation systems - Experience elsewhere suggests it is time for the UK to introduce a pilot scheme“ *BMJ*. 2003;
8. Griebau, D, Der Behandlungsvertrag, V: Ratzel, R. & Luxemburger, B., *Handbuch Medizinrecht* (Bonn: DeutscherAnwaltVerlag) 2008;
9. Holm, S., Stanton, C. & Bartlett, B. A New Argument for No-Fault Compensation in Health Care: The Introduction of Artifcial Intelligence Systems, Health Care Analysis, 29/2021;
10. Howard, A., McWilliams, T, Hannant, G. et al, “Could no-fault compensation for medical errors improve care and reduce costs?“, *British Journal of Hospital Medicine* 7/2019;
11. Ivanc, Tjaša, Kraljić, Suzana, “Vloga izvedenca v civilnih sodnih postopkih s poudarkom na medicinskem izvedenstvu“, *Zbornik radova s međunarodnog kongresa "1. kongres KOKOZA i 3. Hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem", [Rabac], 22.-24. ožujka,* Split 20019*;*

12. Ivović, Neda, *Saglasnost za medicinsku intervenciju i odgovornost ljekara,* Podgorica 2004;
13. Jackson, Emili, *Medical Law – Text, Cases, and Materials,* Oxford 2010;
14. Kersnik, J. *Zdravstvene napake,* druženje zdravnikov družinske medicine, Ljubljana 2002;
15. Kraljić, Suzana, “Obvezno cepljenje v Sloveniji: razkorak med pravom in vsakdanjo prakso?“, *Sodobni izzivi in dileme: konferenčni zbornik*. 27. Posvetovanje Medicina, pravo in družba, 23. - 24. marec, Maribor 2018;
16. Kraljić, Suzana, “Izbrani vidiki odškodninske odgovornostni zdravnika“, *Zbornik radova s međunarodnog kongresa "3. kongres KOKOZA i 5. Hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem", Rovinj, 1. - 3. travnja,* Split 2022;
17. Mungwira, R. G. et al. “Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries“. *PLOS ONE* 5/2023;
18. Ovčak Kos, Maja, Božič Penko, Ana. „Dileme v primerih odškodninskega prava v vezi z odgovornostjo za medicinsko napako“. *Odvetnik* 83/2012;
19. Perović, Slobodan,Stojanović, Dragoljub, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* Kragujevac 1980;
20. Rijavec, Vesna, “Medicinska napaka“, *Pravni letopis* 2017;
21. Samec Berghaus, Nataša, Felicijan Pristovšek, Rok “Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika“, *25. posvet Medicina in pravo: Razmerje med pacientom in zdravnikom, konferenčni zbornik*, Maribor 2016;
22. Sjeničić, Marta, *Pacijent kao oštećeni u građanskom pravu i njegova sukrivica,* Beograd 2013;
23. Smith, Y. “Doctor–Patient Relationship. *News Medical Life Science,* pridobljeno: *https://www.news-medical.net/health/DoctorPatient-Relationship.aspx* (28.januar 2023).
24. Universität Zürich (2011). 4.6 Typen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, pridobljeno: https://www.rwi.uzh.ch/elt-lst-tag/medizinrecht_1/lerneinheit_IV/de/html/unit_typen.html (31. marec 2023).
25. Zatler, Nikita, “Pojasnilna dolžnost zdravnika v sodni praksi“. *Pravna praksa* 2021;
26. Žnidaršič, Skubic,“Nekrivdna odškodninska odgovornost v zdravstvu“, *Medicina, pravo in družba: sodobne dileme IV* , Maribor 2021.

Pravni predpisi in sodna praksa

1. Kazenski zakonik, *Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21;
2. Krivični zakonik Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 -

dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017, 49/2018, 3/2020;

3. Obligacijski zakonik, *Uradni list RS*, št. Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631;
4. Presuda Višeg suda u Podgorici, Gž. 1208/2017, 29. maj 2017;
5. Presuda Višeg suda u Podgorici, Gž. 1595/2019, 08. maj 2019;
6. Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. 791/2020, 26. novembar 2020;
7. Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. 1247/2020, 2. mart 2021;
8. VSK sodba II Kp 46082/2015, 18. november 2019;
9. VSL sodba I Cp 1805/2017, 10. januar 2018;
10. VSL sodba II Cp 2229/2017, 7. februar 2021;
11. VSL sodba II Cp 2398/2010, 10. november 2011;
12. VSL vmesna sodba II Cp 1164/2014, 17. september 2014;
13. VSM sklep I Cp 655/2020, 2. februar 2021;
14. VSRS sodba I Ips 46082/2015, 18. februar 2021;
15. VSRS sodba II Ips 1145/2008, 28. januar 2010;
16. VSRS sodba II Ips 207/2015, 14. januar 2016;
17. VSRS sodba II Ips 290/2017, 17. maj 2018;
18. VSRS sodba II Ips 929/2008, 31. maj 2012;
19. VSRS sodba in sklep II Ips 94/2015, 2. julij 2015;
20. Zakon o nalezljivih boleznih, *Uradni list RS*, št. 33/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/20 – ZIUZEOP, 142/20, 175/20 – ZIUOPDVE, 15/21 – ZDUOP, 82/21, 178/21 – odl. US, 125/22;
21. Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list CG*, br. 47/2008, 4/2011 - dr. zakon i 22/2017;
22. Zakon o pacientovih pravicah, *Uradni list RS*, št. 15/08, 55/17, 177/20;
23. Zakon o pravima pacijenata, *Službeni list CG*, br. 40/2010, 40/2011 - dr. Zakon;
24. Zakon o zdravniški službi, *Uradni list RS*, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF, 88/16 – ZdZPZD, 40/17, 64/17 – ZZDej-K, 49/18, 66/19;
25. Zakon o zdravstveni dejavnosti, *Uradni list RS*, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13, 88/16 – ZdZPZD, 64/17, 1/19 – odl. US, 73/19, 82/20, 152/20 – ZZUOOP, 203/20 – ZIUPOPDVE, 112/21 – ZNUPZ;
26. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni list Crne Gore*, br. 3/16, 39/16, 2/17, 44/18, 24/19, 24/19, 82/20, 8/21.

Associate Professor Suzana Kraljić, LL.D.
Assistant Professor Katja Drnovšek, LL.D.

Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia

Assistant Professor Velibor Korać, LL.D.
Faculty of Law, University of Montenegro, Pogorica, Montenegro

RELATIONSHIP BETWEEN A DOCTOR AND PATIENT IN THE CONTEXT OF NO-FAULT LIABILITY

Summary

The basis of a doctor's liability for damages in Slovenia and, as a rule, in other countries (e.g., Montenegro, Croatia) is based on contract liability for damages. In the current legal framework, specific weaknesses of the existing system have been identified (e.g., long (court) proceedings, significant costs burdening the clients, insurance companies or the whole health system, and dissatisfaction of patients as victims and doctors). In particular, the latter has an impact on the doctor-patient relationship, which has severely damaged the mutual trust in this relationship. Some countries (e.g., New Zealand, Denmark, Sweden, Finland, Norway) have already developed compensation systems that move away from the classical tort system in healthcare. The paper analyses selected legal issues that arise in the context of the existing liability system and the potential benefits that a no-fault liability system could bring to the doctor-patient relationship.

Key words: *Compensation systems; Damages; Compensation; Patients; Healthcare.*

UDK/UDC 342.726-053.2
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

Prof. dr. sc. Boris Krešić
Doc. dr. sc. Ervina Halilović

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Ena Morankić, mag. iur.

Doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli

PRAVO DJETETA NA LIČNI IDENTITET (MOGUĆNOST PROMJENE IDENTITETA)

Pravo djeteta na očuvanje identiteta zagarantovano je Konvencijom o pravima djeteta, na način da Konvencija pod "identitetom" podrazumijeva ime djeteta, nacionalnost djeteta i njegove porodične odnose. Konvencija definiše da dijete nakon rođenja mora biti upisano u matične knjige rođenih. Jedno od osnovnih pitanja jeste da li je pravo na identitet zasebno autonomno pravo ili ono zavisi od drugih prava.

Pored međunarodnih dokumenata koji garantuju ostvarivanje prava na identitet u radu će biti analizirano ostvarivanje i zaštita prava na identitet sa svim specifičnostima pozitivnog prava. Neka od pitanja koja su sadržana u radu odnosit će se na upis imena sa slovima stranog alfabeta, mogućnosti promjene imena i mogućnosti promjene zasnovanog porodičnog odnosa.

Nadalje, rame uz rame ličnom identitetu djeteta ide i krađa njegovog ličnog identiteta, gdje se postavlja pitanje djelotvornosti Konvencije kao međunarodnog instrumenta zaštite? Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ne propisuje pravo djeteta na lični identitet kao zasebno pravo, ali omogućava djetetu da sazna svoje porijeklo.

Ključne riječi: *Lični identitet; Utvrđivanje porijekla; Pravo na ime; Nacionalnost, dijete, međunarodni standardi.*

Boris Krešić, *boris.kresic@unitz.ba*.
Ervina Halilovi, *ervina.halilovic@unitz.ba*.
Ena Morankić, *enaa_115@hotmail.com*.

1. UVOD

Poseban korpus prava djeteta u međunarodnom pravu ljudskih prava predstavljen je u Konvenciji o pravima djeteta (u daljem tekstu: Konvencija), koja djetetu između ostalih pobrojanih prava garantuje i pravo na identitet. Izvorno značenje pojma identitet je izvedeno iz latinskog jezika od riječi *identitas* i znači skup individualnih svojstava koji su karakteristični za osobu ili grupu. Upravo ta svojstva omogućavaju njihovo razlikovanje od ostalih.[1] Pravo djeteta na identitet predviđa da države ugovornice se obavezuju jamčiti djetetu pravo na očuvanje svog identiteta, uključujući nacionalnost, ime i porodične odnose priznate zakonom u šta se neće nezakonito miješati.[2] U slučajevima kada je dijete nezakonito lišeno nekih elemenata ili svih elemenata svog identiteta, države ugovornice će osigurati odgovarajuću pomoć i zaštitu u cilju njegovog što bržeg potvrđivanja,[3] odnosno vraćanja identiteta.

Iz prednjeg je vidljivo da Konvencija pod ličnim identitetom djeteta zapravo smatra njegovo ime, njegovu nacionalnost odnosno državljanstvo i njegove porodične odnose. Specifičnost ovog prava vidljiva je kroz to što upravo pobrojani elementi koji su sastavni dijelovi prava djeteta na identitet, su zapravo i zasebna prava djeteta koja su garantovana Konvencijom. Upravo zbog toga pravo djeteta na identitet je usko povezano i neodvojivo od ostalih prava.

Iako su nacionalnost, ime i porodični odnosi navedeni kao bitni elementi identiteta oni nisu trebali poslužiti kao ograničavajući parametri. Normiranje da identitet u sebi "uključuje" nacionalnost, ime i porodične odnose sugerira da se identitet konceptualno odnosi na ove aspekte, ali ne isključivo, i stoga identitet mora imati sadržaj i izvan ova tri navedena primjera.[4] Tumačenjem ostalih normi Konvencije vode do zaključka da, budući da član 7. već štiti djetetovo pravo na državljanstvo, ime i porodične odnose, član 8. mora zaštiti i druga prava.[5] Elastični izraz odgovornosti države iz člana 8. stava 1. „Države stranke obvezuju se poštovati” implicira relativno slabu, negativnu razinu obveze države. Međutim, član 8 stav 2. dodaje obvezu države da "pruži odgovarajuću pomoć i zaštitu" onima koji su "nezakonito lišeni" svog identiteta "s ciljem brzog ponovnog uspostav-

[1] Preuzeto sa: *https://hr.encyclopedia-titanica.com/significado-de-identidad,* 05. jul 2022.

[2] Konvencija o pravima djeteta, čl. 8, st. 1.

[3] Konvencija o pravima djeteta, čl. 8, st. 2.

[4] D. Hodgson, *The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness*, 7 INT'L J. L. & FAM.

[5] C. P. Cohen, “Elasticity of Obligation and the Drafting of the Convention on the Rights of the Child“, CONN. J. INT'L L 3/1987,71, 78–80.

ljanja (njihovog) identiteta," sugerirajući time da pravo na identitet u sebi i sadrži pozitivnu obavezu države na zaštitu ovog prava.

Nadalje, Konvencija propisuje da nakon rođenja dijete mora biti upisano u matične knjige te da mu se mora jamčiti pravo na ime, pravo na državljanstvo, i ukoliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje i da uživa njihovu skrb.[6] Naime, osnovno polazište Konvencije kao sveobuhvatnog, bezuvjetnog i holističkog međunarodnog akta jeste i to da se djeca rađaju sa temeljnim slobodama i pravima koji pripadaju svim ljudskim bićima.[7] U ova prava spada i pravo na identitet, ali da li bi prednje konvencijsko rješenje značilo da se dijete ipak ne rađa sa njegovim pravom na identitet, odnosno sa elementima istog (ime, državljanstvo i porodični odnosi), već da dijete titularom prava na identitet postaje tek nakon upisa u matičnu knjigu kako to sama Konvencija i propisuje?

2. PRAVO NA IDENTITET

Svaki pokušaj definiranja prava na identitet mora započeti sa razumijevanjem samog koncepta identiteta. Ne postoji prevladavajuća pravna definicija identiteta,[8] znanstvenici prava, društvenih nauka i filozofije ističu važnost ličnih i društvenih osobina pojedinca u formiranju stabilnog ili dinamičnog identiteta. Razumijevanje “društvenog konteksta” definira identitet u smislu jedinstvenosti pojedinca u odnosu da druge u samom društvu.[9] U tom smislu, lični identitet počinje od trenutka začeća i obuhvata daleko više od puke identifikacijske informacije kao što je datum rođenja. Dok identitet obuhvata relativno "statične" osobine i atribute, poput biografskih podataka i fizičkih osobina, on se također proteže na pojedinca u odnosu na njegovo vanjsko izražavanje i uspostavljanje mreže značajnih društvenih odnosa, kao što su veze s članovima porodice, kulturama ili religijom.[10]

Profesor Ya'ir Ronen opisuje dihtomiju identiteta kao "potrebu da se postane" i "potrebu da se bude".[11] Prva potreba odnosi se na razvoj pojedinca i stalno obnavljanje njezina identiteta tako što ona slijedi svoje am-

[6]. Konvencija o pravima djeteta, čl. 7, st. 1

[7] Preuzeto sa: *https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2017/05/Konvencija_20o_20-pravima_20djeteta_full.pdf*, 05. jul 2022.

[8] Vid. šire: S. Besson, “Enforcing the Child’s Right to Know his Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights,“ *INT’L J. L. POL’Y & FAM* 21/2007, 137, 141.

[9] K. von Benda-Beckman, M. Verkuyten, *Introduction: Cultural Identity and Development in Europe, in Nationalism, Ethnicity and Cultural identity in Europe*, 1995, 15, 17.

[10] Ya’ir Ronen, “Redefining the Child’s Right to Identity“, *INT’L J. L. POL’Y & FAM* 18/2004, 147–157.

[11] *Ibid.*

bicije. Druga potreba naglašava načelo autentičnosti, tj potrebu pojedinca da bude vjeran samom sebi, u kojoj god fazi svog razvoja ona bila identitet pronalazi sebe i potrebu društva da prepozna taj identitet.

Pravni stručnjaci tvrde da je pravo na identitet neovisno i autonomno od drugih prava, ističući da je to temeljno pravo ukorijenjeno u ljudskom dostojanstvu.[12] Čak i tamo gdje nema eksplicitnog pozivanja na pravo na identitet, budući da je identitet pojedinca poseban "egzistencijalni interes", pravo na identitet je temeljno i isto tako različito od ostalih prava.[13] Dr. Cerda, autor člana 8 Konvencije, tvrdi da je pravo na identitet neovisno pravo, ali ostavlja sudovima da proširuju njegov sadržaj.[14]

Smatramo da Konvencija, kao međunarodni ugovor, daje odgovor na pitanje da li je pravo na identitet autonomno pravo neovisno od drugih prava. Prema načelu učinkovitosti člana 8. stvara autonomno i neovisno pravo, dok se sadržaj prava na identitet može značajno ili čak potpuno preklapati sa sadržajem drugih prava.[15] Možemo reći da pravo na identitet štiti individualno bitne i poznate lične osobine i društvene odnose.

Posmatrajući iz perspektive nositelja prava, pravo na identitet općenito je pravo na učinkovito državno priznanje nečijeg identiteta. Državno priznanje određenog prava ogleda se u njenoj obavezi poštivanja, zaštite i omogućavanja uživanja datog prava. Obveza poštivanja identiteta znači da se države moraju suzdržati od aktivnog uplitanja u identitet pojedinca.[16] Obveza zaštite identiteta znači da države moraju poduzeti potrebne mjere kako bi spriječile miješanje drugih u identitet pojedinca. Posebna obveza države, u cilju zaštite identiteta, jeste obaveza države da se djeca registriraju (upišu) odmah nakon rođenja, iz razloga što registracija (upis) štiti djecu i druge od trgovine ljudima.[17] Obveza zaštite uživanja identiteta znači da

[12] CJI, El alcance del derecho a la identidad.

[13] J. Weeks, *the value of difference in Identity - Community, Culture, Difference* 88 (ed. J. Rutherford 1990).

[14] J. Sergio Cerda, “The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights“, *HUM. RTS. Q.* 12/1990, 115–117.

[15] Vid. šire: N. Piñol Sala, *Los delitos del art. 146 del CP al la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, in DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 205.

[16] U predmetu *Darwinia Rosa Monaco de Gallicchio v. Argentina* došlo je do izmjene i krivotvorenja podataka o roditeljima djeteta a koji su bili nestali, te je dijete naknadno dato na usvojenje pod lažnim imenom. Država Argentina se aktivno umiješala u promjenu identiteta djeteta, na način što je protupravno primijenila ime djeteta te je na taj način narušila porodične veze djeteta i time mu povrijedilo pravo na poštivanje identiteta. *http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1995.04.03_Monaco_de_Gallicchio_v_Argentina.htm.*

[17] Vidi UNICEF, Registracija rođenja, pravo od samog početka, INNOCENTI DIGEST No. 9, at 6-7 (Mart 2002).

države moraju postupno osiguravati da svaka osoba ima priliku razvijati svoj identitet. Država mora osigurati svakom pojedincu pravo na promjenu identiteta ili ispravak prikupljenih ličnih podataka.

3. PRAVO NA IME

Upis rođenja osobe je prvo formalno i pravno priznanje od strane države. Registracija omogućava pristup važnim pravima kao što su pravo na obrazovanje, pravo na zdravlje i sl, i služi kao mehanizam za prepoznavanje odnosa sa drugim osobama u društvu, naročito u porodici.

U kontekstu prava na identitet djeteta egzistira i element, ali i pravo, ličnog imena djeteta. Pravo na lično ime zaštićeno je kroz nekoliko međunarodnih dokumenata nastalih pod okriljem Ujedinjenih nacija. Naime, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima[18] propisuje da svako dijete bez razlike u pogledu rase, boje kože, spola, jezika, vjere, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovine ili rođenja, ima pravo na mjere zaštite od strane svoje porodice, društva i države koje odgovaraju njegovom maloljetnom statusu. Svako dijete mora biti registrovano u matične knjige i mora dobiti ime neposredno nakon rođenja, kao i da svako dijete ima pravo na državljanstvo.[19] Kao što je već ranije navedeno, Konvencija također propisuje da dijete nakon rođenja mora biti upisano u matične knjige. Vidljiva je i terminološka razlika u pomenutim međunarodnim aktima, pa Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima traži registraciju djece, dok Konvencija koristi termin upisa.

Kada je u pitanju Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao najvažniji europski dokument za zaštitu prava svakog čovjeka pa tako i djeteta, ne sadrži odredbu kojom eksplicitno štiti pravo na ime, ali je ono ipak sadržano u konvencijom zaštićenom pravu na privatni i porodični život, utoliko što odgovara čovjekovom pravu na vlastiti identitet.[20]

Rješenje pozitivnog zakonodavstva FBiH svakako jeste usklađeno sa konvencijskim rješenjem koje zahtjeva upis djeteta, ali postavlja se pitanja da li je Konvencija protivrječna samoj sebi, s obzirom da je osnovno polazište Konvencije da se sva djeca rađaju sa temeljnim slobodama i pravima. Tumačeći odredbe pomenutih Europskih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, vidljivo je da konvencije, kao i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ne garantuju izričito pravo djetetu na lično ime od tre-

[18] Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/71 i *Službeni list RBiH*, br. 5/92 i 25/93.

[19] Međunarodni pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 24.

[20] U. Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights*, London, New York, Taylor and Francis 2017.

nutka njegovog rođenja. Ipak ovako usko tumačenje ovakvog konvencijskog rješenja moglo bi stvoriti pravnu dilemu kada zapravo dijete stječe pravo na lični identitet, da li rođenjem ili upisom? Da li bi to značilo da se djeca ne rađaju sa temeljnim slobodama i pravima, već da postaju titularima istih tek nakon što su registrovana odnosno upisana u matičnu knjigu rođenih? Nelogično bi bilo prednje tumačenje iz razloga što sama Konvencija pod identitetom djeteta uvrštava i njegove porodične odnose, tačnije da zna ko su mu roditelji u situaciji kada postoji anonimno rođenje djeteta odnosno kada su mu oba roditelja nepoznata, ili samo jedan od roditelja, kao i pravo djeteta na utvrđivanje porijekla u slučaju usvojenja.

U pozitivnom zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu FBiH) pravo na ime ne proizlazi samo iz puke činjenice postojanja, već dijete lično ime stječe upisom u matičnu knjigu rođenih, dok mu je pravo na identitet zagarantovano samim rođenjem.. [21] Naime, kao dužnost i pravo roditeljima se priznaje mogućnost da utječu na pojedine elemente statusa djeteta,[22] pa su roditelji ti koji sporazumno određuju lično ime djetetu,[23] a ako jedan roditelj nije u životu ili je spriječen da vrši roditeljsko staranje ili je nepoznat ili je nepoznatog boravišta lično ime će odrediti drugi roditelj.[24] Ukoliko roditelji nisu uspjeli sporazumno odrediti lično ime djetetu, onda će lično ime odrediti nadležni centar za socijalni rad kao organ starateljstva.[25] U situaciji kada oba djetetova roditelja nisu živa ili su u nemogućnosti da vrše roditeljsko staranje, lično ime određuje lice kojem je povjereno staranje o djetetu uz saglasnost nadležnog organa starateljstva,[26] a sam organ starateljstva će odrediti lično ime djetetu u situaciji kada su oba roditelja djeteta nepoznata.[27]

Bitno je napomenuti da je pravo roditelja na određivanje ličnog imena djeteta ograničeno na način da roditelji jesu slobodni pri izboru imena, ali iako to u zakonu nije izričito propisano, ipak je prihvaćen stav da roditelji ne mogu djetetu odrediti pogrdno ime, ime kojim se vrijeđa moral ili koje je u suprotnosti sa shvaćanjima sredine i običajima.[28]

Pravo na ime kao element prava ličnosti je apsolutno pravo. Prema trećim licima djeluje kroz negativan sadržaj tj. kroz zabranu nedopuštene

[21] Zakon o ličnom imenu Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 7/2012, (u daljem tektstu ZLI FBiH), čl.3.

[22] N. Traljić, S. Bubić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 170.

[23] ZLI FBiH „Lično ime se sastoji od imena i prezimena.“, čl. 3.

[24] ZLI FBiH, čl. 6, st. 4.

[25] ZLI FBiH, čl. 6, st. 3.

[26] ZLI FBiH, čl. 6, st. 6.

[27] ZLI FBiH, čl. 6, st. 7.

[28] N. Traljić, S. Bubić, 171.

upotrebe imena. Riječ je o neprenosivom pravu, kao i pravu koje je strogo lične prirode s obzirom na to da traje dok je živ nositelj imena.[29]

Pitanje povrede prava na identitet se može postaviti i u slučaju kada određena osoba ima ime koje sadržava slova stranog pisma. Odnosno da li se osoba može upisati u matične knjige rođenih ukoliko joj je ime čine i slova stranog alfabeta. Odgovor na ovo pitanje nam daje član 3 ZLI FBiH u kojem se navodi da upis ličnog imena u matičnu knjigu rođenih lica koje pripada nacionalnoj manjini može se izvršiti na jeziku i pismu nacionalne manjine kojoj pripada ukoliko se nije drugačije opredijelilo, odnosno na jeziku ili pismu države čije je državljanstvo imalo prije sticanja državljanstva Bosne i Hercegovine, odnosno državljanstva Federacije. U skladu sa navedenim članom osoba se u matične knjige može upisati ako sadrži slova stranoga pisma. Problem može nastati kada osoba koja ima slova stranoga pisma (q, w, x, i y) preda dokumenta za ličnu kartu. Prema Zakonu o ličnoj karti državljana Bosne i Hercegovine[30] naslov i nazivi pojedinih polja na ličnoj karti pišu se na bosanskom, hrvatskom, srpskom i engleskom jeziku. Podaci se upisuju latiničnim i ćiriličnim pismom.[31] Ukoliko su u matičnim knjigama na osnovu kojih se upisuju podaci u evidencije lične karte upisana posebna slova koja nisu definisana zvaničnim jezicima i pismima u Bosni i Hercegovini, onda se ta slova pišu shodno međunarodnim standardima, a prema Uputstvu koje donosi direktor Agencije za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine. Tako ako se u našem slučaju osoba preziva „Kreitmayer“ na latiničnom pismu će i pisati „Kreitmayer“ ali na ćiriličnom pismu osoba će se prezivati „Kreitmaajer“ („*Креитмаајер*“). Bitno je napomenuti da se radi o osobi državljaninu Bosne i Hercegovine od samog rođenja koje ima inostrane korijene. Promjena slova stranog alfabeta vrši se na osnovu Uputstva o načinu postupanja nadležnih organa prilikom prebacivanja posebnih slova koja nisu definirana zvaničnim jezicima i pismima u Bosni i Hercegovini i načinu ispisivanja karakterističnih znakova prilikom unosa ličnih podataka u centralnu evidenciju.[32] Prilikom i pisanja i izgovora prezimena u navedenom primjeru vidljivo je da se osoba ne preziva isto na latiničnom i na ćiriličnom pismu. U navedenom primjeru identitet osobe se mijenja u zavisnosti od pisma na kojem mu se ispisuje prezime. Postoji li onda povreda prava na identitet? U predmetu *Macalin Moxamed Sed Dahir* protiv

[29] J. Dropulić, „Pravo na osobno ime”, *Hrvatska javna uprava* 4/2006, 127.

[30] Zakon o ličnoj karti državljana Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 32/2001, 16/2002, 53/2007, 56/2008 i 18/2012.

[31] Zakon o ličnoj karti državljana BiH, čl. 6, st. 4.

[32] Uputstvo dostupno na web stranici: *https://www.iddeea.gov.ba/images/stories-/PDF/laws/bosanski/uputonacinpostupnadlorgprilikprebacposebslova_8-13_bos.pdf.*

Švicarske[33] podnositeljica zahtjeva tražila je mogućnost korištenja dva različita načina pisanja svog imena. Sud je utvrdio da bi takva situacija bila u suprotnosti sa načelom ujednačenosti u bilježenju prezimena te da ne postoji povreda prava.

4. PRAVO NA PROMJENU IMENA

Pravo na ime kao apsolutno lično pravo titulara može se i mijenjati, odnosno titular ima pravo na uživanje prava na identitet. Pozitivno zakonodavstvo FBiH dozvoljava mogućnost promjene ličnog imena. Svako lice ima pravo da promijeni lično ime, odnosno samo ime ili samo prezime osim u slučajevima za koje je drugačije određeno zakonom.[34] Lice može promijeniti lično ime ili samo ime ili samo prezime nakon promjene porodičnog ili ličnog statusa (usvojenje, priznanje i utvrđivanje očinstva ili materinstva, sklapanje braka, prestanak braka - razvod ili poništenje braka, smrt bračnog partnera ili proglašenje bračnog partnera umrlim, promjena spola) ili na lični zahtjev.[35] Kada je u pitanju promjena ličnog imena djeteta lica ovlaštena za podnošenje zahtjeva su njegovi roditelji, ili jedan roditelj uz saglasnost drugog roditelja, ili usvojitelji ili staratelj uz saglasnost organa starateljstva.[36]

Djetetu kome je određeno lično ime može se poslije priznavanja očinstva, utvrđivanja ili osporavanja očinstva ili materinstva do 18. godine života odrediti novo lično ime u roku od šest mjeseci od dana priznanja očinstva, odnosno od pravosnažnosti sudske odluke kojom je utvrđeno ili osporeno očinstvo ili materinstvo.[37] U naprijed navedenom slučaju roditelji su aktivno legitimisana lica koja podnose izjavu o određivanju novog ličnog imena djeteta matičaru koji vodi matičnu knjigu rođenih u kojoj je upisano rođenje djeteta ili matičaru nadležnom prema mjestu prebivališta roditelja.[38]

Značajna je zakonska odredba koja omogućava sudjelovanje djeteta u postupku i mogućnosti promjene svog ličnog imena, ali pod uvjetom da je to dijete starije od 10 godina života. Pa tako, ukoliko imamo dijete koje ispunjava pomenuti kriterij godina za promjenu ličnog imena potreban je i

[33] Dostupno na web stranici: MACALIN MOXAMED SED DAHIR c. SUISSE (coe.int). Stranici pristupljeno dana 22.01.2023. godine. Predmet se odnosio na zahtjev podnositeljice za promjenu prezimena na temelju činjenice što izgovor njenog prezimena na švicarskom jeziku proizvodi uvredljivo značenje na njenom maternjem jeziku.

[34] ZLI FBiH, čl. 9, st. 1.

[35] ZLI FBiH, čl. 9, st. 2.

[36] ZLI FBiH, čl. 13.

[37] ZLI FBiH, čl. 10, st. 1.

[38] ZLI FBiH, čl. 10, st. 2.

njegov pristanak koji se daje kod matičara,[39] Dakle, roditelji ne mogu promijeniti ime djeteta starijeg od deset godina samo ukoliko se i samo dijete ne slaže sa promjenom istog,[40] Prednje se ne odnosi samo na situaciju kada promjenu ličnog imena iniciraju biološki roditelji, već i kada usvojitelji žele da promijene ime usvojeniku koji je stariji od deset godina.[41]

Analizirajući odredbe ZLI FBiH vidljivo je da dijete jedino može učestvovati u postupku promjene ličnog imena ukoliko je stariji od 10 godina na način da daje ili uskraćuje svoj pristanak, dok dijete ni u kojem slučaju ne može učestvovati u postupku određivanja svog prvobitnog imena, što je svakako i logično s obzirom na uzrast djeteta.[42] Ispunjenjem uvjeta koji se odnosi na godine od slobodno izražene volje djeteta zavisi da li će doći do promjene njegovog ličnog imena.

Postavlja se pitanje da li dijete i u kojem slučaju može da započne postupak promjene ličnog imena, odnosno da samo podnese zahtjev? Maloljetnik koji prije punoljetstva sklopi brak ili postane roditelj stječe poslovnu sposobnost.[43] Sklapanjem braka uz dozvolu suda dolazi do zakonske emancipacije maloljetnika, te on po sili zakona stječe potpunu poslovnu sposobnost.[44] Maloljetnik stariji od 16 godina koji je postao roditelj takođe može steći poslovnu sposobnost odlukom suda u vanparničnom postupku (sudska emancipacija).[45]

Zakon o ličnom imenu kao *lex specialis* ne navodi mogućnost u kojoj maloljetno lice može samo podnijeti zahtjev za promjenu ličnog imenu i na taj način direktno odlučivati o promjeni svog identiteta. Analizirajući odredbe koje se odnose na zakonsku i sudsku emancipaciju jasno je da bi osoba koja je napunila 16 godina života, sklopila brak i/ili postala roditelj, bez obzira što nije napunila godine punoljetstva, a jeste postala poslovno sposobna, mogla da podnese zahtjev za promjenu ličnog imena. Ovo je značajno iz razloga što Konvencija djetetom označava svaku osobu koja je mlađa od 18 godina i pri tome ne spominje poslovnu sposobnost. Pa time

[39] ZLI FBiH, čl. 10, st. 3.

[40] N. Lucić, „Zastupanje u vezi s bitnim osobnim pravima djeteta”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2021, 825.

[41] Usvojilac može odrediti ime usvojeniku. U slučaju promjene imena i prezimena usvojenika potreban je i njegov pristanak, ukoliko je usvojenik stariji od 10 godina života (Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 18.)

[42] Organ starateljstva radi zaštite prava i interesa djeteta – dužan je u roku od 15 dana od dana prijema obavijesti od matičara da se roditelji nisu sporazumjeli o ličnom imenu djeteta pokrenuti postupak za određivanje ličnog imena djeteta. (ZLI FBiH, čl. 6, st. 5).

[43] Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH,* br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019, (u daljem tekstu PZ FBiH), čl. 157.

[44] N. Traljić, S. Bubić, 276.

[45] Porodični zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 157, st. 3 i 4.

ukoliko bi lice prije punoljetstva steklo poslovnu sposobnost i dalje bi konvencijski uživalo status djeteta.

Ovakva zakonska rješenja dovode do zaključka da dijete tek od svoje desete godine života može da odlučuje o svom identitetu na način da može slobodno izraziti mišljenje u vezi promjene istog. Znači, dijete učestvuje u postupku koji on sam ne može pokrenuti, jer nije ovlašten za podnošenje zahtjeva za promjenu ličnog imena, na način da izražava svoje mišljenje u vezi pitanja promjene imena, te je upravo njegova slobodna volja odlučujuća kod promjene.

5. PROMJENA PORODIČNOG ODNOSA U SMISLU IDENTITETA

U savremenim pravima rijetke su definicije porodice, jer je teško pravno odrediti pojam jedne pojave koja nije statična i na koju utječu brojni činioci izvan pravnog domena.[46] Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ne sadrži definiciju porodice, ali Europski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) tumačeći odredbe prava na porodični život[47] odredio je okvirne elemente koji definišu porodicu, a to su supružnici i vanbračni partneri, djeca i roditelji, braća i sestre, djedovi/bake i unuci/unuke, odrasle osobe i njihovi roditelji odnosno drugi srodnici, vjerenici i homoseksualni partneri.[48]

Porodični zakon FBiH određuje porodicu kao životnu zajednicu roditelja i djeca i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojitelja i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednica ako žive u zajedničkom domaćinstvu.[49] Kao što je već ranije navedeno pod pravom na identitet djeteta Konvencija objedinjuje element identiteta, državljanstva, imena i porodičnih odnosa. Ukoliko je dijete rođeno u porodici, ono automatski stječe element veze sa porodicom kao sastavnim dijelom identiteta.[50] Međutim te veze u određenim situacijama mogu biti prekinute ili pak nikada zasnovane. U takvim situacijama potrebno je utvrditi porijeklo djeteta kako bi se zasnovao porodično-pravni statusni odnos roditelj-dijete, te kako bi nastala određena prava i obaveze, kako roditelja prema djetetu, tako i djeteta prema roditeljima.[51]

---

[46] M. Draškić, *Porodično pravo i pravo deteta,* Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd 2020, 45.

[47] Europska konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, čl. 8.

[48] M. Draškić, 46–49.

[49] PZ FBiH, čl. 2.

[50] N. Šahović Vučković, *Prava deteta i međunarodno pravo,* Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd 2000, 114.

[51] N. Lucić, B. Rešetar, „Utvrđivanje porijekla djeteta u novom Obiteljskom zakonu*“, Hrvatska pravna revija* 3/2016.

Roditeljski odnos ne nastaje uvijek u isto vrijeme, već momenat njegovog zasnivanja zavisi od načina nastanka ovog odnosa. Bračno dijete zasniva odnos s roditeljima samim rođenjem, odnosno upisom u matičnu knjigu rođenih. U istom momentu može nastati i vanbračni roditeljski odnos onda kada je očinstvo djeteta priznato prije njegovog rođenja ili odmah po njegovom rođenju, nakon što odmah bude upisano u matičnu knjigu rođenih. Međutim roditeljski odnos može nastati i kasnije, naknadnim utvrđivanjem materinstva i očinstva, ili samo očinstva djeteta.[52]

Pravo djeteta da zna svoje biološke porijeklo dio je opšteg prava na očuvanje sopstvenog identiteta. Naime, identitet jedne osobe predstavlja, u suštini, potvrdu njene egzistencije, način na koji takva osoba postaje vidljiva i prepoznatljiva u društvu, a važna komponenta te prepoznatljivosti jeste i to što se može trasirati put prema sopstvenim biološkim precima.[53]

Porodični zakon ne normira izričito pravo djeteta da zna ko su mu roditelji, ali na druge indirektne načine priznaje djetetu to pravo. Naime, dijete je aktivno legitimisano za podnošenje tužbe radi utvrđivanja materinstva i očinstva, kao i osporavanja priznatog materinstva i očinstva. Dijete je najzainteresovanije za utvrđivanje svog porijekla. Porodični zakon normira da dijete može podnijeti tužbu radi utvrđivanja očinstva i materinstva ne ograničavajući njegovo pravo na tužbu rokom.[54] Time što je dijete ušlo u krug ovlaštenika za pokretanje maternitetskih i paternitetskih sporova, zakonodavac je nedvojbeno dao djetetu pravo na saznanje sopstvenog identiteta na način da može pokretanjem sudskog spora saznati ko su mu biološki roditelji.

Pored utvrđivanja svog porijekla podnošenjem tužbe radi utvrđivanja materinstva i/ili očinstva, djetetu je data i mogućnost za osporavanjem materinstva i očinstva. Za razliku od tužbe radi utvrđivanja očinstva i materinstva, dijete tužbu radi osporavanja bračnog očinstva, priznatog očinstva i bračnog materinstva i priznatog materinstva, može podnijeti do navršene 25. godine života.[55]

Nemoguće je promijeniti biološku komponentu, odnosno prirodne roditelje. Biološka komponenta u smislu prirodnih roditelja je nepromjenjiva kategorija neovisna od činjenice izmjene roditelja u matičnim knjigama. Kada govorimo o porodičnim odnosima djeteta u kontekstu njegovog prava na identitet potrebno je napomenuti da je i promjena upisanih bioloških roditelja u matičnim knjigama moguća ali samo u slučaju potpunog usvojenja. Potpunim usvojenjem između usvojitelja i njegovih srodnika, s jedne

[52] N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, Sarajevo 2007, 28.
[53] M. Draškić, 252.
[54] PZ FBiH, čl. 72.
[55] PZ FBiH, čl. 79.

strane, i usvojenika i njegovih potomaka s druge strane, nastaju odnosi koji su po svim dejstvima identični odnosima između krvnih srodnika.[56] Usvojenik se potpuno integrira u porodicu usvojitelja, a prekida sve veze sa svojom prirodnom porodicom.[57] Potpuno se može usvojiti dijete do njegove 10. godine života,[58] dok se nepotpuno može usvojiti dijete do navršene 18. godine života.[59] U slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja roditeljska prava prirodnih roditelja *de facto* miruju, s mogućnošću da se u određenim situacijama ponovo aktiviraju, s obzirom da je nepotpuno usvojenje raskidivo, za razliku od potpunog usvojenja.[60] U postupku usvojenja godine ne determiniraju samo oblik usvojenja već i mogućnost učestvovanja djeteta u samom postupku usvojenja na način da izražava svoje mišljenje. Posebno je ovo važno iz razloga što jedino zasnivanjem potpunog usvojenja dijete mijenja svoj identitet u kontekstu porodičnih odnosa, s obzirom da u potpunosti raskida sve veze sa biološkim roditeljima i svim njihovim srodnicima. Međutim, dijete nema pravo ni u kojem obliku da učestvuje u postupku promjene svog identiteta, odnosno raskidanja porodičnih odnosa i zasnivanja novih.

Zakon u slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja traži pristanak djeteta koje je starije od deset godina i sposobno da shvati značaj usvojenja.[61] Međutim zasnivanje ovog oblika usvojenja ne dolazi do promjene identiteta djeteta u kontekstu porodičnih odnosa. Moguća je promjena identiteta u kontekstu ličnog imena djeteta, obzirom da usvojenik dobiva prezime usvojitelja, osim ako usvojitelj odluči da usvojenik zadrži svoje prezime ili svom prezimenu doda prezime usvojitelja. Usvojitelj može odrediti i ime usvojeniku. U slučaju promjene imena i prezimena usvojenika potreban je i njegov pristanak ukoliko je stariji od deset godina.[62] Naime, kod promjene porodičnih odnosa dijete ne učestvuje ni u kojem obliku niti izražava svoje mišljenje.

6. ZAKLJUČAK

Pravo na identitet samostalno je i temeljno zaštićeno ljudsko pravo. Međunarodni ugovori, sudska praksa konceptualiziraju identitet kao značajan profil pojedinca sa ličnim svojstvima i društvenim vezama, te obavezuju državu da štiti pravo na identitet kroz svoje pozitivne i negativne duž-

[56] PZ FBiH, čl. 113.
[57] N. Traljić, S. Bubić, 110.
[58] PZ FBiH, čl 101.
[59] PZ FBiH, čl. 103.
[60] N. Traljić, S. Bubić, 127.
[61] PZ FBiH, čl. 103.
[62] PZ FBiH, čl. 118, st. 1, 2 i 3.

nosti. Konkretno, ovaj okvir prava na identitet pruža važne smjernice za države prilikom organizacije registracije svog stanovništva.

Obveza države je da štiti i promiče identitet. Odredbe Konvencije o pravima djeteta ukazuju na to da matične knjige moraju točno upisivati lične podatke i jamčiti i fizičku i pravnu sigurnost ovih informacija, uključujući sigurnost od krivotvorenja i uništenja.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Benda-Beckman, Keebet, Maykel, Verkuyten, *Introduction: Cultural Identity and Development in Europe, in Nationalism, Ethnicity and Cultural identity in Europe*, 1995;
2. Besson, Samantha, “Enforcing the Child’s Right to Know his Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights“, *INT’L J. L. POL’Y & FAM* 21/007;
3. Cohen, Price *Elasticity of Obligation and the Drafting of the Convention on the Rights of the Child*, 3 CONN. J. INT’L L.;
4. Cerda, Jaime Sergio “The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights“, *HUM. RTS* 12/990;
5. Draškić, Marija *Porodično pravo i pravo deteta*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd 2020;
6. Dropulić, Julijano, „Pravo na osobno ime“ *Hrvatska javna uprava* 4/2006;
7. Hodgson, Douglas *The International Legal Protection of the Child’s Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness*, 7 INT’L J. L. & FAM;
8. Weeks, Jeffrey, *The Value of Difference in Identity - Community, Culture, Difference* 88 (ed. J. Rutherford 1990;
9. Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, London, New York, Taylor and Francis 2017;
10. Lucić, Nataša, „Zastupanje u vezi s bitnim osobnim pravima djeteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2021;
11. Lucić, Nataša, Rešetar, Branka, „Utvrđivanje porijekla djeteta u novom Obiteljskom zakonu“, *Hrvatska pravna revija* 3/2016;
12. Piñol, Sala, *Los delitos del art. 146 del CP al la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, in DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 205;
13. Ronen, Ya’ir, “Redefining the Child’s Right to Identity“, INT’L J. L. POL’Y & FAM 18/2004;

14. Šahović Vučković, Nevena, *Prava deteta i međunarodno pravo*, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd 2000;
15. Traljić, Nermina, Bubić, Suzana, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007.

Pravni propisi

1. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/71;
2. Zakon o ličnom imenu Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 7/2012;
3. Zakon o ličnoj karti državljana Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 32/2001, 16/2002, 53/2007, 56/2008 i 18/2012;
4. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019.

Associate Professor Boris Krešić, LL.D.
Assistant Professor Ervina Halilović, LL.D.

Faculty of Law, University of Tuzla

Ena Morankić, LL.M., PhD student

Faculty of Law, University of Tuzla

THE RIGHT OF A CHILD TO PERSONAL IDENTITY (THE POSSIBILITY OF CHANGING IDENTITY)

Summary

In the context of children's rights, an unavoidable international document is the Convention on the Rights of the Child, which indeed occupies the most important place among international documents that proclaim the rights of this unique and vulnerable group of people–children. The right of the child to preserve his or her identity is guaranteed by the Convention on the Rights of the Child, in the sense that the Convention under "identity" means the child's name, nationality, and family relations. The Convention stipulates that a child must be registered after birth. A narrow interpretation of the Convention could create a legal dilemma: When, in fact, does a child acquire the right to a personal identity–by birth or enrollment? Would that mean that children are not born with fundamental freedoms and rights but become their holders only after they are registered in the birth register? The disputed issue regarding the child's right to identity refers to the possibility of changing the identity and participating in the procedure itself.

Furthermore, along with the child's personal identity goes the issue of theft of his personal identity, where the question of the effectiveness of the Convention as an international instrument of protection arises.

The Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina prescribes the child's right to personal identity as a separate right.

Key words: *Personal identity; Determination of origin; Right to a name; Family relations, Child, International standards.*

УДК/UDC 347.68(497.6)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Димитрије Ћеранић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

КО ИМА ПРАВО НА НУЖНИ ДИО У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ?

Аутор у раду проучава конкретизацију идеје владавине права у вези са питањем ко има право на нужни дио у праву Републике Српске. Законска рјешења критички су истраживана, како у вези са начелом правне сигурности, тако и у вези са питањем њихове друштвене оправданости. Посебна пажња посвећена је питању ко све од грађанских сродника улази у круг нужних насљедника. Аутор закључује да је начело правне сигурности озбиљно нарушено у позитивном праву. До повреде овог начела може доћи усљед неодређености и непрецизности правне норме чиме се угрожава захтјев за јединственом примјеном права. На одређеност и прецизност правне норме прије свега утичу нормотворци, међутим до непрецизности могу довести и одлуке уставних судова. Уколико до тога и дође, усвајањем измјена и допуна одговарајућег акта нормотворац треба да отклони ове непрецизности, а нема никакве потребе да укида одредбе које су већ престале да важе на основу одлуке уставног суда.

Кључне ријечи: Право на нужни дио; Право Републике Српске.

1. УВОД

Ма колико чудно звучало, али у праву Републике Српске тешко је дати прецизан одговор ко све има право на нужни дио. Покушаћемо да истражимо ово питање *de lege lata* и *de lege ferenda*. Настојаћемо да укажемо и на разлоге који су утицали на нормативну непрецизност, те да образложимо законска рјешења која сматрамо цјелисходним. Круг нужних насљедника у домаћем праву биће предмет наше пажње у још неколико радова јер природа и обим овог рада не омогућују да се ово питање до краја истражи. Ипак, настојаћемо у закључку да прецизно

Димитрије Ћеранић, *dimitrije.ceranic@pravni.ues.rs.ba*.

одредимо ко су нужни насљедници у праву Републике Српске јер не постоји јединствен став о овоме у правној књижевности. С тим у вези, предложићемо одређене законске измјене и допуне.

У раду ћемо се бавити најспорнијим питањима у погледу круга нужних насљедника, тј. истраживаћемо да ли оставиочев усвојилац из непотпуног усвојења има право на нужни дио, као и да ли ово право припада потомцима усвојеника из непотпуног усвојења. Будући да је право на нужни дио грађанских сродника из потпуног усвојења неспорно и истовјетно као код крвних сродника, њиме се нећемо посебно бавити. Нужни дио оставиочевог брачног супружника, његове дјеце и даљих потомака, те родитеља и браће и сестара оставиоца такође је неспоран, па ни ово нећемо посебно проучавати. Преостаје нам да у скорије вријеме истражимо евентуално право ванбрачног супружника на нужни дио, пошто постоје недоумице у том погледу, као и однос правила о нужном дијелу са правилима насљеђивања ауторског права.

Прије него што се упустимо у детаљније проучавање, морамо да укажемо на основне разлоге који су довели до тога да не можемо са сигурношћу да кажемо ко су нужни насљедници у домаћем праву. Иако нам је одличну правну потку оставио писац савезног Закона о насљеђивању из 1955. године,[1] сви потоњи нормотворци као да су се трудили да буду што непрецизнији и противрјечнији. На изврсној потки спорна питања исткали су – законодавци СР БиХ из 1973. год.,[2] законотворац у Републици Српској с краја 2008. године,[3] судије Уставног суда БиХ одлуком из 2016. године,[4] те Уставни суд и Народна

[1] О дјелу и значају проф. Михаила Константиновића, вид. Н. Кршљанин, „Михаило Константиновић (1897–1982): правник који је обележио једну епоху“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/2022, 7–38.

[2] Скупштина СР БиХ у периоду од 1963. до 1974. године била је сачињена од пет вијећа – Републичко вијеће, Привредно вијеће, Просвјетно-културно вијеће, Социјално-здравствено вијеће и Организационо-политичко вијеће.

[3] Нацрт Закона о насљеђивању Народна скупштина Републике Српске усвојила је 5. новембра 2008. године, док је Приједлог закона усвојен 15. децембра исте године. У скупштинској расправи, није било примједби. Колико нам је познато, једино смо проф. Антић и ми тражили одгађање усвајања Закона о насљеђивању, након што смо на интернет страници Народне скупштине у материјалима за сједницу пронашли Приједлог закона. Представнике Министарства правде молили смо за бар неколико дана да исправимо најочитије грешке и противрјечности у законском тексту. Саопштено нам је да закон мора да буде усвојен на посљедњој сједници Скупштине у 2008. год. јер је усвајање закона предвиђено Програмом рада за ту годину.

[4] Уставни суд БиХ у пленарном сазиву, у предмету број АП 4207/13, рјешавајући апелацију Мухарема Софтића, у саставу од свих девет судија на сједници одржаној 30. септембра 2016. године донио је одлуку о законском насљедном праву ванбрачног супружника супротно изричитој правној норми из Закона о насљеђивању. Пошто се на ту одлуку позивају многи, њоме ћемо се ускоро бавити у посебном раду.

скупштина Републике Српске одлуком односно законом из 2019. године.

2. УСВОЈИЛАЦ ИЗ НЕПОТПУНОГ УСВОЈЕЊА КАО НУЖНИ НАСЉЕДНИК

Да ли усвојилац из непотпуног усвојења улази у круг нужних насљедника у домаћем праву, покушали смо да истражујемо још на почетку академске каријере,[5] у вријеме када је у Републици Српској примјењиван Закон о насљеђивању СР БиХ.[6] Имајући у виду да је важеће законско рјешење у суштини преписано из поменутог закона, ово питање и данас нам је занимљиво.

Према ЗОН-у СР БиХ, нужни насљедници били су: „дјеца умрлог, његови усвојеници (члан 20) и његов брачни друг“, а „остали потомци умрлог, његови усвојеници и њихови потомци (члан 19 став 1), његови родитељи и његова браћа и сестре су нужни насљедници само ако су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот“.[7] У Закону о насљеђивању Републике Српске за нужне насљеднике одређени су „дјеца умрлог, његови усвојеници из члана 21. овог закона и његов супружник. Остали потомци умрлог, његови родитељи и његова браћа и сестре нужни су насљедници само ако су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот.“[8]

С обзиром на то да је и ранијим и важећим насљедноправним прописима предвиђено да „у случајевима у којима усвојеник и његови потомци насљеђују усвојиоца као његова дјеца, *усвојилац насљеђује усвојеника и његове потомке*“ (подвукао аутор),[9] поставља се питање да ли се ова одредба односи и на законско и на нужно насљеђивање. Сумњу ствара и одредба по којој „*усвојилац има на заоставштину усвојеника и његових потомака иста насљедна права која има одговарајући предак усвојеника према својим потомцима*“ (подвукао аутор).[10] У том смислу је и одредба о насљедноправној природи права на нужни дио, по којој нужном насљеднику *припада одређени дио*

[5] Д. Ћеранић, „Насљедноправна дејства непотпуног усвојења у праву Републике Српске и БиХ“, *Зборник Правног факултета у Источном Сарајеву* 4/2008, 327–353.

[6] Вид. Закон о насљеђивању – ЗОН СР БиХ, *Службени лист СР БиХ*, бр. 22/73, 22/75, 38/78, 7/80 – пречишћени текст, и 15/80 – исправка.

[7] Вид. ЗОН СР БиХ, чл. 28.

[8] Вид. Закон о насљеђивању – ЗОН РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19, чл. 30, ст. 1 и 2. Мада се у закону помињу само браћа и сестре, јасно је да су нужни насљедници и полубраћа и полусестре. Вид. ЗОН РС, чл. 30, ст. 2 и 3 у вези са чл. 12, ст. 3.

[9] Вид.: ЗОН СР БиХ, чл. 19 ст. 2; ЗОН РС, чл. 21, ст. 2.

[10] Вид.: ЗОН СР БиХ, чл. 19 ст. 3; ЗОН РС, чл. 21, ст. 3.

сваке ствари и права који сачињавају заоставштину (подвукао аутор).[11] Притом се усвојилац и усвојеник не помињу ни једном јединим ријечју у општој одредби којом је одређен круг законских насљедника, иако је неспорно да имају законска насљедна права под одређеним условима.[12]

Да тумачење буде још теже побринуо се законотворац у Републици Српској који је приликом израде Закона о насљеђивању у потпуности пренебрегнуо правила у вези са структурисањем законских одредаба у шире класификационе јединице.[13] Разврставање чланова у дијелове, главе, одјељке и пододјељке[14] учињено је без чврсте логичке везе, без одговарајућег насловљавања и нумерисања, и уопште није јасно шта чини дио, главу, одјељак и пододјељак закона. Иако је већина одредаба преписана из Закона о насљеђивању СР БиХ, њихово груписање није учињено на начин како је било до тада, чиме је у потпуности нарушена структура закона.

Одговор на питање да ли усвојилац из непотпуног усвојења улази у круг нужних насљедника, по свему судећи није једноставан. Неки би могли закључити да основ за потврдан одговор постоји у општој одредби којом су уређене насљедноправне посљедице непотпуног усвојења, тако што се ове одредбе односе како на законско, тако и на нужно насљеђивање.[15] Будући да су нужни насљедници нарочито погодована категорија законских насљедника,[16] а да се у закону наглашава да „усвојилац насљеђује усвојеника и његове потомке“ те да „усвојилац има на заоставштину усвојеника и његових потомака иста насљедна права која има одговарајући предак усвојеника према својим потомцима“, овакав закључак није немогућ. То би значило да се под „родитељем“ из опште норме о кругу нужних насљедника, осим усвојиоца из потпуног усвојења,[17] може подвести и усвојилац из непотпуног усвојења.[18]

---

[11] Вид.: ЗОН СР БиХ, чл. 30; ЗОН РС, чл. 32.

[12] Вид.: ЗОН СР БиХ, чл. 9, ст. 1; ЗОН РС, чл. 8, ст. 1.

[13] У тренутку доношења ЗОН-а РС на снази су била Правила нормативно-правне технике за израду закона и других прописа Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 13/06 и 20/06.

[14] Правила нормативно-правне технике за израду закона и других прописа Републике Српске, чл. 5–8.

[15] И нама самима чинило се да је тако, што смо тврдили у раду од прије 15 година. Вид. Д. Ћеранић, (2008), 347–348.

[16] Вид. Н. Крстић, *Повреда и заштита права на нужни део*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2015, 40.

[17] Ово је неспорно и у правној теорији и у правној пракси. Вид. ЗОН РС, чл. 30, ст. 2 у вези са чл. 4, ст. 1.

[18] Вид. ЗОН РС, чл. 30, ст. 2 у вези са чл. 21, ст. 2 и 3.

Управо овакав закључак, али у вези са македонским правом, изводе неки аутори. Они повезују појам „родитеља“ из опште норме о кругу нужних насљедника са одредбама којима је изједначено крвно сродство и сродство из потпуног усвојења, али и са одредбама о насљедноправним посљедицама непотпуног усвојења.[19] Имајући у виду да су поменуте одредбе из Закона о насљеђивању Македоније врло сличне одредбама из ЗОН-а СР БиХ и ЗОН-а РС, истовјетан закључак би се могао извести и за ова права.[20]

Могући приговор оваквом ставу у смислу истицања правила *numerus clausus*[21] код одређивања круга законских и круга нужних насљедника није од велике користи. Неспорно је да усвојилац није изричито одређен у предметној норми о нужним насљедницима. Међутим, спорно је да ли се он може подвести под неки постојећи појам („родитељ“), односно да ли се општа норма о насљедноправним посљедицама непотпуног усвојења истовремено односи и на норму о законским насљедницима и на норму о нужним насљедницима. Подсјећамо да ријеч „усвојилац“ није помињана нити се помиње ни у општој норми о кругу законских насљедника у правима СР БиХ и Републике Српске, иако је усвојиоцу дато законско насљедно право под одређеним условима.[22]

---

[19] Вид.: Ј. Видић, „Утицај адоптивног сродства на законска наследна права у законодавству Србије и осталих европских земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2006, 391, фн. 67, у вези са Закон за наследувањето, *Службен весник на Р. Македонија*, бр. 47/96, чл. 4, ст. 1, чл. 23, ст. 2–4 и чл. 30, ст. 3.

[20] Занимљиво да је поменути аутор поводом овог питања у каснијим радовима по свему судећи промијенио став, баш као што смо то и ми учинили. Рецимо, у раду из 2014. године међу нужним насљедницима у македонском праву (које у међувремену није мијењано) овај теоретичар не помиње усвојиоца из непотпуног усвојења. Вид. Ј. Видић Трнинић, „Сличности и разлике у положају нужних наследника на простору бивше Југославије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014, 219. Изгледа да је промјена става о насљедноправним посљедицама усвојења у законодавствима са простора бивше СФРЈ уобичајена међу теоретичарима насљедног права. То доказују и највећи по имену и дјелу. Примјера ради, у погледу односа законских насљедних права усвојиоца из непотпуног усвојења и права усвојеникових природних родитеља, упор. О. Антић, „Наследноправне последице усвојења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-3/1977, 165 и О. Антић, *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 121. Очито да је идеја владавине права и начело правне сигурности озбиљно нарушено приликом уређивања насљедноправних посљедица усвојења у свим правима са простора бивше СФРЈ.

[21] „У свим правима која познају институт нужног дела, круг нужних наследника постављен је као *numerus clausus*“. Вид. Н. Крстић, 78.

[22] Пошто се „унутар круга законских наследника налази један ужи круг – круг нужних наследника“ (вид. С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, *Наследно право*, *Практикум*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 106), питање је има ли усвојиоца у овом ужем кругу по истом основу како се обрео у ширем кругу.

Слична недоумица постојала је, или пак још увијек постоји, у погледу права зајамчених ванбрачном супружнику у законодавствима СР Словеније, Р. Словеније, Р. Хрватске,[23] Црне Горе,[24] Федерације БиХ, Брчко Дистрикта БиХ.[25] У свим овим правима, било је или још увијек јесте спорно да ли се одредба о изједначавању права на законско насљеђивање између брачних и ванбрачних супружника односила или односи и на сва остала права предвиђена за брачног супружника у законима о насљеђивању. Најсликовитији примјер јесте словеначко право гдје је од 1976. године било спорно да ли ванбрачни супружник има сва иста права из насљедноправних прописа једнако као и брачни супружник.[26] У одредби нормираној под насловом „Круг законских насљедника“ било је предвиђено да „као супружници, насљеђују једно друго и мушкарац и жена који живе у дугогодишњој ванбрачној заједници и нису закључили брак, али само ако не постоје разлози због којих би брак између њих био неважећи“.[27] Међутим, било је нејасно да ли ова одредба има „апсолутно насљедноправно дејство“.

[23] Неки аутори наглашавају да се у хрватском праву на ванбрачног друга примјењују све одредбе закона којима се посебно регулишу поједина питања, а у којима се изричито помиње само брачни друг. Вид.: М. Буковац Пувача, С. Винклер, „Насљедноправни учинци изванбрачних заједница и неформалних животних партнерстава“, *Зборник радова Актуелна проблематика породичноправне теорије и праксе*, Мостар 2021, 147; Н. Луцић, Д. Дуић, Д. Мухвић, „Изванбрачна заједница: анализа међународних и еуропских норми у сврху стварања националних стандарда“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 86/2020, 24–33. Слично, вид. И. В. Ђокић, *Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2020, 212.

[24] Колико је спорно ово питање можемо видјети и на примјеру расправе о томе да ли се под „брачним супружником“ у неким законодавствима, као могућом страном уговорницом уговора о уступању и расподјели имовине зе живота, може сматрати и ванбрачни супружник. Ово питање је у непосредној вези са питањем ко све чини круг нужних насљедника. Упор.: Ј. Видић Трнинић, „Уговор о уступању и расподели имовине за живота – теоријски и практични аспекти“, *Двадесет година Закона о наслеђивању Србије* (ур. Н. Стојановић, Н. Крстић), Ниш 2016, 256–257 Н. Крстић, *Уговор о уступању и расподели имовине за живота*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2021, 164.

[25] Навођење свих ових држава није случајно јер желимо да укажемо да су недаће у вези са правном несигурности усљед неодређености и непрецизности правних норми врло често узроковане идеолошким и политичким разлозима али и правнологичким и језичким слабостима нормотвораца и „чувара“ правних норми.

[26] Занимљиво да је у словеначкој судској пракси одавно заузет став о потпуном изједначавању брачне и ванбрачне заједнице. О овоме, више вид. В. Жнидаршич Скубиц, „Насљеђивање у браку и изванбрачним заједницама“, *Годишњак Академије правних знаности Хрватске*, Посебни број, Загреб 2017, 120–121.

[27] Вид. ЗОН СР Словеније, чл. 10, ст. 2. Иначе, ова одредба била је нормирана у оквиру сљедећих класификационих јединица: „Друго поглавје, ДЕДОВАЊЕ НА ПОДЛАГИ ЗАКОНА, И. ЗАКОНИТИ ДЕДИЧИ, 1. Дедни реди, Крог законитих дедичев“.

Тек је законским измјенама и допунама из 2016. године стављена тачка на ове недоумице. Тада је изричито предвиђено да се одредбе Закона о насљеђивању којима су уређена права, обавезе, ограничења и положај брачних супружника једнако примјењују и на ванбрачне супружнике.[28]

Након овог упоредноправног помињања сличних недоумица, да се вратимо на питање да ли усвојилац из непотпуног усвојења улази у круг нужних насљедника у праву Републике Српске. Почећемо од разматрања номотехничких правила, преко теоријских ставова до примјене различитих метода тумачења.

Уколико сагледамо структуру ЗОН-а СР БиХ, која је била основ за усвојену структуру ЗОН-а РС, чини нам се да то може да указује на закључак да усвојилац из непотпуног усвојења ипак ни у једном од ова два законодавства није међу нужним насљедницима. Наиме, у ЗОН-у СР БиХ опште одредбе о кругу законских насљедника и опште одредбе о насљедноправним посљедицама непотпуног усвојења биле су уређене у оквиру одјељка Законски насљедници, док је у посебном одјељку била уређена општа одредба о кругу нужних насљедника. Иако оваква структура није дословно преписана у ЗОН-у РС, мислимо да с тим у вези није било никаквих циљаних одступања у односу на изворник. Све структуралне разлике плод су номотехничких пропуста законотворца, а не посљедица било какве намјере да се промјеном класификационих јединица и наслова изнад чланова закона нешто садржински мијења.

У правној књижевности не постоји јединствен ни јасан став о томе да ли је усвојилац из непотпуног усвојења имао право на нужни дио по ЗОН-у СР БиХ, нити да ли га има по ЗОН-у РС. Већина писаца код одређивања круга нужних насљедника у праву Републике Српске уопште не помиње усвојиоца, како из потпуног тако и из непотпуног усвојења. Притом поједини наглашавају да помињање сродника из потпуног усвојења није потребно јер је општим одредбама закона изједначено крвно сродство са сродством из потпуног усвојења.[29] Међутим, неки теоретичари су наглашавали да се, за разлику од права СР БиХ, у црногорском праву и оставиочев усвојилац јављао као

[28] Вид. Закон о спремембах ин дополнитвах Закона о дедовању, *Урадни лист Р. Словеније*, бр. 63/16, чл. 4а.

[29] Вид.: Ј. Видић Трнинић, (2014), 225, фн. 32; Б. Крешић, „Институт нужног насљедства: Федерација Босне и Херцеговине *versus* Република Српска“, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума“* (ур. Р. В. Лукић, Г. Марковић), Источно Сарајево 2017, 669–670; М. Чолаковић, Р. Демировић, „Лишење нужног насљедног дијела као облик заштите имовинских интереса породице“, *Зборник радова „Право, традиција и промјене“* (ур. Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2020, 155–156.

нужни насљедник, не изјашњавајући се на које усвојење мисле.[30] Будући да је Закон о насљеђивању СР Црне Горе,[31] а на који су се осврталиови аутори, усвојен у вријеме када у овом праву није постојао облик потпуног усвојења него само непотпуно усвојење,[32] очито су мислили на усвојиоца из непотпуног усвојења.

Занимљиво је да су у насљедном праву СР БиХ, прво биле уређене насљедноправне посљедице потпуног усвојења да би тек касније овај облик био уведен у породично законодавство.[33] Наиме, Законом о насљеђивању СР БиХ из 1973. год. сродство из потпуног усвојења изједначено је са сродством по крви иако у савезном Закону о усвојењу,[34] који се тада примјењивао у СР БиХ, није било ни говора о потпуном усвојењу. Једина република чланица СФРЈ која је у том тренутку имала предвиђен облик потпуног усвојења била је СР Македонија, и то прописан законом усвојеним свега неколико мјесеци прије усвајања ЗОН-а СР БиХ.[35] Вјерујемо да је увођење облика потпуног

[30] Вид.: О. Антић, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2001, 138; Д. Баго, Н. Траљић, З. Петровић, М. Повлакић, *Основи насљедног права*, ПП То је то, Сарајево 1991, 60.

[31] Закон о насљеђивању – ЗОН СР ЦГ, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 4/76 и 22/78. Закон је усвојен 29. децембра 1975, а објављен је у службеном гласилу из 1976. године.

[32] Потпуно усвојење у црногорско право уведено је Законом о усвојењу из 1977. год., у коме су нормиране и насљедноправне посљедице овог вида усвојења, које је изједначено са крвним сродством. Вид. Закон о усвојењу – ЗУ СР ЦГ, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 28/77, чл. 22. Истовјетне одредбе у погледу насљедноправних посљедица потпуног усвојења предвиђене су и у каснијим породичноправним прописима. Вид. Породични закон, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 7/89, чл. 123.

[33] У праву СР БиХ потпуно усвојење нормирано је тек Породичним законом СР БиХ из 1979. године.

[34] Вид. Закон о усвојењу – ОЗУ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 30/47 и 24/52, и *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/65. Измјенама и допунама из 1965. год., Закон је преименован у Основни закон о усвојењу.

[35] Републички и покрајински прописи којима је била уређена материја усвојења у некадашњој СФРЈ усвајани су сљедећим редом: СР Македонија – Законот за посвојување, *Службен весник на СР Македонија*, бр. 5/73 и 17/73; САП Косово – Закон о усвојењу, *Службени гласник САП Косово*, бр. 30/76; СР Србија – Закон о усвојењу, *Службени гласник СР Србије*, бр. 17/76, а потом Закон о брачним и породичним односима, *Службени гласник СР Србије*, бр. 22/80 и 11/88; СР Словенија – Закон о законски звези ин дружинских размерјих, *Урадни лист СР Словеније,* шт. 15/76, 1/89 и 14/89; САП Војводина – Закон о усвојењу, *Службени гласник САП Војводине*, бр. 24/76; СР Црна Гора – Закон о усвојењу, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 28/77, а потом Породични закон, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 7/89; СР Хрватска – Закон о браку и породичним односима, *Народне новине СР Хрватске*, бр. 11/78, 45/89 и 59/90; СР БиХ – Породични закон, *Службени лист СР БиХ*, бр. 21/79 и 44/89.

усвојења у македонско право,[36] уз вишегодишње теоријско заговарање увођења овог облика у сва републичка и покрајинска законодавства,[37] утицало на овакво преурањено нормирање у насљедном праву СР БиХ.

Иначе, СР БиХ била је прва република која је након уставних амандмана из 1971. године[38] и прерасподјеле надлежности између СФРЈ и република чланица усвојила нови закон о насљеђивању.[39] По свему судећи, законодавци СР БиХ били су најхитрији у коришћењу могућности децентрализације СФРЈ и проширења надлежности федералних јединица.[40] Рекли бисмо, и најближи народној мудрости – што је брзо, то је и кусо. Мада, то је била мање-више одлика свих републичких и покрајинских законодавстава![41]

---

[36] Облик потпуног усвојења био је предвиђен у припремљеним измјенама и допунама савезног законодавства у области усвојења из 1969. године до којих није дошло због уставних промјена. Вид. Н. Стојановић, „Наслеђивање грађанских сродника у праву Савезне Републике Југославије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 34/35, 1994/1995, 227, фн. 4.

[37] Вид. М. Митић, „Критичка оцена (*de lege ferenda*) наследно-правнога дејства институције усвојења“, *Гласник Адвокатске коморе САП Војводине* 7/1969, 20–21.

[38] Вид. Уставни амандмани XX до XLII на Устав СФРЈ и Уставни закон за спровођење Уставних амандмана XX до XLII, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/71.

[39] Републички и покрајински закони о насљеђивању у некадашњој СФРЈ усвајани су сљедећим редом: СР Хрватска – преузела је савезни Закон о насљеђивању из 1955. год. као републички Закон о насљеђивању, *Народне новине СР Хрватске*, бр. 52/71 и 47/78; СР БиХ – донијела је Закон о насљеђивању 19. јула 1973. год. (*Службени лист СР БиХ*, бр. 22/73, 22/75, 38/78, 7/80 – пречишћени текст, и 15/80 – исправка; СР Македонија – Законот за наследувањето, *Службен весник на СР Македонија*, бр. 35/73 и 27/78; СР Србија – Закон о наслеђивању, *Службени гласник СР Србије*, бр. 52/74, 1/80 и 25/82; САП Косово – Закон о наслеђивању, *Службени гласник САП Косово*, бр. 43/74, 47/78 и 28/79; САП Војводина – Закон о наслеђивању, *Службени гласник САП Војводине*, бр. 8/75 и 27/79; СР Црна Гора – Закон о насљеђивању, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 4/76 и 22/78; СР Словенија – Закон о дедовању, *Уradни лист СР Словеније*, бр. 15/76 и 23/78.

[40] Занимљиво је што су поједини правни посленици који су седамдесетих и осамдесетих година прошлог вијека заговарали децентрализацију СФРЈ и проширење надлежности република и покрајина, свега деценију касније заговарали унитарну РБиХ. Неки то и данас чине, заговарајући пренос надлежности са Републике Српске на ниво институција БиХ. Претпостављамо да су временом стекли нове научне увиде у овој области (*Sic*!).

[41] Поједини аутори истицали су како су одсуство озбиљних припремних студија и брзо и рутинско усвајање закона довели до прилично лоших законских рјешења по републикама и покрајинама. Минимум заједничких обиљежја који би требало да постоји у једној савезној држави, није био плод договора и сарадње законописаца и законодаваца, него посљедица дјелимичног или потпуног преузимања раније важећих савезних прописа или договорених али неусвојених принципа на савезном нивоу. Вид. Н. Ђуретић, *Усвојење – теорија и законодавна пракса*, Аугуст Цесарец, Загреб 1982, 69–70.

Поређењем законских рјешења из права СР БиХ и СР Црне Горе, можда можемо доћи и до одговора на питање да ли је усвојилац из непотпуног усвојења нужни насљедник у праву Републике Српске, односно да ли је био у праву СР БиХ. Наиме, опште одредбе о насљедноправним посљедицама непотпуног усвојења биле су истовјетне у ЗОН-у СР БиХ и ЗОН-у СР ЦГ и вјероватно су се законописци угледали једни на друге приликом нормирања. Тако је у оба законодавства, у оквиру одјељка Законски насљедници, пододјељка Посебне одредбе за неке насљеднике, било изричито предвиђено да усвојилац насљеђује усвојеника и његове потомке у случајевима када усвојеник и његови потомци насљеђују усвојиоца као његова дјеца.

Међутим, за разлику од права СР БиХ, опште одредбе о кругу законских[42] и кругу нужних насљедника[43] у праву Црне Горе биле су казуистичкије редиговане и у њима су изричито помињани усвојилац и усвојеник. По свему судећи, законописац у Црној Гори није оставио простор недоумицама и прецизно је одредио усвојиоца из непотпуног усвојења као нужног насљедника. Могуће да је на то утицала и чињеница да је овај пропис мало касније усвојен у односу на ЗОН СР БиХ, те је црногорски нормотворац имао прилику да до краја изгради и прецизира став о ширим насљедноправним дејствима непотпуног усвојења.

Да је то тако, свједоче и касније усвојени закони о насљеђивању у осталим републикама и покрајинама у СФРЈ, у којима су прецизније нормиране одредбе о кругу законских и нужних насљедника. За разлику од ЗОН-а СР БиХ, у свим осталим законима из социјалистичког периода сродници из грађанског сродства који су имали право законског насљеђивања у конкретном правном поретку, изричито су били поменути у општим одредбама о кругу законских насљедника.[44] Тако је било и у савезном Закону о насљеђивању, додуше само уз навођење усвојеника и његових потомака јер усвојилац није имао законско насљедно право.[45] Притом, ни у једном од тих законодавстава усвојилац из непотпуног усвојења није био одређен као нужни насљедник,

[42] Упор.: ЗОН СР ЦГ, чл. 9 ст. 1; ЗОН СР БиХ, чл. 9, ст. 1; ЗОН РС, чл. 8, ст. 1.

[43] Упор.: ЗОН СР ЦГ, чл. 25 ст. 1; ЗОН СР БиХ, чл. 28, ст. 1 и 2; ЗОН РС, чл. 30, ст. 1 и 2.

[44] Вид.: ЗОН СР Хрватске, чл. 9; ЗОН СР Македоније, чл. 10; ЗОН СР Србије, чл. 9; ЗОН САП Косово, чл. 14; ЗОН САП Војводине, чл. 9; ЗОН СР Словеније, чл. 10.

[45] Вид. Закон о наслеђивању – СЗОН, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/55, и *Службени лист СФРЈ*, бр. 12/65 и 47/65, чл. 9. Пошто је СР Хрватска преузела савезни закон као свој, ни у овом законодавству усвојилац није био убројан међу законске насљеднике.

са изузетком поменутог ЗОН-а СР ЦГ, али усвојеник и његови потомци били су прецизно одређени као нужни насљедници.[46]

Да су наши законописци муку мучили са нормирањем правних посљедица заснивања и престанка усвојења више пута смо указивали. Усљед несистематичних реформи законодавни текстови обиловали су унутрашњим противрјечностима и правним празнинама. Када би поједине одредбе биле мијењане и допуњаване, неријетко би одредбе које су у непосредној вези са промијењеном одредбом остајале неизмијењене. Примјера ради, према савезном Закону о насљеђивању усвојилац и његови сродници нису били законски насљедници усвојеника.[47] Самим тим, није било ни потребе да се регулише губитак законског насљедног права усвојиоца према усвојенику за случај када је усвојеник био поднио захтјев за престанак усвојења, а у току поступка је умро. Било да је поднесен или није уопште био поднесен захтјев за престанак усвојења од стране било ког од овлашћених лица, усвојилац није имао насљедна права према усвојенику, па није ни требало да се то регулише. Међутим, након усвајања нових прописа по којима је усвојилац стекао законско насљедно право према усвојенику под одређеним условима,[48] јавила се потреба за регулисањем губитка насљедног права усвојиоца према усвојенику.[49] Али тај случај ни до дана-данашњег није изричито уређен.[50]

Претпостављамо да је из сличних разлога остало непрецизно уређено питање да ли усвојилац из непотпуног усвојења има (или је требало да има) право на нужни дио у ЗОН-у СР БиХ. Можда су законодавци имали намјеру да то тако уреде, али чини нам се да се са више основа може бранити став да то није тако урађено. Поготово не можемо рећи да је законодавац у Републици Српској желио да то тако

[46] Вид.: ЗОН СР Хрватске, чл. 25 и 30; ЗОН СР Македоније, чл. 21 и 28; ЗОН СР Србије, чл. 20 и 25; ЗОН САП Косово, чл. 14; ЗОН САП Војводине, чл. 22 и 26.

С обзиром на то да је у праву СР Словеније од 1976. године био предвиђен само облик потпуног усвојења, законске одредбе односиле су се само на сроднике из овог облика усвојења. Иначе, СР Словенија је истог дана објавила и Закон о браку и породичним односима и Закон о насљеђивању, водећи рачуна о системској усклађености правних прописа.

[47] Вид. СЗОН, чл. 25, ст. 3.

[48] Вид.: ЗОН СР БиХ, чл. 19, ст. 3; ЗОН РС, чл. 21, ст. 3. О насљедним правима усвојиоца и усвојеника и његових потомака код непотпуног усвојења у правима Србије и Црне Горе, више вид. Н. Стојановић, (1996), 230–235.

[49] У нашој правној књижевности ова могућност уопште није уочавана. Част изузецима, вид. Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш 2022, 101–102.

[50] О овоме, више вид. Д. Ћеранић, *Наследноправна дејства усвојења*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2015, 272–280.

уреди будући да се у образложењу приједлога и нацрта Закона о насљеђивању то нигдје није помињало међу новинама предложеним тим законом.

На овакав закључак може указивати и то што је за разлику од опште одредбе којом се одређује круг законских насљедника, а у којој се не помињу ни усвојилац ни усвојеник,[51] у општој одредби којом је уређен круг нужних насљедника изричито поменут усвојеник из непотпуног усвојења. Да је законотворац намјеравао усвојиоцу да одреди исто право, претпостављамо да би и њега поменуо, а не само усвојеника.

Додуше, могуће да је помињање усвојеника (и његових потомака) искључива посљедица тога што је он већ био изричито нормиран у одредби под насловом „Ко су нужни насљедници“ у Закону о насљеђивању из 1955. год.,[52] па је просто преписана та одредба. Самим тим, могуће да није било никакве јасне намјере да се право на нужни дио ускрати усвојиоцу иако је новим законом стекао право законског насљеђивања. Ако имамо у виду сличне пропусте у вези са усвојиочевим стицањем законског насљедног права и истовременим заборављањем да се уреди губитак овог његовог новостеченог права, сваки закључак је врло упитан.

Ипак, чини нам се да са више сигурности можемо тврдити да усвојилац из непотпуног усвојења нити је стекао право на нужни дио по ЗОН-у СР БиХ нити га има по Закону о насљеђивању Републике Српске. О томе да ли би можда требало да га стекне можемо понешто казати.

Поједини правни писци начелно заговарају сужавање круга нужних насљедника,[53] углавном на потомке и родитеље, те указују на упоредноправна стремљења у том смислу.[54] Нама се пак чини да усво-

[51] Јер се на њих односи посебан члан закона којим су уређене насљедноправне посљедице непотупног усвојења.

[52] Вид. СЗОН, чл. 30, ст. 1.

[53] „Проширивање слободе тестирања кроз потпуно искључење предака из категорије нужних наследника, осим родитеља, сматрамо оправданим полазећи од основа нужног дела који лежи у породичној солидарности, и као такав мора се посматрати кроз призму структуре савремене породице која је реконструисана у односу на традиционалну породицу, и сведена на мањи број чланова.“ Вид. Т. Ђурђић Милошевић, *Ограничење слободе завештајних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018, 287.

[54] „Оваква регулатива изван је савремених токова уређења нужног наслеђивања, те смо је и окарактерисали као анахрону. (...) Сматрамо да би у нашем праву требало редуковати круг крвних сродника, којима се признаје право на нужни део, само на потомке и родитеље оставиоца. Чини нам се да би овакво решење било израз актуелног тренутка у коме се наше друштво налази, услед чињенице да сродство више нема

јиоцу из непотпуног усвојења, под одређеним условима, треба дати што сличнија права природним родитељима, поготово у области насљедног права.[55] Иако је овакво законско рјешење скоро па непознато у савременим правима,[56] нарочито што је мали број законодавстава у којима је уопште задржано непотпуно усвојење,[57] право Републике Српске могло би бити примјер другачијег приступа у овој области.[58] Уосталом, нормативни пут у вези са правним посљедицама непотпуног усвојења није једносмјеран.[59]

тако значајну улогу коју је вековима имало и да су сродничке везе и код нас све лабавије, што је чињеница која се не може порећи.“ Вид. Н. Крстић, 350–351.

[55] „Све и да није, а јесте у нашем праву предвиђена предност усвојиоца у насљеђивању усвојеника, због правно-политичког основа на коме почива систем законског насљеђивања, а то је осјећај обитељске припадности, мислимо да би требало установити овакав ред насљеђивања. Одрастањем у обитељи усвојиоца, између усвојеног дјетета и усвојиоца развија се, или би барем требало да се развије осјећај блискости који је сличан са осјећајем који постоји између родитеља и њиховог биолошког дјетета.“ Вид. Д. Ћеранић, *Насљедноправне посљедице усвојења*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2020, 235.

[56] Иако је у праву Србије од 2005. године укинут облик потпуног усвојења, у Закону о насљеђивању, у одредби којом је одређен круг нужних насљедника, и даље се помиње усвојилац из непотпуног усвојења због раније заснованих усвојења. Вид. Закон о наслеђивању, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УС и 6/15, чл. 39. О примјени одредбе о нужним насљедницима у праву Србије, више вид. О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 210–224. Слично је и у праву Хрватске, у коме од 2003. године више не постоји облик непотпуног усвојења / „посвојење са родитељским учинком“ / „родитељско посвојење“, али су задржане одредбе о његовим насљедноправним посљедицама, па је тако усвојилац предвиђен као нужни насљедник. Вид.: Закон о насљеђивању – ЗОН Хрватске, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19, чл. 69, ст. 2; Обитељски закон – ПЗ Хрватске, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 103/15, 98/19, 47/20 и 49/23, чл. 197.

[57] На простору некадашње Југославије, непотпуно усвојење задржано је, осим у праву Републике Српске, још и у законодавству Федерације БиХ, Брчко Дистрикта БиХ и Сјеверне Македоније. Вид.: Породични закон – ПЗ ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/05 и 41/05, чл. 101–104; Породични закон – ПЗ БД БиХ, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 66/07, 86–87; Закон за семејството – ПЗ Македоније, *Службен весник на РМ*, бр. 80/92, 9/96, 19/00 – одлука УС, 79/01 – одлука УС, 38/04, 60/05 – одлука УС, 33/06, 84/08, 117/09 – одлука УС, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 153/14 – пречишћени текст, 104/15, 150/15 и 122/18 – одлука УС и *Службен весник на РСМ*, бр. 51/21 – одлука УС, 53/21, чл. 113–115.

[58] Ни у једном од преостала три законодавства са простора бивше СФРЈ, а у којима је задржано непотпуно усвојење, усвојилац из овог облика није убројан у круг нужних насљедника. Вид.: Закон о насљеђивању у Федерацији БиХ – ЗОН ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 80/14 и 32/19 – одлука УС, чл. 28; *Закон о насљеђивању Брчко Дистрикта БиХ* – ЗОН БД БиХ, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 36/17, чл. 32; ЗОН Македоније, чл. 30.

[59] У неким законодавствима предлаже се враћање облика непотпног усвојења у позитивно право. Вид. *Преднацрт Грађанског законика Србије, Књига четврта, Породични односи*, 2019, чл. 2484 и даље.

Већ смо писали да норме о породици нису *lex mercatoria*, већ правила сачињена од „крви и меса“ и највјернији израз националне културе.[60] Усвојење, у том смислу није изузетак, штавише.[61] На особеност породичног и насљедног права указује и пракса међународних организација које углавном не усвајају правно обавезујуће документе у овим областима, и то углавном препуштају националним законодавцима. Веле мудри, да породично и насљедно право утичу на изглед породице у једном друштву, али исто тако општеприхваћена друштвена схватања о породици, па и сама породица, утичу на садржину ових права.[62]

У различитим временима усвојење је служило за остварење различитих циљева.[63] Од Српског грађанског законика из 1844. године, усвојење по први пут у историји човјечанства поприма обиљежја института који превасходно служи заштити интереса малољетног дјетета.[64] Међутим, усвојење не може бити институт који искључиво служи заштити интереса усвојеника. Потпуним и непотпуним усвојењем успостављају се многоструки породични односи између усвојиоца и усвојеника. Породица представља друштвену скупину која се заснива на биолошкој и биосоцијалној основи, чији је циљ развијање друштвених и појединачних особина личности и обезбјеђење обављања одређених економских дјелатности.[65] Породица, у крајњем,

---

[60] Вид. В. Влашковић, „Осврт на Европску конвенцију из 2008. године“, *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*, Крагујевац 2009, 269. Притом, ови аутори истичу како „прописи о усвојењу, као дио корпуса породичног права нису изузетак, и представљају једну од најосјетљивијих грана у ионако крхком и рањивом стаблу породичних односа“.

[61] „Наиме, на еуропском земљописном и правном подручју, успркос интеграцијама које настоје хомогенизирати и хармонизирати – унифицирати друштвена подручја, па тако и право, управо због традицијских разлога, и погледи на посвојење разликују се од сустава до сустава.“ Вид. Д. Храбар, „Посвојење на размеђи интереса посвојитеља и посвојеника“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 5/2008, 1107–1108.

[62] „... Друштво свој изглед добија захваљујући и изгледу породице (обнављању биолошке супстанце друштва; развоју идеала; односу према културном наслеђу; корекцији права или опструкцији примене права на основу артикулисаних захтева из саме породичне праксе; неограниченој варијацији официјелне мисли узроковане спецификумом сваке породице или *оригиналношћу* сваког члана породице...).“ Вид. С. И. Панов, „Однос полова и васпитање“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Г. Марковић), Источно Сарајево 2012, 469.

[63] О различитим циљевима усвојења, више вид. у: А. Прокоп, *Породично право – Усвојење*, Школска књига, Загреб 1963, 9–11; Н. Ђуретић, *Усвојење – теорија и законодавна пракса*, Аугуст Цесарец, Загреб 1982, 7–9; С. Панов, *Право на родитељство*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 193–194.

[64] О овоме, више вид. Д. Ћеранић, (2020), 32–39.

[65] Вид. М. Младеновић, *Основи социологије породице*, Завет, Београд 1995, 35 и даље.

представља и правни појам за означавање психолошког осјећаја заједничке припадности, који постоји међу лицима који чине породицу.[66]

Због свега наведеног, чини нам се да би приликом неких будућих законодавних измјена вриједило размислити о томе да се усвојилац ипак уврсти међу релативне нужне насљеднике. Примјера ради, његово право могло би се условити трајном неспособношћу за рад и немањем нужних средстава за живот.

3. УСВОЈЕНИК ИЗ НЕПОТПУНОГ УСВОЈЕЊА И ЊЕГОВИ ПОТОМЦИ КАО НУЖНИ НАСЉЕДНИЦИ

Као што смо то у уводу поменули, још једна од недоумица у вези са ширином круга нужних насљедника настала је након доношења одлуке Уставног суда Републике Српске из 2019. године.[67] Усвајањем Закона о измјени Закона о насљеђивању, који је исте године усвојен „с циљем примјене Одлуке Уставног суда“,[68] недоумица је само додатно потврђена.[69] Наиме, постало је нејасно да ли потомци усвојеника из непотпуног усвојења уопште имају право на нужни дио пошто се више нигдје изричито не помињу међу нужним насљедницима.

До усвајања ове одлуке, у ЗОН-у РС било је предвиђено да су нужни насљедници: „дјеца умрлог, његови усвојеници из члана 21[70] овог закона и његов супружник. Остали потомци умрлог, његови усвојеници и њихови потомци, његови родитељи и његова браћа и сестре су нужни насљедници само ако су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот.“[71] Слична одредба постојала је и у ЗОН-у СР БиХ, по којој су нужни насљедници били: „дјеца умрлог,

[66] Поједини правни писци породицу одређују као заједницу сродника повезаних одговорношћу за живот и узајамну добробит. Вид. М. Јањић-Комар, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 250. Помињањем одговорности, чини нам се да и ови аутори посредно указују на психолошки и социолошки основ настанка правних правила којима се уређују одређени правни односи, у виду осјећаја заједничке припадности.

[67] Уставни суд Републике Српске, на иницијативу Владимира Николића за покретање поступка за оцјењивање уставности, на сједници одржаној 27. марта 2019. године, у саставу од свих девет судија, донио је Одлуку, бр. У-24/18, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/19.

[68] Вид. Образложење Приједлога Закона о измјени Закона о насљеђивању, 5.

[69] Закон о измјени Закона о насљеђивању, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 82/19.

[70] У поменутом члану ЗОН-а РС, нормирана су насљедноправна дејства непотпуног усвојења.

[71] Вид. ЗОН РС, чл. 30, ст. 1 и 2.

његови усвојеници (члан 20)[72] и његов брачни друг. Остали потомци умрлог, његови усвојеници и њихови потомци (члан 19. став 1),[73] његови родитељи и његова браћа и сестре су нужни насљедници само ако су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот.“[74]

Очито да је и у ЗОН-у РС и у ЗОН-у СР БиХ постојала одређена противрјечност и непрецизност у погледу права усвојеника из непотпуног усвојења и његових потомака на нужни дио.[75] Није било потпуно јасно да ли ова лица спадају у круг апсолутних или релативних нужних насљедника, тј. да ли имају безусловно право на нужни дио или само ако су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот. С тим у вези, поднесена је иницијатива за покретање поступка за оцјењивање уставности члана 30, став 1 и 2 Закона о насљеђивању.

Уставни суд Републике Српске утврдио је да члан 30, став 2 овог закона, у дијелу који гласи: „... његови усвојеници и њихови потомци...“ није у сагласности са Уставом Републике Српске. У образложењу одлуке, наведено је да „појам 'дјеца умрлог' обухвата и усвојенике из потпуног усвојења. Пошто су усвојеници из потпуног и из непотпуног усвојења, дакле сви усвојеници, обухваћени у члану 30. став 1. Закона о насљеђивању, нејасно је шта је законодавац имао у

[72] С обзиром на то да је у члану 20 ЗОН-а СР БиХ био регулисан престанак насљедних права усвојеника из непотпуног усвојења у случају када је усвојилац за живота поднио приједлог за раскид усвојења пред надлежним органом старатељства, није сасвим јасно зашто је овај члан поменут. Највјероватније да је у питању грешка, да ли штампарска или нека друга, то је након пола вијека од усвајања поменутог закона тешко рећи. Међутим, још теже је рећи на коју одредбу су законодаваци хтјели да се позову и који је био циљ тог позивања!? Претпостављамо да је намјера била да се као апсолутни нужни насљедник одреди усвојеник из непотпуног усвојења пошто је у праву СР БиХ у вријеме усвајања ЗОН-а постојао само овај облик усвојења. Крвно сродство било је изједначено са сродством из потпуног усвојења у уводним одредбама закона (о разлозима зашто је тако учињено, већ смо говорили). Самим тим, усвојеник и усвојилац из потпуног усвојења нису нигдје посебно помињани, нити је било потребе за тим. Стога, чини нам се немогућим да се под усвојеником (чл. 20) мислило на усвојеника из потпуног усвојења.

[73] У члану 19, ставу 1 ЗОН-а СР БиХ било је одређено да усвојеник из непотпуног усвојења и његови потомци имају према усвојиоцу иста насљедна права као и усвојичева дјеца и други његови потомци, осим ако при усвојењу та права нису била ограничена или сасвим искључена.

[74] ЗОН СР БиХ, чл. 28, ст. 1 и 2.

[75] Неки аутори сматрали су да је грешком прописано да усвојеници и њихови потомци насљеђују по објективно-субјективном критеријуму умјесто само потомци усвојеника из непотпуног усвојења. Вид. О. Антић, „Први Закон о наслеђивању Републике Српске“, *Зборник радова Правног факултета у Источном Сарајеву* 5/2009, 25.

виду када је у члану 30. став 2. истог закона, између осталог, предвидио посебне услове и за насљеђивање усвојеника. Овдје се поставља питање који су то усвојеници када су сви усвојеници већ наведени у члану 30. став 1. овог закона. Имајући у виду да принцип владавине права, односно правна сигурност и извјесност, између осталог, подразумијевају да правна норма мора бити јасна и одређена како би њено дејство било предвидиво, а то у овом примјеру није случај, Суд је утврдио да је прописивање из одредбе члана 30. став 2. у дијелу који гласи: '...његови усвојеници...' у супротности са принципом владавине права из члана 5. став 1. алинеја 4. Устава.“

Да подносилац иницијативе и судије Уставног суда нису једини којима нису биле јасне удвојене и противрјечне одредбе, свједоче и радови неколико аутора који су покушавали да открију смисао поменутих законских рјешења из ЗОН-а СР БиХ.[76] Тако су неки аутори тврдили да према одредбама ЗОН-а СР БиХ усвојеник из непотпуног усвојења има право на нужни дио само уз испуњење додатних субјективних критеријума, на исти начин као и оставиочеви родитељи, браћа и сестре, при чему се нису упуштали у детаљно образложење оваквог става.[77] Поједини правни писци пак, у настојању да образложе исти овакав став, уопште нису разликовали подјелу насљедника по насљедним редовима од остварења права на нужни дио по објективном и објективно-субјективном критеријуму. Тако су све оставиочеве потомке, као и усвојеника из непотпуног усвојења и његове потомке, заједно са родитељима и браћом и сестрама оставиоца сврстали у „други нужни насљедни ред“.[78] Пошто је нешто слично наведено и у иницијативи која је довела до одлуке Уставног суда о којој говоримо, могуће да се подносилац дјелимично користио наведеним радовима код сачињавања поднеска.[79]

---

[76] Уосталом и сами смо прије 15 година писали рад на ову тему покушавајући да протумачимо поменуте одредбе. Пошто се овим поново бавимо након 15 година, сада уз нешто другачије закључке, одговор на питање када смо били (не)успјешнији оставићемо научној и стручној јавности.

[77] Вид.: Б. Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Београд 1977, 205; О. Антић, (1977), 166; Д. Баго, Н. Трајић, З. Петровић, М. Повлакић, 61–62.

[78] Вид. Е. Зечевић, *Правила насљедног права са судском праксом и обрасцима за практичну примјену*, Логос, Сарајево 2002, 29.

[79] У образложењу иницијативе, између осталог наведено је да се према важећем законском рјешењу „оставиочеви потомци сврставају у другу групу нужних насљедника, изједначавајући их са прецима и побочним сродницима“, као и да се „непотпуни усвојеници сврставају у прву насљедну групу“, док се „потпуни усвојеници сврставају у другу групу нужних насљедника“, а „право на насљеђе потомцима условљава трајном неспособношћу за привређивање и недостатком средстава за живот“. У иницијативи је наглашено и да је „сврставањем усвојеника из потпуног усвојења и њихових потомака у другу групу нужних насљедника повријеђено начело према коме

Чини нам се да је све поменуте ауторе у заблуду довела потпуна несистематичност и противрјечност законских одредаба, како у ЗОН-у СР БиХ, тако и у ЗОН-у РС. Претпостављамо да су ови писци сматрали да је помињање усвојеника и њихових потомака (члан 19, став 1) у члану 28, став 2 ЗОН-а СР БиХ служило да оставиочеве усвојенике из непотпуног усвојења и њихове потомке одреди као релативне нужне насљеднике. С друге стране пак, помињање усвојеника (члан 20) у члану 28, став 1 ЗОН-а СР БиХ као апсолутних нужних насљедника, вјероватно су оцјењивали као техничку грешку или су под њима мислили на усвојенике из потпуног усвојења.

Прије петнаестак година, када смо разматрали поменуто законско рјешење из ЗОН-а СР БиХ, учинило нам се да је оно посљедица невјештог покушаја законодавца да у члану 28, став 2 ЗОН-а СР БиХ укаже на могућност да се право на нужни дио усвојеника из непотпуног усвојења може приликом заснивања усвојења ограничити тако да он стиче ово право по објективно-субјективном критеријуму. Иначе, по правилу из члана 28, став 1 ЗОН-а СР БиХ усвојеник из непотпуног усвојења био је апсолутни нужни насљедник.[80] Данас нисмо сигурни да ли смо били у праву. У сваком случају, то је мање битно јер је Закон о насљеђивању СР БиХ престао да се примјењује.

Оно што је важно, јесте да су у Закону о насљеђивању Републике Српске, како до 2019. године и Одлуке Уставног суда, тако и послије тога, усвојеници из потпуног и непотпуног усвојења без имало двојбе одређени као апсолутни нужни насљедници,[81] заједно са оставиочевом рођеним дјететом и брачним супружником. С овим ставом сагласио се и Уставни суд, иако су неки аутори сматрали другачије.

Међутим, оно што нас мучи јесте питање да ли су потомци усвојеника из непотпуног усвојења након 2019. године и даље нужни насљедници.[82] Потомци оставиочевог рођеног дјетета, потомци његовог усвојеника из потпуног усвојења,[83] као и оставиочеви родитељи и његова браћа и сестре нужни су насљедници само ако су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот.

насљедници првог насљедног реда насљеђују на једнаке дијелове, док је усвојеницима из непотпуног усвојења омогућено да 'дупло' наслиједе, тј. иза њихових крвних сродника и иза усвојиоца.“

[80] Вид. Д. Ћеранић, (2008), 350–351.

[81] Усвојеник из потпуног усвојења под појмом „дјеца умрлог“, а усвојеник из непотпуног усвојења под појмом „његови усвојеници из члана 21. овог закона“.

[82] „Одлуке Уставног суда, као што видимо, дјелују *ex nunc*, јер се њима укида оспорени правни акт. Њихово дејство је *erga omnes*.“ Вид. Г. Марковић, *Уставни лавиринт*, Службени гласник, Београд 2021, 386.

[83] И једни и други поменути потомци могу се без имало сумње подвести под појам „остали потомци умрлог“.

Иако се у Закону о насљеђивању Републике Српске међу нужним насљедницима више изричито не помињу потомци усвојеника из непотпуног усвојења, сматрамо да су они и даље релативни нужни насљедници. Постоји више разлога за то, један од њих је и помињање „свих потомака умрлог“ под које би се они могли подвести. На овакав закључак указују историјско, циљно и системско тумачење правних норми којима је ово питање уређено.

Прије одлуке Уставног суда из 2019. године потомци усвојеника из непотпуног усвојења били су релативни нужни насљедници, што нико никада није доводио у питање. Још од 1955. године усвојеник и његови потомци изричито се убрајају у круг нужних насљедника, а ни код једне касније законске промјене (у СФРЈ и у Републици Српској) није наглашено да би то право требало да изгубе. Циљ успостављања правила о нужном дијелу[84] указује да овај институт треба да послужи заштити интереса чланова уже, понегдје и шире оставиочеве породице, међу које се могу и морају убројати и усвојеникови потомци.[85]

Друштвена схватања код нас таква су да са много сигурности можемо тврдити да се усвојеникови потомци доживљавају мање-више једнаким члановима породице као потомци рођеног дјетета. Нема потребе да спроводимо истраживање на ту тему. За разлику од западних друштава,[86] гдје је скоро па усахла међугенерацијска веза,[87] дједови и бабе у Републици Српској унучадима више повлађују него рођеној дјеци.[88]

---

[84] „Нужни део је законом унапред одређена вредност заоставштине на коју нужни наследник стиче право у тренутку отварања наслеђа, а која му мора припасти уколико то благовремено захтева, независно од воље оставиоца изражене у правним пословима *mortis causa* и/или *inter vivos*, којима је бестеретно располагао својим имовинским правима.“ Вид. Н. Крстић, 22.

[85] О основу нужног дијела те теоријским оправдавањима његовог постојања, више вид. Н. Крстић, 23–32

[86] „Данас су наследноправни прописи ових земаља значајно измењени у складу са развојем савременог друштва, породичних и својинскоправних односа, па се у једном домену домашај установе нужног дела сужава укидањем права на нужни део прецима (нпр. у француском праву), а у појединим правима и супружницима (право Холандије), док се у другом домену проширује кроз признавање права нужног наслеђивања и ванбрачним партнерима и/или партнерима из регистрованих заједница у појединим правима. Оваква тендеција условљена је променом породичних образаца и чињеницом да су и друге форме заједнице живота, било фактичке и регистроване све заступљеније у свакодневном животу.“ Вид. Т. Ђурђић Милошевић, 282.

[87] О кругу нужних насљедника у неким европским правима, више вид. Н. Стојановић, (2022), 157–163. О институту који има сличну сврху у праву САД, више вид. Д. Живојиновић, „Историјски развој и правни основ права супружника на изборни (нужни) део у САД“, *Правни живот* 10/2011, 542–544.

[88] Ово може посвједочити већина наших становника којима су бабе и дједови од велике помоћи у подизању потомства.

Али да нас не оптуже да смо превише зашли на поље друштвених и психолошких истраживања, још ријеч-двије да додамо на пољу права. Породичним законом одређено је да се непотпуним усвојењем између усвојиоца, са једне стране, и усвојеника и његових потомака, са друге стране, заснивају односи сродства, као и права и дужности која по закону постоје између родитеља и дјетета, ако законом није другачије одређено.[89] Опште правило прихваћено у нашем правном систему даје предност изједначавању права и дужности из односа непотпуног усвојења са правима и дужностима из односа родитељ–дијете.[90] Изузеци од овога морају бити предвиђени законом, што чини нам се да није случај када је ријеч о поменутом праву усвојеникових потомака.

На крају крајева, и сам Уставни суд у образложењу своје одлуке наводи да је само „прописивање из одредбе члана 30. став 2. у дијелу који гласи: *'...његови усвојеници...'* (подвукао аутор) у супротности са принципом владавине права из члана 5. став 1. алинеја 4. Устава“. У наставку образложења, изричито се напомиње да је „било неопходно ово утврдити и за њихове потомке јер нормирање на овакав начин, у конкретном случају, чини нераскидиву цјелину“.

По свему судећи, Уставни суд није имао намјеру да оспори право потомцима усвојеника из непотпуног усвојења да буду у категорији релативних нужних насљедника. Уосталом, он на то и нема право јер није законодавац.[91] Разлог зашто је уз спорни дио законске одредбе „...његови усвојеници...“ брисан и наставак „...и њихови потомци...“ је правнотехнички пошто би останак овог другог дијела норме без првог онемогућио било какво тумачење. Да није обрисан и овај наставак, норма би након Одлуке Уставног суда гласила: „Остали потомци умрлог, и њихови потомци, његови родитељи и његова браћа и сестре...“, што не би имало никаквог смисла.

С обзиром на то да је оваква одлука морала бити донесена, логично је било да се ова новонастала правна празнина исправи тако што ће

[89] Вид.: Породични закон – ПЗ РС 2023, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/23, чл. 182, ст. 1; Породични закон – ПЗ РС 2002, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/02, 41/08, 63/04 и 56/19 – одлука УС, чл. 150, ст. 1.

[90] Неки аутори указују да у прилог ширег круга нужних насљедника „говори и потреба за усаглашавањем њихових нужних наследних права са постојањем законске обавезе издржавања“, као и „потреба за потпуним поштовањем начела узајамности у наслеђивању“. Вид. Ј. Видић Трнинић, 235.

[91] „Треба имати на уму да уставни суд не може да доноси законе, нити да мијења важеће законе. Он може само да стави ван снаге закон или његове поједине норме. Зато га је Келзен звао 'негативни законодавац'. Он може спријечити да закон буде на снази и да се примјењује, али не може донијети закон.“ Вид. Г. Марковић, *Уставно право*, Источно Сарајево 2021, 452–453.

Народна скупштина усвојити Закон о допунама Закона о насљеђивању и изричито потврдити право потомака усвојеника из непотпуног усвојења на нужни дио по објективно-субјективном критеријуму. Међутим, шта се десило?! Народна скупштина усвојила је Закон о измјенама Закона о насљеђивању,[92] којим су у одговарајућем члану и ставу Закона брисане ријечи „његови усвојеници и њихови потомци“, а које су већ престале да важе на основу Одлуке Уставног суда. Скупштина је брисала одредбе Закона које су већ биле обрисане, тј. брисано је нешто што у томе тренутку уопште није постојало!

Звучи помало невјероватно, али нико од стотина запослених или ангажованих по различитим основима у разним министарствима, Влади, Републичком секретаријату за законодавство, нико од чланова скупштинских одбора, нико од 83 посланика, није се сјетио да скрене пажњу на одредбе Закона о Уставном суду Републике Српске. Наиме, овим законом изричито је предвиђено да када „Суд утврди да закон није у сагласности са Уставом, тај закон, односно његове одредбе које нису у сагласности са Уставом, престају да важе даном објављивања одлуке Суда“.[93]

У сваком случају, док се не усвоје допуне Закона о насљеђивању у наведеном смислу, мислимо да су усвојеници из непотпуног усвојења и даље релативни нужни насљедници. Разлоге за овакав став већ смо навели, а о разлозима зашто им начелно треба дати ово право морамо казати коју ријеч.[94]

Циљ сваког законодавца требало би да буде да правила законског насљеђивања приближи претпостављеној вољи оставиоца[95] који је

[92] Народна скупштина Републике Српске са 70 гласова „за“, ниједним „против“ и ниједним „уздржаним“, усвојила је Закон о измјени Закона о насљеђивању на Шестој редовној сједници, одржаној 19. септембра 2019. године, а Вијеће народа 30. септембра 2019. године констатовало је да усвојеним законом није угрожен витални национални интерес ни једног конститутивног народа у Републици Српској.

[93] Закон о Уставном суду Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 104/11 и 92/12 – испр., чл. 5.

[94] У правима са простора бивше Југославије у којима постоји непотпуно усвојење, потомци усвојеника из непотпуног усвојења убрајају се у круг релативних нужних насљедника. Вид.: ЗОН ФБиХ, чл. 28, ст. 2; ЗОН БД БиХ, чл. 32, ст. 1; ЗОН Македоније, чл. 30, ст. 2. У насљедном праву Србије, они су пак убројани међу апсолутне нужне насљеднике. Вид. ЗОН Србије, чл. 39, ст. 1.

[95] У правној теорији наглашава се да правила законског насљеђивања треба да одражавају претпостављену вољу оставиоца, с тим да се она најлакше може спознати путем проучавања мноштва завјештања у правној пракси. Вид. A. R. Mellows, *The Law of Succession*, Butterworths, third edition, London 1977, 203. Овакво теоријско појашњење више одговара западним друштвима у којима је чешће завјештајно насљеђивање него што је то код нас случај. У нашој правној пракси, број завјештања је прилично мали, тако да се може рећи да у нашем друштву завјешталац није неко ко

просјечан члан друштвене заједнице.[96] Одређивање круга законских насљедника једно је од основних питања које је уређено у насљедном праву сваке земље.[97] У нашем али у многим другим правима као основ прихваћен је концепт породичног законског насљеђивања,[98] тј. за законске насљеднике одређени су чланови оставиочеве уже и шире породице.

На истом концепту почива и уређење установе нужног дијела, којим се оставиочева аутономија воље ограничава на пољу насљедног права. Норме о праву на нужни дио израз су постојећих друштвених схватања о значају породичних вриједности.[99] Уколико су породица и породичне вриједности више цијењене у датом друштву, утолико је шири круг нужних насљедника, и обрнуто.[100] Због тога и постоје разлике у основу нужног дијела у државама са различитим друштвено-економским и друштвено-политичким уређењем.[101]

Многа савремена друштва чини нам се да журе погрешним путем, сводећи све на јединицу, те непогрешиво теже нули. Растући индиви-

представља просјечног члана друштвене заједнице, тако да проучавање завјештајних располагања и није неки сигуран доказ општеприхваћених друштвених схватања.

[96] „Право не може бити вештачка и самовољна творевина ниједног ауторитета, па ни државе. (...) Нема сумње, исто тако, да позитивно право постаје и историјски се развија у датој држави одређеног народа. Другим речима, позитивно право постоји као историјски облик конкретног правног живота. (...) Зато, изгледа основано потражити порекло права у социјално-историјским фактима.“ Вид. Р. Васић, К. Чавошки, *Увод у право II*, Драганић, Београд 1999, 27.

[97] Успостављање правичног поретка сукцесије који се огледа у одређивању правила у вези с питањем ко ће бити насљедници, како ће се подијелити заоставштина, као и ко ће одговарати за обавезе оставиоца представља предмет норми насљедног права. Вид. D. Leipold, “Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts“, *AcP, Heft* 1-2/1980, 19.

[98] У правној књижевности, правило по коме првенство у насљеђивању имају оставиочеви сродници и супружник означава се као „принцип породичног насљеђивања“. Умјесто свих, вид. M. Harder, I. Kroppenberg, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied – Kriftel, Berlin 2002, 5.

[99] Вид. Н. Крстић, 31.

[100] „Будући да свако апсолутно право може водити ка неправу, па тако и слобода тестирања, императивана правна правила успостављена су са циљем да се спречи самовоља завештаоца, и допринесе социјалној правичности између чланова његове породице и њиховог једнаког наследноправног третмана. Ту се долази до кључног питања допуштене мере ограничавања слободе тестирања као манифестације приватноправне аутонимије појединца, у циљу заштите општих интереса изражених кроз установу јавног поретка, али и одређених друштвених вредности које се посебно штите правним поретком, као што је породица.“ Вид. Т. Ђурђић Милошевић, 407.

[101] Вид. О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 1983, 250–255

дуализам,[102] да не кажемо егоизам,[103] највећи је изазов са којима се сусрећу данашња друштва. А од индивидуализма и егоизма (од 1), до кризе брака,[104] кризе породице,[105] пада броја становника,[106] старења друштва[107] (до 0), пут је кратак.

Стога, не журимо погрешним путем. Не угледајмо се на лошије од себе самих. Имамо прилику да се вратимо са погрешног трага. Све ово важи и за одређивање ширине круга законских и нужних насљедника, јер овим правилима доказује се вјечна истина да су смрт и живот испреплетени нераскидиво.[108] Модерно нужно не значи и вриједно, поготово не значи вјечно. Појам класике настао је од ознаке за прву класу. А можемо да живимо класично, вјечно и славно,[109] да се

[102] Фил., правац мишљења, осјећања и хтјења који је управљен само на јединку као такву, систем издвајања јединки у друштву. Вид. М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 1996, 330.

[103] Лат., *ego* – ја, фр. *égoisme* – себичност, свесебица, саможивост, самољубље. Вид. М. Вујаклија, 252.

[104] С обзиром на то да живимо у ери глобализације гдје су економске законитости надвладале скоро све законитости изузев природних, мислимо да узроке кризе брака и породице треба тражити и на пољу економије. Један од начина повећања продаје је и стимулисање потрошње. Будући да потрошња служи за задовољење потреба, треба повећати потребе. А да би се потребе повећале, треба промијенити свијест човјека. Умјесто скромног члана заједнице који се задовољава испуњењем егзистенцијалних потреба, треба створити незаситог појединца који увијек тражи више. О овоме, више вид. Д. Ћеранић, *Криза брака*, Зборник радова „Правни систем и друштвена криза“, прва свеска, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2011, 319–329.

[105] Лоше економске прилике, незапосленост, немогућност рјешавања стамбеног проблема, одсуство жеље за напуштањем удобности родитељског дома и сл., најчешћи су разлози због којих млади на нашим просторима избјегавају заснивање брачне и породичне заједнице. Вид. А. Акрап, И, Чипин, *Социјалитетни стерилитет у Хрватској – зашто смо неожењени и неудате*, Министарство обитељи, бранитеља и међугенерацијске солидарности, Загреб 2006.

[106] „У 2021. години живорођених је 62.180, а преминуле су 136.622 особе. Негативан природни прираштај износи 74.442.“ Вид. *У Србији 2021. године умрле 74.442 особе више него што је рођено*, Политика, 11. јул 2022, *https://www.politika.rs/sr/clanak/511696/U-Srbiji-2021-godine-umrle-74-442-osobe-vise-nego-sto-je-rodeno*.

[107] Процијењена просјечна старост становника у Србији у 2021. години била је 43,5 година, а 1953. године била је 29,4 година. Вид. Републички завод за статистику, *Статистички календар 2023, https://publikacije.stat.gov.rs/G2023/Pdf/G202317016.pdf*.

[108] „У одређеном смислу смрт добија смисао само кроз насљеђивање.“ Вид. О. Антић, (2011), 23. „Смрт (је) почетак промене облика егзистенције (из материјалне у духовну, из ефемерне у трајну).“ Вид. С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, 20.

[109] Знатижељни правни мислиоци значење и коријен ријечи „насљедно“ код „Насљедног права“ траже у ријечи „сл(ij)ед“, поједини чак промишљају о „слави“. Вид. С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, 25.

не препустимо времену постериорности. Све је у избору, изборимо се! Наравно, немамо заблуде, свјесни смо ограничености права.[110]

4. ЗАКЉУЧАК

Уставно уређење Републике Српске темељи се на владавини права, а Уставом се јамчи право насљеђивања у складу са законом. Конститутивни елемент владавине права чини начело правне сигурности. До повреде овог начела може доћи усљед неодређености и непрецизности правне норме чиме се угрожава захтјев за јединственом примјеном права. На одређеност и прецизност правне норме прије свега утичу нормотворци, међутим до непрецизности могу довести и одлуке уставних судова.

На пољу насљедног права у Републици Српској, на непрецизност правних норми утицали су како законотворци, тако и уставни судови. Народна скупштина је чак усвојила закон којим је укинула одредбе Закона о насљеђивању које су већ престале да важе на основу одлуке Уставног суда. Због свега овога, мислимо да би било добро када би био усвојен Закон о измјенама и допунама Закона о насљеђивању којим би се уредило мноштво непрецизних и противрјечних одредаба. Између осталог, треба уредити норме којима се одређује круг нужних насљедника. Док се то не учини, правна сигурност и јединствена примјена права могу се постићи правилним тумачењем постојећеих одредаба.

У том смислу, чини нам се да са приличном сигурношћу можемо закључити да су у праву Републике Српске, нужни насљедници у првом нужном насљедном реду: сви оставиочеви потомци под којима се подразумијева и усвојеник из потпуног усвојења и сви његови потомци, затим оставиочев усвојеник из непотпуног усвојења и сви његови потомци, као и оставиочев брачни супружник. У другом нужном насљедном реду, нужни насљедници су: оставиочеви родитељи под којима се подразумијева и усвојилац из потпуног усвојења, као и оставиочева браћа и сестре односно полубраћа и полусестре.

Оставиочева дјеца међу које се убраја и усвојеник из потпуног усвојења, затим оставиочев усвојеник из непотпуног усвојења као и брачни супружник нужни су насљедници по тзв. објективном критеријуму. Њихово право на нужни дио је апсолутно, односно они ће постати нужни насљедници без испуњења било каквих додатних услова. Довољно је да су *in concreto* постали насљедници, да испуња-

[110] „Лимит права је јасан: несавршени покушај санирања несавршености човека и света.“ Вид. С. И. Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, XVIII.

вају опште услове за позивање на насљеђе по правилима законског насљеђивања.

Међутим, оставиочеви даљи потомци (унучад, праунучад и тако редом) међу које се убрајају и потомци оставиочевог усвојеника из потпуног усвојења, затим потомци оставиочевог усвојеника из непотпуног усвојења, оставиочеви родитељи под којима се подразумијева и усвојилац из потпуног усвојења, као и оставиочева браћа и сестре односно полубраћа и полусестре, нужни су насљедници по тзв. објективно-субјективном критеријуму. Њихово право на нужни дио је релативно, односно они ће постати нужни насљедници уз испуњење додатних услова. Осим што треба да су *in concreto* насљедници, да испуњавају опште услове за позивање на насљеђе по правилима законског насљеђивања, још треба да су трајно неспособни за рад и да немају нужних средстава за живот. Оба додатна услова морају бити кумулативно испуњена. За оцјену ових услова, мјеродаван је тренутак оставиочеве смрти.

Постојећи круг нужних насљедника чини нам се друштвено оправданим, с тим да би га требало прецизно уредити у будућим законским измјенама. Једино што би се могло промијенити у погледу ширине круга нужних насљедника јесте одређивање усвојиоца из непотпуног усвојења као релативног нужног насљедника.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Антић, Оливер, „Наследноправне последице усвојења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-3/1977;
2. Антић, Оливер, *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 1983;
3. Антић, Оливер, Балиновац, Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996;
4. Антић, Оливер, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Пале 2001;
5. Антић, „Први Закон о наслеђивању Републике Српске“, *Зборник радова Правног факултета у Источном Сарајеву* 5/2009;
6. Антић, Оливер, *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011;
7. Акрап, Анђелко, Чипин, Иван, *Социјалитетни стерилитет у Хрватској – зашто смо неожењени и неудате*, Министарство обитељи, бранитеља и међугенерацијске солидарности, Загреб 2006;

8. Баго, Драго, Траљић, Неримана, Петровић, Здравко, Повлакић, Мелиха, *Основи насљедног права*, ПП То је то, Сарајево 1991;
9. Благојевић, Борислав, *Наследно право у Југославији*, Београд 1977;
10. Буковац Пувача, Маја, Винклер, Сандра, „Насљедноправни учинци изванбрачних заједница и неформалних животних партнерстава“, *Зборник радова Актуелна проблематика породичноправне теорије и праксе*, Мостар 2021;
11. Васић, Радмила, Чавошки, Коста, *Увод у право II*, Драганић, Београд 1999;
12. Видић, Јелена, „Утицај адоптивног сродства на законска наследна права у законодавству Србије и осталих европских земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2006;
13. Видић Трнинић, Јелена, „Сличности и разлике у положају нужних наследника на простору бивше Југославије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014;
14. Видић Трнинић, Јелена, „Уговор о уступању и расподели имовине за живота – теоријски и практични аспекти“, *Двадесет година Закона о наслеђивању Србије* (ур. Н. Стојановић, Н. Крстић), Ниш 2016;
15. Влашковић, Вељко, „Осврт на Европску конвенцију из 2008. године“, *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*, Крагујевац 2009;
16. Вујаклија, Милан, *Речник страних речи и израза*, Номос, Београд 2004;
17. Ђурђић Милошевић, Тамара, *Ограничење слободе завештајних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018;
18. Ђуретић, Нада, *Усвојење – теорија и законодавна пракса*, Август Цесарец, Загреб 1982;
19. Ђокић, Ивана В., *Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2020;
20. Живојиновић, Драгица, *Неважност завештања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2003;
21. Живојиновић, Драгица, „Историјски развој и правни основ права супружника на изборни (нужни) део у САД“, *Правни живот* 10/2011;
22. Жнидаршич Скубиц, Викторија, „Насљеђивање у браку и изванбрачним заједницама“, *Годишњак Академије правних знаности Хрватске*, Посебни број, Загреб 2017;
23. Зечевић, Енвер, *Правила насљедног права са судском праксом и обрасцима за практичну примјену*, Логос, Сарајево 2002;

24. Јањић-Комар, Марина, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006;
25. Крешић, Борис, „Институт нужног насљедства: Федерација Босне и Херцеговине *versus* Република Српска“, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонског мировног споразума“* (ур. Р. В. Лукић, Г. Марковић), Источно Сарајево 2017;
26. Крстић, Новак, *Повреда и заштита права на нужни дио*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2015;
27. Крстић, Новак, *Уговор о уступању и расподели имовине за живота*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2021;
28. Кршљанин, Нина, „Михаило Константиновић (1897–1982): правник који је обележио једну епоху“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/2022;
29. Leipold, “Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts“, *AcP*, *Heft* 1-2/1980;
30. Mellows, Anthony R., *The Law of Succession*, Butterworths, third edition, London 1977;
31. Марковић, Горан, *Уставни лавиринт*, Службени гласник, Београд 2021
32. Марковић, Горан, *Уставно право*, Источно Сарајево 2021;
33. Митић, Михаило, „Критичка оцена (*de lege ferenda*) наследноправнога дејства институције усвојења“, *Гласник Адвокатске коморе САП Војводине* 7/1969;
34. Младеновић, Марко, *Основи социологије породице*, Завет, Београд 1995;
35. Панов, Слободан И., „Однос полова и васпитање“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Г. Марковић), Источно Сарајево 2012
36. Панов, Слободан И., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017;
37. Панов, Слободан, Кашћелан, Балша, Станковић, Милош, *Наследно право, Практикум*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
38. Панов, Слободан, *Право на родитељство*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998;
39. Прокоп, Ана, *Породично право – Усвојење*, Школска књига, Загреб 1963;
40. Републички завод за статистику, *Статистички календар 2023*, *https://publikacije.stat.gov.rs/G2023/Pdf/G202317016.pdf*;
41. Стојановић, Наташа, „Наслеђивање грађанских сродника у праву Савезне Републике Југославије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 34-35/1996;

42. Стојановић, Наташа, *Наследно право*, Ниш 2022;
43. Ћеранић, Димитрије, „Насљедноправне дејства непотпуног усвојења у праву Републике Српске и БиХ“, *Зборник Правног факултета у Источном Сарајеву* 4/2008;
44. Ћеранић, Димитрије, *Криза брака*, Зборник радова „Правни систем и друштвена криза“, прва свеска, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2011;
45. Ћеранић, Димитрије, *Наследноправна дејства усвојења*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2015;
46. Ћеранић, Димитрије, *Насљедноправне посљедице усвојења*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2020;
47. *У Србији 2021. године умрле 74.442 особе више него што је рођено*, Политика, 11.07.2022, *https://www.politika.rs/sr/clanak/511696/U-Srbiji-2021-godine-umrle-74-442-osobe-vise-nego-sto-je-rodeno*;
48. Harder, I. Kroppenberg, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied – Kriftel, Berlin 2002;
49. Храбар, Дубравка, „Посвојење на размеђи интереса посвојитеља и посвојеника“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 5/2008;
50. Чолаковић, Маја, Демировић, Рамајана, „Лишење нужног насљедног дијела као облик заштите имовинских интереса породице“, *Зборник радова „Право, традиција и промјене“* (ур. Д. Ћеранић), Источно Сарајево 2020.

Правни прописи

1. Закон о наслеђивању, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/55, и *Службени лист СФРЈ*, бр. 12/65 и 47/65;
2. Уставни амандмани XX до XLII на Устав СФРЈ и Уставни закон за спровођење Уставних амандмана XX до XLII, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/71;
3. Закон о насљеђивању, *Народне новине СР Хрватске*, бр. 52/71 и 47/78;
4. Закон о насљеђивању, *Службени лист СР БиХ*, бр. 22/73, 22/75, 38/78, 7/80 – пречишћени текст, и 15/80 – исправка;
5. Законот за наледувањето, *Службен весник на СР Македонија*, бр. 35/73 и 27/78;
6. Закон о наслеђивању, *Службени гласник СР Србије*, бр. 52/74, 1/80 и 25/82;
7. Закон о наслеђивању, *Службени гласник САП Косово*, бр. 43/74, 47/78 и 28/79;

8. Закон о наслеђивању, *Службени гласник САП Војводине*, бр. 8/75 и 27/79;
9. Закон о насљеђивању, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 4/76 и 22/78;
10. Закон о дедовању, *Урадни лист СР Словеније*, бр. 15/76 и 23/78;
11. Закон о спремембах ин дополнитвах Закона о дедовању, *Урадни лист Р. Словеније*, бр. 63/16;
12. Закон о наслеђивању, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УС и 6/15;
13. Закон за наследувањето, *Службен весник на Р. Македонија*, бр. 47/96;
14. Закон о насљеђивању, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19;
15. Закон о насљеђивању, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19;
16. Закон о насљеђивању у Федерацији БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 80/14 и 32/19 – одлука УС;
17. Закон о насљеђивању Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 36/17;
18. Закон о усвојењу, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 30/47 и 24/52, и *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/65;
19. Законот за посвојување, *Службен весник на СР Македонија*, бр. 5/73 и 17/73;
20. Закон о усвојењу, *Службени гласник СР Србије*, бр. 17/76;
21. Закон о усвојењу, *Службени гласник САП Војводине*, бр. 24/76;
22. Закон о усвојењу, *Службени гласник САП Косово*, бр. 30/76;
23. Закон о законски звези ин дружинских размерјих, *Урадни лист СР Словеније*, шт. 15/76, 1/89 и 14/89;
24. Закон о усвојењу, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 28/77;
25. Закон о браку и породичним односима, *Народне новине СР Хрватске*, бр. 11/78, 45/89 и 59/90;
26. Породични закон, *Службени лист СР БиХ*, бр. 21/79 и 44/89;
27. Закон о брачним и породичним односима, *Службени гласник СР Србије*, бр. 22/80 и 11/88;
28. Породични закон, *Службени лист СР Црне Горе*, бр. 7/89;
29. Закон за семејството, *Службен весник на РМ*, бр. 80/92, 9/96, 19/00 – одлука УС, 79/01 – одлука УС, 38/04, 60/05 – одлука УС, 33/06, 84/08, 117/09 – одлука УС, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 153/14 – пречишћени текст, 104/15, 150/15 и 122/18 – одлука УС и *Службен весник на РСМ*, бр. 51/21 – одлука УС и 53/21;

30. Породични закон, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 54/02, 41/08, 63/04 и 56/19 – одлука УС;
31. Породични закон, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15;
32. Породични закон, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/05 и 41/05;
33. Породични закон, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 66/07;
34. Обитељски закон, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 103/15, 98/19, 47/20 и 49/23;
35. Породични закон, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 17/23;
36. Закон о Уставном суду Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 104/11 и 92/12 – испр.;
37. Правила нормативно-правне технике за израду закона и других прописа Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 13/06 и 20/06;
38. Одлука Уставног суда Репубике Српске, бр. У-24/18, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/19;
39. Преднацрт грађанског законика Србије, Књига пета, Наслеђивање, 2019.

Associate Professor Dimitrije Ćeranić, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

WHO IS ENTITLED TO THE RESERVED SHARE IN INHERITANCE LAW OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The author examines the realization of the concept of the rule of law concerning the question of who is entitled to the reserved share in the inheritance law of the Republic of Srpska. Current legal solutions are critically analyzed from the aspect of their social justification and the principle of legal certainty. The paper also focuses on determining which family members can act as next of kin. The author came to the conclusion that the principle of legal certainty has been seriously threatened by positive law. Violation of the said principle may occur due to vague and imprecise legal provisions which adversely affect the uniform application of the law. Definiteness and precision of a legal norm are primarily determined by the lawmaker. However, they may also be affected by the decisions of constitutional courts. In such cases, the lawmaker can eliminate the imprecisions in legal texts by adopting the amendments to the particular piece of legislation without resorting to abrogation of the provisions which have already been rendered void by the court decision.

Key words: *The reserved share; The law of Republic of Srpska*.

УДК/UDC 347.67
347.472
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Доц. др Тамара Ђурђић-Милошевић

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Проф. др Новак Крстић

Правни факултет Универзитета у Нишу

НЕКА СПОРНА ПИТАЊА КОД ПОКЛОНА ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ*

Поклон за случај смрти специфичан је правни институт који је будио пажњу правничке јавности од настанка па до данас, пре свега због своје сложене правне природе. Његова правна природа разнолико је опредељивана кроз правну историју, од доброчиног и једнострано опозивог располагања за случај смрти, хибридног института са мешовитом правном природом који се налазио између легата и уговора, до својеврсног модалитета уговора о поклону (donatio post mortem). И поред дуге правне традиције и заступљености у пракси, овај институт није правно нормиран позитивним прописима. Отуда произлази и значај његовог правног сагледавање de lege lata, de lege ferenda, пре свега у циљу одређивања његовог места у правном систему Републике Србије. У том контексту значајно је и расветљавање његове правне природе, која даље имплицира питање раграничења правних послова за живота и за случај смрти, као једног од најзначајнијих питања уговорног наследног права.

Кључне речи: Правни посао *inter vivos*; Правни посао mortis causa; *Donatio post mortem*; *Donatio mortis causa*; Уговор о поклону; Легат.

Тамара Ђурђић-Милошевић, *tdjurdjic@jura.kg.ac.rs*.

Новак Крстић, *novak@prafak.ni.ac.rs*.

* Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке технолошког развоја и иновација Републике Србије, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 03. 02. 2023. године.

1. УВОД

Уговор о поклону за случај смрти специфичан је правни институт који је будио пажњу правничке јавности од настанка па до данас, због своје сложене правне природе. Развој овог института био је динамичан, те се кроз историју јављао у различитим појавним облицима који су били опредељени практичним потребама друштва у датом историјском, политичком, економском контексту. Тако се у својој правној генези кретао од доброчиног и једнострано опозивог располагање за случај смрти, преко својеврсног модалитета уговора о поклону (*donatio post mortem*), до хибридног института са мешовитом правном природом који се налазио између легата и уговора. Овај институт има дугу правну традицију у српском праву, почев од Номоканона Светог Саве, преко Српског грађанског законика из 1844. године, до данашњих дана.

У послератном периоду постојао је правни вакуум у погледу његовог регулисања, с обзиром на то да није био уређен нити наследноправним, нити облигационоправним прописима, иако је у правној доктрини било иницајативе за његовом реафирмацијом.[1] Значајан корак у правцу његове реафирмације учињен је у Нацрту грађанског законика Републике Србије, где редактори предлажу специфичан модалитет његовог уређења, нарочито у погледу својства опозивости.

У упоредном праву такође су заступљена најразличитија решења у погледу нормирања уговора о поклону за случај смрти, од његове квалификације као уговорног располагања за случај смрти, преко уговора облигационог права модификованог одложним роком, па до оних правних система који предвиђају оба ова вида његовог манифестовања. Пошто се у неким правним системима овај уговор поистовећује са уговором о наслеђивању, питање његовог регулисања од посебног је значаја за сферу уговорног наследног права која је последњих деценија у развоју, те се отварају бројна питања од значаја за реализацију аутономију воље у грађанском праву.

2. ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ КРОЗ ИСТОРИЈУ

Уколико се посматра развојни пут поклона за случај смрти кроз историју, може се закључити да је он на неки начин представљао гранични институт облигационог и наследног права, због чега су у правној теорији била заступљена различита схватања о његовој правној природи.

[1] М. Константиновић, *Облигације и уговори: Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд 1969, 157.

Поклон за случај смрти најпре је био уређен као располагање блиско завештању, јер је чињен услед конкретне опасности од наступања смрти поклонодавца. Дакле, чињеница смрти имала је конститутивни значај за наступање пуног правног дејства овог правног посла, које се огледало у томе да је поклонопримац наступањем смрти постајао и коначни власник поклоњене ствари коју је тренутком закључења уговора добио у „привремену“ својину.[2] У супротном, уколико би се десило да смрт поклонодавца није наступила или је пре поклонодавца преминуо поклонопримац, уговор је могао бити опозван и поклонодавац је могао тражити повраћај поклоњене ствари. Дакле, полазило се од становишта да мотив за закључење овог уговора није да се одмах бесплатно увећа имовина поклонопримца (као код обичног поклона), јер поклонодавац није желео да се својина на поклоњеној ствари пренесе трајно, осим за случај његове смрти. Дакле, основни мотив за закључење овог правног посла произлазио је из конкретне смртне опасности – *periculum imminente* (што је овај уговор приближавало ванредној завештајној форми). У класичном периоду овај уговор је закључиван и када није постојала конкретна смртна опасност, где је присутно било само размишљање о наступању смрти у перспективи – *solo cogitatione mortalitatis*.[3]

На свом развојном путу, поклон за случај смрти све више се приближавао легату, да би за време Јустинијана ови институти били у потпуности изједначени, што је имало утицаја на савремено грађанско право и даље правно уобличавање овог института. Тако је у Српском грађанском законику из 1844. год. поклон за случај смрти био уподобљен са легатом (чл. 568 СГЗ – „поклон за случај смрти учињени сматра се као легат или испорука, и по томе ће се судити“),[4] да би у послератном периоду остао изван правне регулативе, иако је представљао допуштен правни посао.

Једини значајнији покушај у правцу његовог нормативног уобличавања у овом периоду учињен је од стране професора Михаила Константиновића у *Скици за Законик о облигационим односима и уговорима* који је предвидео његово нормирање *у оквиру одељка о поклонима*. Решење у Скици специфично је по томе што одступа од основних обележја класичног уговора о поклону и начела опозивости као темељног начела уговорног права. Оваквим концептом била су помирена два супротстављена схватања: предратно схватање овог инсти-

[2] Д. Пантић, *Donatio mortis causa – римско право и српско право*, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2014, 51 и 52.

[3] Ulpijan – D. 39, 6, 29, Д. Пантић, 55.

[4] *Грађански законик за Краљевину Србију*, средио Иван Д. Пековић, Београд 1939, 245.

тута као института блиског легату (како је предвиђао Српски грађански законик), и послератног увреженог мишљења да поклон за случај смрти не представља ништа друго до модалитет класичног уговора о поклону, који је модификован одложним роком. Одложни рок (неодређеног трајања) – *dies incertus-incertu quando*[5] истицао је у тренутку смрти поклонодавца, када долази до преноса права својине са поклонодавца на поклонопримца. Дакле, модификација овог уговора огледа се кроз посебну погодбу да ће предмет уговора бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца.

3. ПРАВНА ПРИРОДА ПОКЛОНА ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ

Концептуални приступ поклону за случај смрти и његово појмовно одређење предуслов су за анализу и тумачење законске регулативе и разумевање његове правне сврхе.[6] Различити концепти његовог регулисања у упоредном праву детерминисани су специфичном правном природом, те су се услед различитих друштвених, економских и политичких околности ови концепти мењали. Као основно, јавило се питање да ли је овај уговор институт облигационог права, односно модалитет поклона *inter vivos*, или институт код којег преовладава наследноправна природа, или је пак реч о правном хибриду између уговора и легата, који инкорпорира наследноправне и облигационоправне елементе?

3.1. Поклон за случај смрти као легат

Поклон за случај смрти који је познавало римско право представљао је доброчино, једнострано опозиво располагање за случај смрти.[7] Да би овај поклон произвео правно дејство, било је неопходно да поклонопримац надживи поклонодавца, што значи да је смрт поклонопримца имала конститутивни значај за пуноважност овог правног посла.[8] Уколико би се десило да смрт поклонопримца наступи пре смрти поклонодавца, поклон би престао да производи дејство, на исти начин на који пада легат у случају смрти легатара.

Мотив поклонодавца да располаже путем поклона за случај смрти подудара се са мотивом тестатора приликом тестаментарног распола-

[5] Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш 2011, 236.

[6] R. Zimmermann, ”Testamentary Formalities in Germany”, *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities,* (eds. K.G.C. Reid, M.J. De Waal, R. Zimmermann), University Press, Oxford 2011.

[7] Д. Пантић, „Поклон за случај смрти у српском праву *de lege ferenda* – допринос професора Михаила Константиновића“, *Бранич* 1-4/2017, 26.

[8] *Ibid.*, 813.

гања, односно остављања легата, а то је да предметна имовина након наступања смрти неког лица не припадне његовим законским наследницима, већ поклонопримцима, односно испорукопримцима код легата. Сличност са легатом огледа се и у својству опозивости, јер је *donation mortis causa* римског права могао да буде опозван слободном вољом поклонодавца, баш као што легат може бити опозван једностраном изјавом воље тестатора, у целини или делимично.[9] Он се не може одрећи права да опозове испоруку, нити се може уговором обавезати да је опозове, или не опозове.[10]

До концептуалног приближавања ових видова имовинског располагања долази у класичном праву, да би у периоду Јустинијана дошло до формалног изједначавања легата и поклона за случај смрти. Ова тенденција наставља се и у модерном праву, где се сличност ових института огледа првенствено у истоветној каузи, а то је да се бесплатно увећа имовина поклонопримца, односно легатара.[11] Тако се у аустријском праву поклон за случај смрти може учинити у форми легата ако су испуњене све формалне и материјалноправне претпоставке које су предвиђене за овај вид располагања, као што су постојање тестаментарне способности поклонодавца, способност наслеђивања поклонопримца, те одговарајућа форма предвиђена за легат.[12]

3.2. Поклон за случај смрти као уговор облигационог права

Поклон за случај смрти у домаћој правној доктрини претежно се разматра као модалитет уговора о поклону *inter vivos*. Реч је о „уговору насталом сагласношћу воља поклонопримца и поклонодавца, где се предаја предмета поклона одлаже до смрти поклонодавца“. Као и сваки уговор, и овај настаје сагласношћу изјављених воља уговорних страна које су уговором везане од тренутка постизања сагласности. То је доброчин, једнострано обавезујући, формалан правни посао, чија кауза је *animus donandi* – намера бесплатног давања. Основна разлика у односу на класичан уговор о поклону је у томе што се дејство уговора о поклону одлаже до тренутка смрти поклонодавца, када поклоњена ствар прелази на поклонопримца. У теорији се истиче да погодба о предаји ствари поклонопримцу након смрти поклонодавца

[9] Н. Стојановић, 260.

[10] *Ibid*.

[11] Вид. М. Ђурђевић, „Уговор о поклону за случај смрти“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 236.

[12] Поклон за случај смрти у аустријском праву може имати и форму уговора, уколико су испуњени, осим општих услова за пуноважност уговора о поклону, и посебни услови предвиђени за ову врсту уговора. (М. Ђурђевић, 247).

има карактер одложног рока, а не конститутивни значај,[13] што значи да у случају да смрт поклонопримца претходи смрти поклонодавца, обавеза предаје поклоњене ствари остаје, тј. право наследника поклонопримца да потражују предају поклоњене ствари.[14] На овој аргументацији се темељи став дела домаће правне доктрине да се уговор о поклону за случај смрти треба сматрати као модалитет уговора о поклону *inter vivos*, тј. *donatio post mortem.*[15] У том смислу, на њега се примењују уговорна правила која се примењују на класични поклон, укључујући и она правила која се примењују на отказивање. Дакле, и у овом случају примењује се принцип неопозивости уговора о поклону, осим у случајевима предвиђеним законом када се класични поклон може опозвати (у случају сопственог осиромашења и незахвалности поклонопримца).

Закључењем уговора о поклону за случај смрти заснива се облигациони однос између поклонопримца и поклонодавца, тако да након смрти поклонодавца, поклонопримац има право протраживања по основу овог уговора, а не само пуку наду или очекивање (као што је случај код завештања са наследницима). Како чињеница смрти поклонодавца нема конститутивни значај код поклона за случај смрти посматраног као *donatio post mortem*, а не као *donatio mortis causa* римског права, у случају раније смрти поклонодавца у односу на поклонопримца, право потраживања по основу овог уговора прелази на наследнике поклонопримца. [16]

3.3. Поклон за случај смрти као уговор о наслеђивању

У правној теорији могу се срести мишљења да је поклон за случај смрти претеча уговора о наслеђивању. Наиме, када је римско право забранило чињење обичних поклона између супружника, супружници су почели да закључују *donatio mortis causa* под истим условима као и остала лица, тако да се поклон за случај смрти посматрао у ширем смислу, као вид стицања наследства.[17] Пред крај прошлог века, у француској правној доктрини заузет је став да у одсуству одговарајућих наследноправних уговора, циљ уговорног наслеђивања могао је

[13] Rješenje Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 281/67 od 16. februra 1967 (Zbirka sudskih odluka, knj. 12, sv. 1, 17, str. 38).

[14] М. Ђурђевић, 250.

[15] *Ibid*., 251.

[16] Б. Визнер, *Грађанско право [у теорији и пракси]*, Службени лист, Београд 1962, 1109.

[17] М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2015, 35.

бити постигнут са *donatio mortis causa*, ако је истовремено била уговорена и неопозивост поклона.[18]

У појединим савременим правним системима, где је уговорно наслеђивање дозвољено, али и у некима у којима је забрањено, уговор о поклону за случај смрти сматра се уговором *mortis causa.* Тако, нпр. у швајцарском праву где је уговорно располагање за случај смрти допуштено, правила која се односе на уговор о наслеђивању примењују се на поклон за случај смрти.[19] У француском праву уговор о поклону за случај смрти није допуштен јер се сматра врстом уговора о наслеђивању, те потпада под забрану уговорног располагања будућим наследством која је прокламована у француском праву.[20] Изузеци су када се располагање врши између супружника, у корист трећег (нпр. заједничког детета).[21]

Оно што се може уочити је да је правна природа ова два уговора детерминисана значајем чињенице смрти за њихову пуноважност.[22] Ако се као полазиште узме чињеница да смрт поклонодавца има конститутивни значај код *donatio mortis causa*, онда је подударање овог уговора са уговором о наслеђивању очигледно, с обзиром на то да се правно дејство оба правна посла везује за чињеницу смрти (поклонодавца, односно уговорног оставиоца). Отуда оба правна посла имају исту каузу, а уколико би се уговор о наслеђивању закључио као доброчин правни посао,[23] тим пре би дошло до преклапања каузе у потпуности, јер би се она огледала у бесплатном увећању имовине бенефицијара (поклонопримца, односно уговорног наследника). Тако нпр. у француском праву модалитети уговора о наслеђивању имају искљу-

[18] M. Peter, *Etude sur le pacte successoral - these de doctorat* (Geneve: Universite de Geneve, 1897), 14, fn 2.

[19] М. Ђурђевић, 242.

[20] *Ibid.*, 245.

[21] Also, the French Civil Code restricts the area of ‘institutions contractuelles’ only to the realm of donations in relation to the marriage, made between future spouses before the marriage (article 1082 of the French Civil Code) or by a third party to the future spouses (article 1093 of the French Civil Code), or between spouses during marriage (article 1096 of the French Civil Code)., C. Cocrea,”A comparative inquiry into the legal regime of mortis causa donations in some continental-european and common law legal systems”, International conference Knlowledge based organization, 2105, 420.

[22] C. Zoltan, „The Law of Succession in Hungary*“,The Law of succession: Testamentary Freedom, European Pesrspectives*, ed. Esther Arroyo and Miriam Anderson, Barcelona 2011, 189.

[23] Вид. Т. Ђурђић-Милошевић, *Ограничења слободе завештајних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факутету у Крагујевцу, Крагујевац 2018, 253.

чиво доброчин карактер, с обзиром на то да се овај вид располагања сматра поклоном будуће ствари.[24]

4. ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Од самог настанка поклона за случај смрти, опозивост се сматрала његовим основним својством, као што је било предвиђено и у Српском грађанском законику (чл. 566), а по аналогији, то је важило и за *donatio mortis causa римског права*.[25] У послератном периоду постало је доминантније доктринарно схватање о уговорној природи поклона за случај смрти, што је подразумевало и другачија обележја овог правног посла која су својствена уговорима облигационог права, међу које спаде и својство неопозивости.[26] У том смислу занимљиво је поменути Скицу проф. Константиновића у којој се одступа од основних правила уговорног права у погледу опозивости, јер је предвиђено да поклонодавац може по својој вољи раскинути поклон за случај смрти.[27]

Решење из Скице професора Михаила Константиновића послужило је као узор за нормирање овог института и у Нацрту грађанског законика РС у којем оно ипак није доследно преузето (спроведено). Сама формулација у законском тексту да „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“ уноси правну недоумицу да ли је у питању опозив правни посао без обзира на то да ли је поклонодавац наживео поклонодавца (као што је то био случај у Скици), или се ово овлашћење опозивости везује искључиво за ранију смрт поклонопримца у односу на поклонодавца? У првом случају, овај уговор се приближава легату, односно располагању за случај смрти и поприма карактер *donatio mortis causa* у римском праву. У другом случају, био би мешовите правне пироде – до тренутка смрти поклонопримца имао би облигационоправно дејство, а од тренутка смрти наследноправно.

---

[24] М. Ђурђевић, 245.

[25] „Whoever makes a gift can no longer take it back except for special cases.”

[26] С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 608. Према општим правилима, уговор о поклону се може раскинути споразумно, или пак једнострано од стране поклонодавца из разлога незахвалности поклонопримца и осиромашења поклонодавца.

[27] М. Константиновић, 157.

Ако је основна идеја редактора Нацрта грађанског законика била да уговор о поклону за случај смрти буде еластично уређен тако да се може прилагодити промењеним околностима, онда се оваква интенција може оценити позитивно, али се замагљује слика о циљу нормирања овог института, и његовој правој суштини. Поставља се питање да ли је сврха оваквог нормирања била да се нагласи значај чињенице смрти поклонодавца пре поклонопримца за пуно дејство овог правног посла, и самим тим нагласи његов наследноправни карактер, или је пак циљ био да се акценат стави на његов *intuitu personae* карактер, што остаје нејасно.

5. ЗАКЉУЧАК

Чини се да је правна природа овог института одређена *значајем чињенице смрти поклонодавца* за пуноважност овог правног посла и његове квалификације као каузе овог правног посла/или рока до чијег протека је одложено дејство овог уговора. Други критеријум одређивања правне пироде је опозивост која усмерава његову правну природу више ка наследноправној или неопозивост која га усмерава ка облигационоправној природи. У том смислу, својство опозивости може се узети као кључна тачка разграничења правних послова *inter vivos* и *mortis causa*, уопштено посматрано.[28]

Оно што је извесно јесте заступљеност у правном промету све фелксибилнијих инструмената располагања како имовином *inter vivos*, тако и *mortis causa*, који су настали као одговор на потребе праксе, а који комбинују елементе различитих правних послова. Тако, наследно право карактеришу уговор о наслеђивању, уговор о легату и други наследноправни уговори, који су у функцији флексибилнијег планирања наслеђивања, а ту би се могао сврстати и уговор о поклону за случај смрти. Дакле, они правни системи који допуштају уговор о поклону за случај смрти, нормирају овај институт као вид уговорног располагања *mortis causa* и подводе га под правила уговора о наслеђивању, односно уговора о легат (што и не чуди, с обзиром на то да је уговор о поклону за случај смрти претеча уговора о наслеђивању). Оваква тенденција стварања хибридних института који инкорпоришу и наследноправне и облигационоправне компоненте говори у прилог тезе да се јасна граница између правних послова *mortis causa* и *inter vivos* на основу типичних обележја правних послова, у појединим случајевима, не може јасно одредити.

[28] V. Radovčić, *Razvitak i pravna problematika darovanja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Zagreb 1979, 150.

Уколико би се прихватила могућност правног егзистирања једног оваквог *sui generis* правног посла, онда оваква дилема остаје беспредметна (при чему је свакако важно дефинисати каузу правног посла, и правни циљ нормирања института). Наравно, овакво промишљање не треба да води брисању граница између правних послова *inter vivos* и *mortis causa*, који би свакако требало да задрже своју правну суштину. Оно што је циљ оваквог промишљања јесте да се укаже на потребу измене постојећих парадигми да је уговорно располагање искључиво *inter vivos*, а да се завештање поистовећује са располагањем *mortis causa*. Крајњи циљ ове доктринарне расправе требало би да буде усмерен ка ширењу аутономјије воље као темељног начела савременог грађанког права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Cocrea, Codrin, “A comparative inquiry into the legal regime of mortis causa donations in some continental-european and common law legal systems“, International conference Knlowledge based organization, 2015.
2. Ђурђевић, Марко, „Уговор о поклону за случај смрти“, З*борник Правног факултета у Новом Саду* 1/2011.
3. Ђурђић-Милошевић, Тамара, *Ограничења слободе завештајних располагања,* докторска дисертација одбрањена на Правном факутету у Крагујевцу, Крагујевац 2018.
4. *Грађански законик за Краљевину Србију*, средио Иван Д. Пековић, Београд 1939.
5. Константиновић, Михаило, *Облигације и уговори: Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд 1969.
6. Пантић, Д., „Поклон за случај смрти у српском праву *de lege ferenda* – допринос професора Михаила Константиновића“, Бранич, 1-4/2017.
7. Пантић, Драган, *Donatio mortis causa – римско право и српско право*, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2014.
8. Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1986.
9. Peter, Marc, *Etude sur le pacte successoral - these de doctorat*, Universite de Geneve, Geneve 1897.
10. Radovčić, Vesna, *Razvitak i pravna problematika darovanja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Zagreb 1979.
11. Rješenje Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 281/67 od 16. februra 1967 (Zbirka sudskih odluka, knj. 12, sv. 1, 17).
12. Станковић, Милош, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2015.

13. Стојановић, Наташа, *Наследно право*, Ниш 2011.
14. Визнер, Борис, *Грађанско право [у теорији и пракси]*, Службени лист, Београд 1962.
15. Zimmermann, Reinhard, ”Testamentary Formalities in Germany”, *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities* (eds. K.G.C. Reid, M.J. De Waal, R. Zimmermann), University Press, Oxford 2011.
16. Zoltan, Csehi, “The Law of Succession in Hungary“, *The Law of succession: Testamentary Freedom, European Pesrspectives* (eds. Esther Arroyo and Miriam Anderson), Barcelona 2011.

Assistant professor Tamara Đurđić-Milošević, LL.D.

Faculty of Law, University of Kragujevac

Associate Professor Novak Krstić, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

SOME CONTENTIOUS ISSUES CONCERNING GIFT IN CONTEMPLATION OF DEATH

Summary

Gift in contemplation of death is a specific legal institute that has been in the focus of legal doctrine since its inception, primarily because of its complex legal nature. Its legal nature has been defined in various ways throughout legal history, from a lucrative and unilaterally revocable disposal in case of death, to a hybrid institution with a mixed legal nature between a legacy and a contract, to a kind of gift contract modality (donatio post mortem). Despite the long legal tradition and representation in practice, this institute is not legally regulated by positive regulations. Hence, the importance of his legal perception de lege lata de lege ferenda, with the aim to determine its place in the legal system of the RS. In this context, it is essential to focus on its legal nature, which further implies the issue of demarcation of legal business during life and the one in case of death, as one of the most important issues of contractual inheritance law.

Key words: *Legal business inter vivos; Legal business mortis causa; Donatio post mortem; Donatio mortis causa; Gift contract; Legacy.*

УДК/UDC 342.726-053.2(497.11)
37.014.1 (497.11)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Анђелија Тасић

Правни факултет Универзитета у Нишу

СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА ДЕТЕТА НА ОБРАЗОВАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ[1]

Фокус овог рада је на процесноправним аспектима права детета на образовање. Ауторка се у раду бави проучавањем, пре свега, судских механизама који детету стоје на располагању да оствари једно од фундаменталних права чија реализација умногоме одређује његов будући живот. Кроз анализу одредаба поступка у парницама за заштиту права детета, прописаног Породичним законом Републике Србије, и релевантне судске праксе, ауторка настоји да да одговор у којој мери овај поступак одговара на захтев да се детету пружи одговарајућа заштита права на образовање. Истовремено, уочено је да се судови заштитом овог права баве и кроз поступак за одређивање издржавања или измену одлуке о издржавању, улазећи, понекад, у оцену целисходности избора одређеног образовног профила, врсте или места школовања. Напослетку, деци која сматрају да су жртва дискриминације на основу одређеног личног својства, на располагадњу стоји поступак у парницама за заштиту од дискриминације, прописан Законом о забрани дискриминације.

Кључне речи: Право на образовање; Процесноправни аспецт; Парнични поступак; Поступак за заштиту права детета.

1. ПРАВО ДЕТЕТА НА ОБРАЗОВАЊЕ – МЕЂУНАРОДНИ ОКВИР

Једно дете. Један наставник. Једна књига и једна оловка могу да промене свет. Образовање је једино решење.[2]

Анђелија Тасић, *andjelija@prafak.ni.ac.rs*.

[1] Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 3.2.2023. године.

[2] Малала Јусафзај, добитница Нобелове награде за мир 2014. године.

Да је „образовање вероватно најзначајнија делатност/функција државне и локалне власти“[3] исказ је Врховног суда САД који би се тешко могао оспорити. Право на образовање представља условљавајуће право – од његовог остваривања зависи политичка партиципација и функционисање демократских институција; образовани људи имају, по правилу, бољу позицију на тржишту рада; један је од механизама за превазилажење сиромаштва и може суштински да утиче на квалитет здравља.[4] У овом праву осликава се недељивост и међузависност свих људских права.[5] Стога је оправдано акцентовање улоге државе у већини правних норми која стипулише право на образовање, како на међународном, тако и на националном нивоу.

Будући да постоји више начина за дефинисање права на образовање, за потребе овог рада указаће се на ону која акцентује четири основне компоненте: доступност, приступачност, прихватљивост и прилагодљивост.[6] Доступност се односи на ресурсе – финансијске и у наставном кадру које је држава дужна да обезбеди да би учинила ово право доступно свима; приступачност се тиче уклањања административних, правних и финансијских баријера, као и препрека које подстиичу дискриминацију да би право на образовање учинила доступним свима, при чему је ова обавеза апсолутна само у погледу основног образовања; прихваљивост се тиче забране цензуре, прихватања избора родитеља, и, напослетку, прихватања детета као субјекта права, односно квалитета самог образовања, док се прилагодљивост односи на уважавање мањинских група – деце из мањинских заједница, деце која раде, деце миграната, деце са инвалидитетом и сл.

Хронолошки, један од првих значајних докумената који се тичу образовања јесте Конвенција против дискриминације у образовању.[7] Она се, даље, позива на Општу декларацију о људским правима која прокламује да свако има право на образовање.[8] Конвенција против

[3] Brown v Board of Education 347 US 483 (1954) 493 (USA), наведено према J. Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child – A Commentary*, Oxford University Press 2019, 1057.

[4] *Ibid.*, 1058.

[5] *Опште напомене бр. 11 уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима: Акциони план за основно образовање,* чл. 2.

[6] 4 A: availability, accessibility, acceptability and adaptability (K. Tomasevski, *Human Rights obligations: making education available, accesible, acccceptable and adaptable*, 2001).

[7] *Конвенција против дискриминације у образовању*, усвојена на 11. заседању Опште конференције Организације Уједињених нација за образовање, науку и културу 14. децембра 1960. године.

[8] *Општа декларација о људским правима*, усвојена 10. децембра 1948. којим поводом се овај дан обележава као Међународни дан људских права.

дискриминације у образовању јесте важна због тога што је изричита у томе да се термин „образовање“ односи се на све врсте и нивое образовања и укључује приступ образовању, стандард и квалитет образовања и услове у којима се оно одвија (чл. 1. ст. 2). На држави је да примени низ мера конкретних мера које су усмерене ка доступности образовања једнаког квалитета свима, укључујући и образовање наставног кадра без дискриминације.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године успоставља одређене стандарде образовања који важе до данас.[9] Апострофира се да је основни циљ образовања пун развој људске личности и достојанства и јачање права човека и основних слобода. Државе чланице овог Пакта сагласиле су се да основно образовање мора бити обавезно и свима доступно бесплатно. Апелује се на подстицање основног образовања код оних лица која га нису добила на време, или га нису добила у потпуности. Средње образовање треба да буде опште и доступно свима кроз увођење одговарајућих мера, а нарочито кроз поступно увођење бесплатног школовања. Високо образовање треба да буде доступно свима у зависности од њихових способности. Усвајањем Конвенције о правима детета из 1989. год.,[10] још једном је истакнута важност образовања кроз усвајање одговарајућих чланова конвенције. Иако је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима послужио као узор, КПД доноси извесне новине. Конвенција о правима детета такође наглашава да основно образовање треба да буде обавезно и бесплатно за све, подстиче диверзитет средњег образовања и предузимање мера да оно буде бесплатно, или да се пружи финансијска помоћ кад је то потребно. Као и код Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, и КПД приступ високом образовању везује за способности детета. Квалитативне новине које доноси КПД јесу акцентовање достојанства детета, свуда, па у оквиру школског система, јер, како се наводи у Општем коментару бр. 1 (2001)[11] „деца не губе своја људска права тиме што су прошла кроз школску капију“. Наводи се неколико димензија чл. 29. КПД: 1) одредбе КПД су међусобно нужно повезане; 2) стална потреба да се образовни процес унапређује; 3) одређени квалитет образовања; 4) целовит приступ обра-

[9] Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.

[10] Закон о ратификацији Конвенције о правима детета – КПД, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 15/90 *и Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

[11] *Општи коментар бр. 1 (2001) – члан 29 (1) – циљеви образовања (CRC/GC/2001/1* од 17. априла 2001).

зовању; 5) образовање треба да буде осмишљено и пружено на такав начин да развија и јача низ конкретних етичких вредности утврђених КПД; 6) постицајна улога образовања у остваривању свих осталих људских права. Истим актом сматра се да чл. 29. даје одговор на критике упућене КПД, а које се тичу тога да (ли) су дечја права одвојене или изоловане вредности лишене контекста. Овај члан, међутим, наглашава поштовања дететових родитеља, културног идентитета, језика и вредности, националних вредности земље у којој дете живи, земље из које потиче и цивилизација које су другачије од његове/њене сопствене. Додатна вредност члана 29. огледа се у томе да он потенцира индивидуалност сваког детета, припремајући га за за одговоран живот у слободном друштву, у духу разумевања, мира, толеранције, једнакости полова и пријатељства међу свим народима, етничким, националним и верским групама и са лицима аутохтоног порекла. Сматра се да ове вредности представљају добар темељ за борбу против расизма и недискриминације, а да је образовање најјаче оружје против ових штетних појава, како кроз учење о поштовању разлика, тако и кроз указивање на фаталне последице ових појава у прошлости. КПД прописује и конкретне мере које имају за циљ целовиту примену ових норми, попут измене студијских програма, уџбеника и учила, али и стварање одговарајућег радног окружења.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода[12] право на образовање дефинише чл. 2. Протокола 1 уз конвенцију. Према овом Протоколу, нико не може бити лишен права на образовање. Обавеза државе јесте да поштује право родитеља да обезбеде образовање и наставу који су у складу са њиховим верским и филозофским уверењима. Иако позитивна обавеза државе није експлицитно наглашена, овај члан Протокола не може се схватити само на тај начин да се држава уздржава од мешања. Одлукама Европског суда за људска права до сада је потврђено да се право на образовање односи на основно образовање,[13] средње[14] и високо образовање.[15]

[12] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и припадајућих протокола, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

[13] Sulak v. Turkey (Број представке 24515/94).

[14] Cyprus v. Turkey (Број представке 25781/94).

[15] Leyla Sahin v. Turkey (Број представке 44774/98).

2. РЕПУБЛИКА СРБИЈА И ПРАВО ДЕТЕТА НА ОБРАЗОВАЊЕ

Право на образовање зајемчено је Уставом Републике Србије (чл. 71).[16] Основно образовање је обавезно и бесплатно, а средње је бесплатно. Устав још садржи и одредбу о забрани дискриминације у области високог образовања. Устав стоји „на линији“ са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и, такође, гарантује родитељима и законским стараоцима право да обезбеде својој деци верско и морално образовање у складу са својим уверењима (чл. 43, ст. 5). Одлучивање о појединим питањима везаним за образовање јесте једно од колективних права припадника националних мањина (чл. 75, ст. 2). Образовање се још спомиње у контексту развитка духа толеранције (чл. 81) и подстицања уважавања разлика (чл. 43).[17]

Породични закон Републике Србије штуро уређује право детета на образовање.[18] Чланом 63. ПЗ прописано је да дете има право на образовање у складу са својим способностима, жељама и склоностима. Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити коју ће средњу школу похађати. Према постојећим прописима, само је основно образовање обавезно (чл. 71. ст. 1. ПЗ), док ће се о даљем школовању детета родитељи старати према својим могућностима. То, последично, значи и да се дете које је навршило 15. годину и способно је за расуђивање може определити и да не настави даље школовање.

Да је образовање једно од питања која битно утичу на живот детета, потврђено је у делу закона који се бави самосталним вршењем родитељског права. Поред образовања то су још и предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности (чл. 78, ст. 4 ПЗ). О свим овим питањима, осим родитеља који самостално врши родитељско право одлучује и родитељ који не врши родитељско право.

---

[16] Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021.

[17] Читав сет закона бави се организовањем образовања на свим нивоима. То су Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 - др. закон, 10/2019, 27/2018 - др. закон, 6/2020 и 129/2021, Закон о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 - др. закон и 129/2021, Закон о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018 - др. закон, 6/2020, 52/2021, 129/2021 и 129/2021 - др. закон, Закон о високом образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018 - др. закон, 67/2019, 6/2020 - др. закони, 11/2021 - аутентично тумачење, 67/2021 и 67/2021 - др. закон и Закон о ученичком и студентском стандарду, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010, 55/2013, 27/2018 - др. закон и 10/2019.

[18] Породични закон – ПЗ, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

Право на образовање детета штити се, или се о њему бар расправља и у поступку за (делимично) лишење родитељског права. Наиме, родитељ може бити потпуно лишен родитељског права ако злоупотребљава или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права, где потпада и право на образовање. У домаћој судској пракси готово да се уочава тренд да, када један родитељ не да сагласност на промену пребивалишта или школе детета, буде лишен родитељског права у делу који се тиче пребивалишта и образовања. Тако „Делимично је правилна одлука првостепеног суда о делимичном лишењу родитељског права туженог. Према становишту овог суда, утврђене чињенице указују на закључак да је тужени својим понашањем утицао на образовање млт. ћерке, као и на њену слободу кретања, несавесним вршењем родитељског права. Противљењем да се млт. И. препише у другу школу и поред објективних потреба за тим, због промене пребивалишта, тужени је угрозио њено школовање. Исто тако, недавањем сагласности да она путује у иностранство ради усавршавања, без оправданог разлога, тужени је ограничио дететову слободу кретања ван земље. Садржина родитељског права регулисана је одредбама члана 68. до 74. Породичног закона. Циљ дужности и права родитеља је добробит и најбољи интерес детета. Према одредби члана 82 став 1 истог Закона, родитељ који несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права може бити делимично лишен родитељског права. Ставом 4 истог члана, прописано је да родитељ који не врши родитељско право може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. Питањима која битно утичу на живот детета, у смислу Породичног закона, сматрају се нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности. Према становишту овог суда, делимичним лишењем туженог родитељског права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, млт. И. Ш. и то питањима која се тичу образовања и промене пребивалишта детета, на адекватан начин је заштићен најбољи интерес детета.“[19]

Међутим, овај тренд наишао је на критике правних теоретичара, нарочито имајући у виду да је странкама на располагању поступак за заштиту права детета, у коме се по службеној дужности такође може одлучити о лишењу или вршењу родитељског права.[20]

[19] Решење Апелационог суда у Новом Саду, Gž2 441/2016 од 28.7.2016. године.

[20] Д. Палачковић, С. Ђорац, „Несагласност родитеља о промени пребивалишта детета – процесноправне дилеме и могућа решења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 70 (3), 2022, 745–763.

Ипак, новија судска пракса показује да судови не лишавају априори родитеља који ускраћује сагласност, већ да, брижљивом оценом свим доказа доносе и одлуку којом се одбија тужбени захтев: „Као родитељ који не врши родитељско право, тужени добро препознаје дететове потребе и интерес. Он поступа у интересу детета, оправданим противљењем таквој промени пребивалишта детета као што је пресељење у другу државу, јер како је утврђено, оно не би одговарало најбољем интересу мал. детета. Управо из угла најбољег интереса мал. детета на овом узрасту, противљење туженог као родитеља је оправдано. Такво противљење не представљља несавесно вршење родитељског права, а ни других показатеља нема о несавесном вршењу родитељског права од стране туженог“.[21]

Нацртом Закона о правима детета и заштитнику права детета[22] предвиђена је обавеза родитеља да детету обезбеди и основно и средње образовање, према склоностима и жељама детета (чл. 36. ст. 9). Обавезност основног и средњег образовања, које мора бити бесплатно, квалитетно и инклузивно, касније је потврђена и чл. 61. Нацрта. Наглашава се и важност учешћа детета у доношењу одлуке о томе коју ће средњу школу похађати. Ова обавеза потврђена је, још једном, одредбом да дете има право да учествује у доношењу свим долука које се тичу његовог образовања, у складу са законом (чл. 64. ст. 1). Да би дете изразило своје мишљење, самостално или преко ученичких парламената и удружења деце, потребно је да добије сва обавештења да формира и изрази своје мишљење. Наспрам овог права детета стоји обавеза органа јавне власти да образложе на који начин су утврдили мишљење детета и разлоге због којих су га уважили односно нису уважили и о томе обавесте дете, ученички парламент или удружење деце.

Акценат овог дела Нацрта стављен је и на забрану дискриминације и важност инклузивног образовања. Значај одредбе да се дисциплина у школи мора спроводити на начин примерен достојанству детета, нарочито је важна имајући у виду мишљење и препоруку Поверенице за заштиту равноправности донете у предмету Г.Н. против Школе за основно и средње образовање „Младост“ из Пирота,[23] а

[21] Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3229/2019(2) од 18.9.2019. године.

[22] *https://rsjp.gov.rs/upload/1591356622717_Nacrt%20zakon.pdf*, приступ сајту 30.7.2023. године.

[23] Мишљење је донето у поступку поводом притужбе против школе за основно и средње образовање, због дискриминације ученице ромске националности. У притужби је наведено да је наставница казнила ученицу ромске националности због тога што је наводно узела ужину из торбе дечаку из одељења, тако што јој је наредила да за време великог одмора стоји на ходнику и „придржава” бетонски стуб

у сагласности је са циљевима које чл. 29. КПД прописује у погледу утицаја права на образовање на остваривање људских права и међузависност свих чланова КПД.

Сет закона који се тичу дискриминације бави се, између осталог, и дискриминацијом у образовању. Закон о забрани дискриминације,[24] као кровни закон, забрањује дискриминацију у области образовања, и то свих нивоа – предшколског, основног, средњошколског и виоког образовања и стручног оспособљавања. Забрањено је лицу или групи лица на основу њиховог личног својства, отежати или онемогућити упис у васпитно-образовну установу, или искључити их из ових установа, отежати или ускратити могућност праћења наставе и учешћа у другим васпитним, односно образовним активностима, разврставати ученике по личном својству, злостављати их и на други начин неоправдано правити разлику и неједнако поступати према њима (чл. 19. ЗЗД). Сличну одредбу садржи и Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,[25] пионирски закон у области забране дискриминације у Републици Србији. Овај пропис, је међутим, супротно глобалним тенденцијама о инклузивном образовању, подржао оснивање посебних школа за децу са сметњама у развоју. Прецизније, не сматра се дискриминацијом организовање посебних облика наставе, односно васпитања за ученике, односно децу предшколског узраста, који због недовољних интелектуалних способности не могу да прате редовне наставне садржаје, као и упућивање ученика, односно деце предшколског узраста у те облике наставе, односно васпитања, ако се уписивање врши на основу акта надлежног органа којим је утврђена потреба за таквим обликом образовања ученика, односно детета предшколског узраста (чл. 19. ст. ст. 1. т. 2. ЗСДОИ). Напослетку, Закон о родној равноправности[26] садржи читав сет мера које се односе на образовања, васпитања, науке и технолошког развоја (чл. 37), али у њиховом фокусу је укључивање садржаја родне равноправности у наставне планове и промена политике генерално, док је индивидуални план сагледан кроз одредбу да су органи јавне власти и послодавци дужни да предузму посебне мере ради активног укључивања у систем образовања и васпитања лица која су због свог пола, односно

који се налази у холу школе, док је другу децу из разреда пустила у двориште.У овом поступку Повереница за заштиту равноправности нашла је да постоји дискриминације по основу чл. 7. и 12. у вези са чл. 24. Закона о забрани дискриминације.

[24] Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/2009, 52/2021, у даљем тексту и ЗЗД.

[25] Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом – ЗСДОИ, *Сл. гласник РС,* 33/2006, 13/2016.

[26] Закон о родној равноправности, *Сл. гласник РС,* 52/2021.

рода, полних карактеристика, родних стереотипа, брачног стања, традиције и друштвено-економских услова у повећаном ризику од напуштања образовања.

Начин заштите свих лица која сматрају да су дискриминисана, па и деце, па и у сфери образовања, регулисан је ЗЗД. Овај закон прописује посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације, чије се специфичности огледају у виду субјеката који покрећу поступак, начела која се у поступку примењују, захтева који се истичу, правила о терету доказивања и могућности изјављивања правних лекова.

3. СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА НА ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА

Судска заштита права на образовање детета може се тражити у поступку за заштиту права детета који представља један „омнибус“ поступак. У овом поступку, сем посебних правила предвиђених Породичним законом, сходно се примењују и правила Закона о парничном поступку.[27]

Изричито је прописана примена истражног начела, те суд може утврђивати чињенице и када оне нису међу странкама спорне, а може и самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела (чл. 205. ПЗ). У свим поступцима у вези са породичним односима јавност је искључена. Иако се не наводи у конкретном члану, реч је о општој јавности, а у складу са чл. 323. ст. 2. ЗПП суд може дозволити да главној расправи на којој је искључена јавност присуствују поједина законом овлашћена службена лица и научни радници, ако је то од интереса за њихову службу, односно научну делатност. Такође, на захтев странке расправи са које је искључена јавност могу да присуствују и највише два лица која она одреди, с тим што ће их суд упозорити да су дужни да као тајну чувају све оно што су као тајну сазнали и указаће им на последице одавања тајне.

У погледу месне надлежности одступа се од општих правила парничног поступка, те је, поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем подручју дете има пребивалиште, односно боравиште (чл. 261. ПЗ, тзв. елективна надлежност). Стварно је надлежан основни суд. Суд суди у колегијалном саставу, у већу састављеном од једног судије појединца и два поротника, а судије које суде у овим поступцима морају стећи посебна знања из области права детета.

Активно процесно легитимисани субјекти јесу дете, родитељ, јавни тужилац и орган старатељства. Обавезу да пријаве кршење права

[27] Закон о парничном поступку – ЗПП, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 - др. закон.

детета имају све дечје, здравствене и образовне установе или установе социјалне заштите, правосудни и други државни органи, удружења и грађани. Да предмет заштите може бити и право на образовање произилази из чл. 263. ПЗ којим се наглашава да се тужба за заштиту права детета може поднети у погледу свих права која су детету призната овим законом, а нису заштићена неким другим поступком.[28] Важност заштите најбољег интереса детета, као једног од четири основна принципа Конвенције о правима детета, наглашена је и чл. 266. ст. 1. ПЗ. На дужност суда да поштује најбољи интерес детета надовезује се и обавеза суда да процени да ли су интереси детета заступани на одговарајући начин. Уколико нису, детету ће се поставити привремени заступник.[29] Право детета на партиципацију дефинисано је одредбом да ако суд процени да је дете способно да формира своје мишљење, дужан је да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и посвети му дужну пажњу у складу са узрастом и зрелошћу детета (чл. 265–267 ПЗ). Такође, суд је дужан да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу. У контексту права детета на изражавање мишљења, предвиђене су и дужности колизијског старатеља или привременог заступника. Они су, попут суда, дужни да се старају да дете које је способно да изрази своје мишљење благовремено добије сва обавештења која су му потребна, детету пружи објашњења која се тичу могућих последица акта који он предузима и пренесу суду мишљење детета, уколико дете већ није непосредно изразило мишљење пред судом. И обавеза суда и обавеза колизијског старатеља, односно привременог заступника условљена је тиме да изражавање мишљења није у супротности са најбољим интересом детета.

Иако одредбе, генерално, одражавају намеру правосуђа по мери детета, један број њих није адекватан на шта се у литератури детаљно указује.[30] Смернице Комитета министара о правосуђу по мери детета[31] базирају овај концепт на пет принципа: партиципација детета, најбољи интерес детета, поштовање достојанства детета, заштита од

[28] Према чл. 68. ст. 2. ПЗ старање о детету обухвата: чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање те управљање и располагање имовином детета.

[29] Према општим правилима парничног поступка, привремени заступник поставља се само туженом (чл. 81. ст. 1. ЗПП).

[30] Н. Петрушић, „Цивилно правосуђе по мери детета: Међународни стандарди и стање у Републици Србији“, *Актуалности грађанског процесног права - национална и успоредна правнотеоријска и практична достигнућа*, 109–132.

[31] Смернице Комитета министара о правосуђу по мери детета, усвојене 17. новембра 2010. године.

дискриминације и владавина права. Међутим, поједине одредбе српског ПЗ-а нису у складу са савременим тенденцијама у овој области. Право детета на изражавање мишљења признаје се само детету за које се процени да је способно да формира мишљење, при чему ту процену не врши стручно лице, већ суд или колизијски старатељ. Такође, неће ни свако дете способно да формира мишљење то моћи да учини ако суд или колизијски старатељ процене да то није у складу са најбољим интересом детета. Спорно је и питање постављања колизијског старатеља детету које није странка, као и, генерално, положај детета као „притајене странке”.[32] Да одредбе, нарочито оне о праву детета на информисање, не остварују своју сврху, показују и резултати једног истраживања према коме „само половина испитаника сматра да им је приликом доласка у институцију потпуно објашњено зашто су их позвали и како ће поступак изгледати, док петини испитаника то није објашњено или им је објашњено минимално. Исто тако, само је трећини испитаника потпуно објашњено која права имају у поступку, док половини испитаника права која имају нису објашњена или су им минимално објашњена“.[33]

Породични закон прописује нарочиту хитност овог поступка, а одредба је конкретизована на тај начин што је суд дужан да прво рочиште закаже тако да се одржи у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суд. Другостепени суд дужан је да донесе одлуку у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба.[34] Осим ових правила, на поступке у парницама поводом заштите права детета примењују се и општа правила везана за све поступке из породичноправних односа. Тако се тужба не доставља туженом на одговор, а поступак ће се по правилу, спровести на највише два рочишта (чл. 204. ПЗ).

Важно је нагласити да је суд дужан, пре него што донесе одлуку о било ком праву из корпуса права детета, што укључује и право детета на образовање, да прибави налаз и стручно мишљење органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.

У овој врсти парница нису дозвољене једностране пресуде – пресуда на основу пропуштања нити пресуду на основу признања или одрицања. Такође, искључена је могућност диспонирања тужбеним

[32] Н. Петрушић, 109–132.

[33] Центар за права детета, *Правосуђе по мери детета из угла деце и младих*, 2022.

[34] Овај рок је краћи од посебног рока везаног па све поступке у породичноправним односима (30 дана, чл. 204, ст. 5. ПЗ), а далеко краћи од општег рока предвиђеног ЗПП (девет месеци од дана пријема списа првостепеног суда, ако другостепени суд не држи расправу, чл. 383, ст. 2. ЗПП).

захтевом у правцу закључења судског поравнања (чл. 271. ПЗ). Напослетку, ПЗ изричито омогућава доношење сложене пресуде, тј. пресуде у којој суд истовремено одлучује о више тужбених захтева. Ова могућност предвиђена је и правилима опште парничне процедуре, с тим што је, као услов, предвиђена и иста врста поступка. Прописивањем конкретне законске норме овај се услов „амнестира“.

У овим поступцима ревизија је увек дозвољена. Постоје одступања и у погледу правила о накнади парничних трошкова – суд одлучује по слободној оцени, имајући у виду разлоге правичности.[35]

За потребе овог рада прегледана је судска пракса Врховног суда[36] за период 2021. и 2022. године, коришћењем кључних речи као параметара, а у поступцима покренутим ревизијом као иницијалним актом. Истраживачи узорак чине 23 предмета. Хипотеза од које се кренуло јесте да је у једном броју ових предмета деци повређен или угрожено право на образовање на тај начин што им је отежано или онемогућено похађање наставе.

Ова хипотеза је, међутим, у потпуности оповргнута. Од укупног броја предмета, у шест је ВС одлучивао о повери детета. Реч „образовање“ у свима њима искоришћена је у истом контексту – да опише садржину родитељског права која припада родитељу који самостално врши родитељско право. Такође, у једном броју њих образовање је наглашено као једно од питања која битно утичу на живот детета, те се о њима мора постићи споразум међу родитељима. Осам предмета тиче се издржавања, а у једном броју је образовање поменуто као критеријум на основу кога се одређује висина издржавања, или због кога се мења висина издржавања (дете предшколског узраста постаје дете школског узраста, чиме се његове потребе мењају). У још осам ВС се бави лишењем родитељског права, и у том контексту набраја право на образовање као једну од компоненти старања о детету. Последњи предмет није од значаја за предмет истраживања. Дакле, ниједан од прегледан предмета није се непосредно бавио правом на образовање. Такође, суд није апострофирао важност овог права, осим у контексту висине издржавања, и, у једном предмету, одлучујући о

[35] Ипак, у пракси се ова норма често примењује на начин да свака странка сноси своје трошкове, што се коси са принципом правичности у онимн случајевима у којима је једна од странака искључиво допринела вођењу поступка (Опширније: Тасић, А, „Парнични трошкови у поступцима поводом породичних односа“, *Правни живот* 10/2018, 45–55.

[36] Врховни касациони суд је од 11. маја 2023. године наставио да ради као Врховни суд. Претрага је обухватила и праксу Врховног касационог суда доступну на сајту *www.vk.sud.rs*.

повери детета, да „у породици оца постоје услови за квалитетан образовни развој детета“.[37]

Иако је истраживачки узорак мали, и обухвата само случајеве који су заштиту потражили пред највишим судом, он ипак указује да се право на образовање ретко штити у грађанском судском поступку, и да, чак и када препознају његово кршење, лица заштиту траже у неком другом поступку (пред Повереником за заштиту равноправности, на пример).[38]

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Поступак за заштиту права детета, прописан Породичним законом РС, може се, између осталог, користити и као инструмент заштите права на образвање детета.[39] Овај поступак, модификован у односу на правила општег парничног поступка, конципиран је на начелу хитности и истражном начелу, уз оступање од начела јавности и стављање акцента на остваривање најбољег интереса детета. Право на партиципацију, као једно од четири основна начела Конвенција о правима детета, на више места је конкретизовано у поступку за заштиту права детета, чиме се тежи појачаном учешћу детета у одлучивању о питањима која се непосредно тичу остваривања његових права. Ипак, резултати ограниченог истраживања спроведеног за потребе овог рада показују да је право на образовање ретко предмет судске грађанскоправне заштите што може указати како на слабо кршење овог права, тако и на непостојање свести о овом механизму заштите.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Лекић, Младен, *Остваривање права на образовање – правни стандарди и пракса*, Ниш 2019.
2. Палачковић, Душица, Ђорац, Санда, „Несагласност родитеља о промени пребивалишта детета – процесноправне дилеме и могућа решења“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2022.
3. Петрушић, Невена, „Цивилно правосуђе по мери детета: Међународни стандарди и стање у Републици Србији“ *Актуалности грађан-*

[37] Рев 928/21.

[38] Приказ случајева за 2018. годину у М. Лекић, *Остваривање права на образовање – правни стандарди и пракса*, Ниш 2019.

[39] Иако се промовише концепт целоживотног учења, право одраслих на образовање не би могло да се штити на овај начин.

ског процесног права – национална и успоредна правнотеоријска и практична достигнућа, Сплит 2022.

4. Тасић, Анђелија, „Парнични трошкови у поступцима поводом породичних односа“, *Правни живот*, 10 (2018).
5. Tomasevski, Katarina, *Human Rights obligations: making education available, accesible, accceptable and adaptable*, 2001.
6. Tobin, John, *The UN Convention on the Rights of the Child – A Commentary*, Oxford University Press 2019.
7. Центар за права детета, *Правосуђе по мери детета из угла деце и младих*, 2022.

Правни прописи

1. Конвенција против дискриминације у образовању, 1960.
2. Општа декларација о људским правима, 1948.
3. Општи коментар бр. 1 (2001) – члан 29 (1) – циљеви образовања (CRC/GC/2001/1 од 17. априла 2001).
4. Опште напомене бр. 11 уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима: Акциони план за основно образовање.
5. Смернице Комитета министара о правосуђу по мери детета, усвојене 17. новембра 2010. године.
6. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и припадајућих протокола - ЕКЉП, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.
7. Закон о ратификацији Конвенције о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.
8. Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.
9. Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 - др. закон, 10/2019, 27/2018 - др. закон, 6/2020 и 129/2021,
10. Закон о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 - др. закон и 129/2021,
11. Закон о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018 - др. закон, 6/2020, 52/2021, 129/2021 и 129/2021 - др. закон.
12. Закон о ученичком и студентском стандарду, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010, 55/2013, 27/2018 - др. закон и 10/2019.
13. Закон о високом образовању, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018 - др. закон, 67/2019, 6/2020 - др. закони, 11/2021 - аутентично тумачење, 67/2021 и 67/2021 - др. закон.

Associate Professor Anđelija Tasić, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

EXERCISE AND PROTECTION OF THE RIGHT OF THE CHILD TO EDUCATION IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The focus of this paper is on the procedural aspects of the child's right to education. The author deals with the primarily judicial mechanisms that are available to the child to exercise one of the fundamental rights, which can determine its future life. Through the analysis of the provisions of the procedure for the protection of children's rights, prescribed by the Family Law and the relevant case law, the author examines the extent to which this procedure responds to the request to provide adequate protection of the child's right to education. At the same time, it has been noticed that the courts deal with protecting this right through the procedure for determining alimony or changing the decision on alimony, sometimes entering into the assessment of the rationality of choosing a particular educational profile, type or place of schooling. Finally, children who consider themselves victims of discrimination based on certain personal characteristics have at their disposal the procedure for protection against discrimination prescribed by the Anti-Discrimination Act.

Key words: *Right to education; Procedural aspect; Civil procedure; The procedure for protection of children's rights*.

UDK/UDC 347.633(497.6)
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

Prof. dr. sc. Ramajana Demirović

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

USTANOVA USVOJENJA U SVJETLU PRAKSE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

U savremenom porodičnom pravu usvojenje predstavlja najkvalitetniji oblik zaštite djece bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i ujedno omogućava zasnivanje roditeljskopravnog odnosa osobama koje svoju želju za potomstvom ne mogu ostvariti prirodnim putem. Pravno uređenje usvojenja u Bosni i Hercegovini ima dugu tradiciju. Unatoč tome, mali broj usvojene djece, veliki broj zahtjeva potencijalnih usvojitelja za usvojenjem i veliki broj djece koja su bez adekvatnog roditeljskog staranja upućuju na zaključak o postojanju određenih prepreka zbog kojih usvojenje nije u većoj mjeri zaživjelo u praksi. Analizirajući bosanskohercegovački pravni okvir usvojenja u svjetlu novije Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (AP 3040/21), autorica identificira neke od mogućih uzroka koji otežavaju ili onemogućavaju zasnivanje većeg broja usvojenja. Zaključno ukazuje na potrebu i moguće unapređenje pravne regulative, posebno naglašavajući potrebu njenog usklađivanja sa evropskim standardima u ovoj oblasti.

Ključne riječi: Ustavni sud; Usvojenik; Usvojilac; Nepotpuno usvojenje; Sudska praksa; Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života; Porodični zakon; Brčko distrikt.

1. UVOD

Usvojenje ili adopcija djeteta predstavlja jedan od najstarijih instituta porodičnog prava. Kroz historiju se njen pravni izgled mijenjao uslijed društvenih, političkih i pravnih promjena. Nekada je cilj usvojenja bio produžetak porodice usvojioca odnosno ostvarivanje nasljednopravnih ciljeva, a danas je to primarno zaštita usvojenika. Transformacija ciljeva koji su se njime nastojali ostvariti u datom društvenom kontekstu utjecala je i na transformaciju relevantne pravne regulative. Savremeno pravno uređenje usvojenja na globalnom nivou zasniva se na standardima uspos-

Ramajana Demirović, *ramajana.demirovic@unmo.ba*.

Rad je nastao u okviru naučno-istraživačkog projekta „Tiha migracija: međunarodno usvojenje djece“ kojeg implamentira Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru uz podršku Federalnog ministarstva obrazovanja i nauke.

tavljenim Konvencijom Ujedinjenih naroda o pravima djeteta[1]. Konvencija usvojenje klasificira kao alternativni, vaninstitucionalni oblik brige o djeci koja su lišena porodičnog okruženja (čl. 20.). Iz toga proizlazi i primarni cilj usvojenja, a to je osigurati zaštitu djeci bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, između ostalog, i u okviru usvojiteljske porodice. Time se države potpisnice obavezuju preduzeti sve neophodne mjere i aktivnosti u svrhu izgradnje zakonskog i administrativnog okvira sa nadležnim tijelima i kvalifikovanim stručnjacima za alternativne sisteme zaštite djeteta u slučajevima u kojima je u njihovom najboljem interesu da budu smještena u alternativne oblike staranja. Alternativni sistem predstavlja skup mjera zaštite donesenih za zaštitu djece koja su napuštena ili lišena porodičnog okruženja kako bi im se omogućio razvoj u uvjetima koji najviše nalikuju onima koji karakteriziraju porodično okruženje. „Oponašajući“ u najvećoj mjeri biološki roditeljski odnos, usvojenje predstavlja jedan od najpoželjnijih modela zaštite djece bez roditeljskog staranja.

U Bosni i Hercegovini je usvojenje tradicionalno uređeno normama porodičnog zakonodavstva kojim je obuhvaćeno uređenje uvjeta i postupka za zasnivanje usvojenja, kao i njegovih dejstava. Međutim, potrebno je imati u vidu da pravno uređenje usvojenja djece u našem zakonodavstvu ima dugu tradiciju, odnosno da je postojalo i mnogo prije donošenja Konvencije, što je nesumnjivo imalo utjecaj na sadržaj važećih rješenja, a što se naročito oslikava u činjenici da naše zakonodavstvo spada u malobrojna zakonodavstva koja su zadržala dva oblika usvojenja (potpuno i nepotpuno) koja se međusobno razlikuju kako po uvjetima za zasnivanje tako i po dejstvima koja proizvode. Ipak, prema dostupnim zvaničnim statističkim pokazateljima, prisutan je značajan disbalans između broja zasnovanih usvojenja i broja djece smještene u domove za djecu bez roditeljskog staranja.[2]/[3] Nameće se logično pitanje šta je uzrok odnosno koji su razlozi

[1] Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta – KPD, usvojena je 20. novembra 1989. godine na 44. Zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda, a stupila je na snagu 2. juna 1990. godine (dostupna na: *http://www.unicef.org/bih/ba/Konvencija_-o_pravima_djeteta.pdf*, 9. mart 2022.). Bosna i Hercegovina je ovaj međunarodni dokument preuzela notifikacijom o sukcesiji 23. 11. 1993. godine, čime se obavezala na njenu implementaciju i usklađivanje zakonodavstva sa odredbama Konvencije.

[2] Primjera radi u periodu 2016–2021. godine na području Bosne i Hercegovine usvojeno je 234 djece (statistički bilteni *Socijalna zaštita 2021, Socijalna zaštita 2015–2020, Socijalna zaštita 2014–2019, Socijalna zaštita 2013– 2018, Socijalna zaštita 2012–2017, Socijalna zaštita 2011–2016, https://bhas.gov.ba/Calendar/Category?id=37&page=-2&statGroup=37&tabId=0, 20. 3. 2023.*) U istom periodu je broj djece smještene u domovima za djecu i omladinu bez roditeljskog staranja znatno veći: 2016. godine – 970 (294 djece uzrasta do 10. godina); 2017 – 1.070 (328 djece uzrasta do 10. godina); 2018 – 965 (314 djece uzrasta do 10. godina); 2019 – 1121 (386 djece uzrasta do 10. godina); 2020. – 1.103 (393 uzrasta do 10. godina), Agencija za statistiku BiH, *Socijalna zaštita 2015 –*

relativno malog broja zasnovanih usvojenja u Bosni i Hercegovini, da li je to manjkavost važećih zakonskih rješenja, ili njihova nepravilna i nepotpuna primjena, ili u određenoj mjeri oboje? Nije novost da se u dijelu domaće pravne literature kao jedan od primarnih problema prepoznaje ograničen domet zakonskih rješenja koji bi se mogao i trebao prevazići ili barem ublažiti reformisanjem instituta usvojenja i na tom tragu pristupanjem odgovarajućim konvencijama, prvenstveno Evropskoj konvenciji o usvojenju (revidirana) iz 2008. godine[4].[5] Pitanje usklađenosti aktuelnih rješenja sa zahtjevima osiguranja najboljeg interesa djeteta usvojenika ali i zahtjevima osiguranja prava na poštovanje privatnog i porodičnog života je aktualizirano i u recentnoj Odluci Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3040/21 donesenoj upravo na temelju podnesene apelacije zbog navodne povrede prava na privatni i porodični život usvojiteljice i usvojenika uzrokovane prvenstveno zakonskom nemogućnošću transformacije nepotpunog usvojenja u potpuno. Zbog mogućih implikacija na eventualnu buduću reformu ustanove usvojenja, pomenuta odluka će u radu biti detaljno analizirana. U svrhu njenog cjelovitog prikaza i potpunog razumijevanja, u osnovnim odrednicama će biti predstavljene odgovarajuće odredbe važećih porodičnih zakona u Bosni i Hercegovini koje se odnose na pretpostavke ili uvjete za zasnivanje potpunog i nepotpunog usvojenja.[6]

2. POJAM I PRETPOSTAVKE ZA ZASNIVANJE USVOJENJA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM ZAKONODAVSTVU

Polazeći od obaveza koje državama potpisnicama nalaže KPD da djeci bez roditelja ili odgovarajućeg roditeljskog staranja osiguraju zaštitu kroz neki od alternativnih oblika zaštite, bosanskohercegovački zakonodavac je

2020, Sarajevo 2021, str. 56., (dostupno na: *https://bhas.gov.ba/data/Publikacije/-Bilteni/2021/SOC_00_2020_TB_1_BS.pdf*, 20. mart 2023.)

[3] Vid.: Lj. Krunić Zita *et al*., *Analiza usklađenosti zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa Konvencijom o pravima djeteta*, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2009, 95.

[4] Vijeće Evrope, Europska konvencija o usvojenju djece (revidirana) – EKUD, CETS br. 202, 2008, *https://rm.coe.int/1680084823*, 15. maj 2023.

[5] Opširnije o tome: S. Bubić, „Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta usvojenika“, *Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog* (ur. G. Marković), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2012, 72–101.

[6] Kratki komparativni prikaz uvjeta za zasnivanje usvojenja u važećim porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini dat je samo u onoj mjeri u kojoj je to neophodno za razumijevanje činjenica i okolnosti slučaja u kojem je postupao Ustavni sud BiH.

u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine[7], Porodičnom zakonu Republike Srpske[8] i Porodičnom zakonu Brčko distrikta BiH[9] detaljno uredio ustanovu usvojenja. Sva tri porodična zakona uređuju dva oblika usvojenja, potpuno i nepotpuno.[10]

Potpunim usvojenjem (ili usvojenje sa srodničkim učinkom) se zasniva srodnički odnos između usvojitelja i njegovih srodnika sa usvojenikom i njegovim budućim potomcima. Dijete se u potpunosti inkorporira u porodicu usvojenika i prestaje odnos sa biološkim roditeljima. Do prestanka odnosa sa biološkim roditeljima ne dolazi samo u slučaju kada dijete usvajaju maćeha ili očuh, odnosno vanbračni partner djetetovog roditelja (samo u PZRS). Ovo usvojenje je neraskidivo. Sa druge strane, nepotpunim usvojenjem (usvojenje sa roditeljskim učinkom) zasniva se srodnički odnos između usvojioca i usvojenika i njegovih potomaka. Kod ovog oblika usvojenja ne dolazi do prestanka veze sa biološkim roditeljima i srodnicima (ukoliko su poznati), i u slučaju raskida nepotpunog usvojenja, odnos sa biološkim roditeljima se reaktivira.[11]

Važećim zakonima su normirane pretpostavke za zasnivanje usvojenja na strani usvojenika (djeteta), na strani usvojitelja i na strani bioloških roditelja djeteta. S obzirom na činjenicu postojanja dva oblika usvojenja, pomenute pretpostavke za zasnivanje usvojenja klasificiraju se u dvije kategorije i to: zajedničke pretpostavke za oba oblika usvojenja i pojedinačne pretpostavke za potpuno i nepotpuno usvojenje. Shodno ovoj klasifikaciji u nastavku je dat njihov kratki prikaz. Prikazom nisu obuhvaćene pretpostavke koje moraju postojati na strani bioloških roditelja za zasnivanje usvojenja obzirom da one nisu bile problematizirane u predmetu o kojme je odlučivao Ustavni sud BiH.

Polazeći od značaja usvojenja, zakonodavac je normirao određene pretpostavke koje moraju biti ispunjene, neovisno o obliku usvojenja *(za-*

---

[7] Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine – PZFBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/05, 41/05 i 31/14.

[8] Porodični zakon Republike Srpske – PZRS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/2023. Riječ je o novom PZRS, koji će stupiti na snagu 1. 9. 2023. godine (vid. čl. 349), a koji je donio određene novine u pogledu uređenja ustanove usvojenja u odnosu na ranije uređenje.

[9] Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine – PZBD, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 3/07.

[10] Pravna regulativa usvojenja nakon Drugog svjetskog rata koja je važila na području Bosne i Hercegovine sve do donošenja republičkog porodičnog zakona, poznavala je primarno nepotpuno usvojenje u čijoj osnovi je bila potreba rješavanja pitanja velikog broja ratne siročadi koja su ostala bez roditelja kao i bez kompletnih porodica, odnosno srodnika koji bi eventualno preuzeli brigu i stranje nad tom djecom. S. Bubić, N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 110.

[11] *Ibid.*

jedničke pretpostavke). To su brojni i različiti uslovi koji se tiču ličnosti usvojioca, starosti, državljanstva, bračnog statusa, ličnosti bračnog partnera usvojioca, dobi djeteta usvojenika te starosti i ličnosti bioloških roditelja djeteta.

Kada je riječ o *usvojiocu*, prilično su ujednačena zakonska rješenja u pogledu toga ko ne može biti usvojilac. Sva tri zakona tako normiraju da usvojilac ne može biti: osoba kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost; osoba kojoj je oduzeto roditeljsko staranje (u odnosu na biološku ili ranije usvojenu djecu); osoba koja ne pruža dovoljno garancija da će pravilno ostvarivati roditeljsko staranje, kao ni osoba kod čijeg bračnog partnera/vanbračnog partnera[12] postoji neka od naprijed navedenih okolnosti[13], dok PZRS dodatno normira i to da ne može biti osoba upisana u Registar osoba pravosnažno osuđenih za krivična djela seksualne zloupotrebe i iskorištavanja djece i osoba koja je duševno bolesna ili slaboumna, odnosno koje boluje od druge bolesti koja može dovesti u opasnost zdravlje ili život usvojenika;[14] srodnik usvojenika u pravoj liniji, ni brat, ni sestra, kao ni staratelj štićenika (usvojenika) dok ga organ starateljstva ne razriješi te dužnosti[15]. Dob usvojilaca je različito normirana u PZFBiH i PZBD s jedne i PZRS-a sa druge strane. Shodno čl. 96, st. 1. PZFBiH i čl. 81. st. 1. PZBD usvojilac mora biti osoba u životnoj dobi između 25 i 45 godina života i koja je starija od usvojenika najmanje 18 godina. Propisani uslov o razlici u godinama trpi određene izuzetke: a) ako postoje lično opravdani razlozi, usvojilac može biti i osoba starija od 45 godina ali dobna razlika između usvojitelja i usvojenika ne smije biti veća od 45 godina[16]; b) ako usvojoci zajedno usvajaju isto dijete, tada je dovoljno da samo jedan od njih ispunjava ove uvjete[17]; c) ako usvojioci usvajaju više djece koja su međusobno (polu)braća i (polu)sestre, usvojiti mogu i ako je samo jedan od njih u životnoj dobi od 25 do 45 godina i ako je od samo jednog djeteta stariji 18 godina[18]. Propisivanjem donje i gornje starosne granice za usvojenje nastojalo se preduprijediti moguće izigravanje svrhe usvojenja, jer bi u slučajevima usvajanja djece od osoba koje su u poodmakloj životnoj dobi usvojenje bilo korisnije usvojiocima nego usvojeniku.[19] Sa druge

[12] Postojanje neke od navedenih smetnji kod vanbračnog partnera osobe koja želi usvojiti kao smetnja za zasnivanje usvojenja izričito je predviđena samo u PZRS.

[13] PZFBiH, čl. 97; PZRS, čl. 172; PZBD, čl. 82.

[14] PZRS, čl. 172, st. 2, tač. 4 i 5.

[15] PZFBiH, čl. 93, st. 2 i 3; PZRS, čl. 169; PZBD, čl. 78, st. 2 i 3.

[16] PZFBiH, čl. 96, st. 3; PZBD, čl. 81. st. 3.

[17] PZFBiH, čl. 96, st. 2; PZBD, čl. 81. st. 2.

[18] Ovaj izuzetak je predviđen samo u PZFBiH, čl. 96, st. 4. PZBD ne sadrži takvu odredbu.

[19] S. Bubić, N.Traljić, 115.

strane PZRS ne propisuje donju i gornju dobnu granicu osobe koja usvaja, već samo normira da dobna razlika između usvojioca i usvojenika mora biti najmanje 18 godina s tim da u slučajevima u kojima bračni supružnici ili vanbračni partneri usvajaju dijete zajednički, ili usvaju djecu koja su međusobno braća i sestre (punorodna ili polurodna), biće dovoljno da samo jedan od njih ispunjava ovaj uvjet, odnosno da ga ispunjava u odnosu na samo jedno dijete.[20] Izuzetak od osnovnog pravila da usvojilac mora biti najmanje 18 godina stariji od usvojenika predviđen je u čl. 175, st. 2. PZRS za slučajeve u kojima usvajaju maćeha/očuh odnosno vanbračni partner djetetovog roditelja, kada ta razlika može biti i manja od 18 godina.[21] Zaključno se može reći da je pravilo o dobnoj razlici od 18 godina između usvojioca i usvojenika zajedničko za sva tri zakona.

Sljedeći uvjet koji mora biti ispunjen na strani usvojica tiče se njegovog bračnog/vanbračnog statusa, a u ovisnosti od oblika usvojenja. U pravilu je krug lica koja mogu zasnovati potpuno usvojenje nešto uži od kruga osoba koje mogu usvojiti nepotpuno. Zajedničko za sva tri porodična zakona je da i potpuno i nepotpuno mogu usvojiti bračni partneri zajednički, maćeha/očuh djeteta koje se usvaja, te vanbračni partneri koji žive u vanbračnoj zajednici najmanje pet godina i za to postoje naročito opravdani razlozi.[22] Rješenja važećih zakona se razlikuju kada je u pitanju mogućnost usvajanja djeteta vanbračnog partnera, kao i osoba koje nisu ni u braku ni u vanbračnoj zajednici. Osobi koja nije niti u braku niti u vanbračnoj zajednici omogućeno je zasnivanje isključivo nepotpunog usvojenja u PZFBiH i PZBD, s tim da i u ovom, kao i u slučaju kada usvajaju vanbračni partneri, moraju postojati naročito opravdani razlozi.[23] PZRS-a ne predviđa mogućnost ni potpunog ni nepotpunog usvojenja od strane osobe koji nije ni u braku ni u vanbračnoj zajednici. Osim u navedenim slučajevima, nepotpu-

[20] PZRS, čl. 175, st. 3 i 4.

[21] Ovakvo odstupanje od postojanja primjerene dobne razlike između usvojioca i usvojenika je u funkciji najboljeg interesa djeteta. Vid. D. Jakovac-Lozić, „Ususret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i tigovačkog zakonodavstva i pravne prakse* 5/2007, 102.

[22] PZFBiH, čl. 102 i 104; PZRS, čl. 179 i 181; PZBD, čl. 86 i 87. Potrebno je istaći da PZRS ne predviđa postojanje opravdanih razloga za zasnivanje nepostpunog usvojenja od strane vanbračnih partnera. Postojanje opravdanog razloga je uvjet samo kada je riječ o zasnivanju potpunog usvojenja od strane vanbračnih partnera. U PZFBiH rješenje je upravo suprotno. Postojanje opravdanog razloga se zahtijeva kada vanbračni partneri usvajaju nepotpuno, dok je taj uvjet izostavljen kod zasnivanja potpunog usvojenja. Po mišljenju pojedinih autora, riječ je o redakcijskoj pogrešci koja se mora otkloniti, jer je neprihavtljivo izostavljanje ovog važnog uvjeta upravo kod zasnivanja potpunog usvojenja koje je neraskidivo u čijim zasnivanjem prestaju sve veze djeteta sa biološkim roditeljima i srodnicima. S. Bubić, N.Traljić, 120.

[23] PZFBiH, čl. 104, st. 2; PZBD, čl. 87, st. 4.

no usvojiti može i jedan bračni partner uz pristanak drugog[24] odnosno jedan vanbračni partner uz pristanak drugog ukoliko žive u vanbračnoj zajednici najmanje pet godina.[25]Iako PZFBiH i PZBD ne predviđaju mogućnot usvojenja djeteta vanbračnog partnera, do zasnivanja takvog usvojenja bi ipak moglo doći upravo na temelju mogućnosti zasnivanja nepotpunog usvojenja od strane pojedinca, s tim da bi i u tom slučaju bilo potrebno dokazati postojanje naročito opravdanog razloga. Činjenica da dijete već živi u faktičkoj porodičnoj zajednici sa usvojiocem kao roditeljevim vanbračnim partnerom, te da je između njih uspostavljen skladan, stabilan i funkcionalan odnos, ispunjen privrženošću, ljubavlju i međusobnim uvažavanjem, bi se zaista mogla podvesti pod standard „naročito opravdan razlog“. U kontekstu ovog uvjeta, osnovna i najznačajnijia razlika između PZFBiH i PZBD s jedne i PZRS s druge strane je u nepostojanju bilo kakve mogućnosti zasnivanja usvojenja od strane osobe koja nije ni u braku, ni u vanbračnoj zajednici.[26]

Polazeći od čl. 21. KPD, t. b, kojim je normirana mogućnost međudržavnog usvojenja kada se za dijete ne može osigurati staranje u državi čiji je državljanin, sva tri porodična zakona predviđaju da u takvim slučajevima usvojilac može biti i strani državljanin ako je usvojenje u djetetovom interesu i da je pribavljena saglasnost/odobrenje upravnog organa nadležnog za poslove socijalne zaštite/socijalne politike.[27]/[28]

Kada je riječ o uvjetima koji moraju biti ispunjeni na strani *usvojenika* (*djeteta*), osnovno je pravilo da se dijete može usvojiti do navršene 18. godine života. Ono ne može biti usvojeno dok ne prođu tri mjeseca od njegovog rođenja,[29]/[30] odnosno tri mjeseca od napuštanja ako je riječ o djetetu čiji su roditelji nepoznati (PZFBIH/PZBD).[31] Ne može se usvojiti ni dijete maloljetnih roditelja osim izuzetno po proteku godine dana od njegovog rođenja ukoliko nema izgleda da će se podizati u porodici rodite-

[24] PZFBiH, čl. 104, st. 1; PZRS, čl. 179, st. 1; PZBD, čl. 87, st. 3.

[25] PZRS, čl. 179, st. 2.

[26] Opširnije o (ne) opravdanosti ovakvog rješenja vid. podnaslov 4.

[27] PZFBiH, čl. 95, st. 2 i 3; PZRS, čl. 147, st. 2 i 3; PZBD, čl. 80, st. 2 i 3.

[28] Detaljniju anlizu problematike međunarodnog usvojenja u BiH vid. u: A. Duraković, J. Alihodžić, R. Demirović, „Pravo stranaca na usvojenje u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. S. Pehar), Pravni fakultet sveučilišta u Mostaru, Mostar 2023, 238–252.

[29] PZFBiH, čl. 94, st. 1; PZRS, čl. 168; PZBD, čl. 79, st. 1.

[30] Tromjesečni period od rođenja djeteta je prilika za preispitivanje odluke bioloških roditelja, posebno mladih majki o davanju djeteta na usvojenje. Potrebno je imati u vidu i činjenicu da je majka nakon poroda u posebnom psihofizičkom stanju u kojem može donijeti ishitrenu odluku o davanju djeteta na usvojenje.

[31] PZFBiH, čl. 94, st. 4; PZBD, čl. 79, st. 3.

lja, odnosno drugih bližih srodnika.[32] U PZRS nisu predviđena dodatna vremenska ograničenja koja se odnose na protek vremena od napuštanja djeteta, niti ograničenja vezana uz usvojenje djeteta maloljetnih roditelja, što znači dijete može biti usvojeno odmah po napuštanju, odnosno da može biti usvojeno dijete maloljetnog roditelja po proteku tri mjeseca od njegovog rođenja. Što se tiče uzrasta djeteta do kojeg ono može biti usvojeno potpuno sva tri porodična zakona normiraju da potpuno može biti usvojeno dijete do 10. godine života.[33] U pravnoj literaturi se normiranje različitog uzrasta djeteta za zasnivanje potpunog i nepotpunog usvojenja kritikuje i pledira na podizanje dobne granice na 18 godina života za oba oblika usvojenja u sva tri porodična zakona, uz obrazloženje da bi takvo rješenje u većoj mjeri doprinijelo zaštiti interesa potencijalnih usvojenika, odnosno da bi time većem broju djece bila pružena mogućnost da budu usvojena potpunim oblikom usvojenja.[34] Uz navedeno, mišljenja smo da bi s druge strane u većoj mjeri bio zaštićen i interes potencijalnih usvojilaca.[35]

Zaključujući prikaz materijalnih pretpostavki za zanivanje usvojenja propisanih trima porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovni, kao rješenja koja nisu u dovoljnoj mjeri usklađena sa najboljim interesom djeteta usvojenika s jedne, i interesima i zaštićenim ljudskim pravima usvojilaca sa druge strane, su: najniža dob usvojenika za usvojenje, različita gornja dobna granica usvojenika za zasnivanje potpunog usvojenja, (ne)mogućnost usvajanja od strane vanbračnih partnera i osoba koje nisu ni u braku ni u vanbračnoj zajednici. Osim u teoriji porodičnog prava, pojedina od navednih rješenja ograničenja su aktuelizirana i u recentnoj odluci Ustavnog suda BiH čiji je prikaz dat u nastavku rada.

[32] PZFBiH, čl. 94, st. 1; PZBD, čl. 79, st. 2.

[33] PZFBiH, čl. 101; PZRS, čl. 180; PZBD, čl. 86, st. 1.

[34] S. Bubić, 98.

[35] Indikativna je u tom kontekstu npr. situacija kada očuh želi potpuno usvojiti dvoje djece svoje supruge uzrasta 7 i 12 godina. Tada bi potpuno bilo moguće usvojiti samo mlađe dijete. Starije dijete bi moralo biti usvojeno nepotpuno. Naravno, jedno od mogućih rješenja bi bilo oboje djece usvojiti nepotpuno, što nije bila inicijalna namjera usvojioca, pa nije isključena mogućnost odustanka od namjere usvojenja uopšte. Također, mogućnost da jedno dijete bude usvojeno potpuno, a drugo nepotpuno, ne bi bila u interesu djece (braće i sestara) s obzirom na to da bi kod potpunog usvojenja djetetu u izvod iz matične knjige rođenih kao otac bio upisan usvojilac, a kod nepotpunog usvojenja u izvodu iz matične knjige rođenih ostaju podaci o biološkom ocu uz zabilješku da je dijete nepotpuno usvojeno.

3. ODLUKA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE U PREDMETU AP 3040/21[36]

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je bio u prilici odlučivati o usvojenju na temelju apelacije koji su podnijeli apelantica (usvojiteljica) i apelant (usvojenik) koji su smatrali da im je odlukama nižestepenih sudova i nadležnih upravnih organa povrijeđeno pravo na privatni i porodični život zbog nemogućnosti transformacije nepotpunog usvojenja u potpuno.

Činjenice slučaja koje su prethodile podnošenju apleacije i donošenju Odluke Ustavnog suda BiH su bile sljedeće: Rješenjem Odjeljenja za zdravstvo i ostale usluge Vlade Distrikta Brčko BiH 2014. godine[37] odobreno je zasnivanje nepotpunog usvojenja i upis u matičnoj knjizi rođenih za mjesto Brčko, apelanta, rođenog 8. 11. 2008. godine u Brčkom, državljanina Bosne i Herecgovine i Republike Srpske, i apelantice, rođene 13. 8. 1963. godine u Sarajevu, državljanke Bosne i Hercegovine i Federacije BiH sa prebivalištem u Sarajevu. Pri zasnivanju usvojenja je odlučeno da će dijete dobiti prezime apelantice kao i da apelant kao usvojenik i njegovi potomci imaju prema apelantici kao usvojiteljici sva nasljedna prava, kao i eventualno rođena apelanticina djeca. Međutim, u izvodu iz matične knjige rođenih za apelanta nije učinjena zabilješka činjenice nepotpunog usvojenja što je apelantima prouzrokovalo poteškoće u svim slučajevima u kojima se zahtijevala pismena saglasnost majke pri učešću u sportskim takmičenjima, ljekarskim zahvatima, pregledima i slično. U takvim situacijama je apelantica bila primorana uz pomoć svjedoka dokazivati da je adoptivna majka djeteta. Apelantica je 25. 7. 2019. godine podnijela zahtjev za promjenu pravnog oblika usvojenja apelanta iz nepotpunog u potpuno. U to vrijeme apelant je imao 10 godina i 7 mjeseci, a apelantica nije bila ni u braku ni u vanbračnoj zajednici. Obzirom da ni na strani usvojenika (apelanta) ni na strani usvojiteljice (apelantice) nisu bili ispunjeni uslovi za zasnivanje potpunog usvojenja nadležna Služba je 3. 9. 2019. godine odbila apelanticin zahtjev za promjenu pravnog oblika usvojenja.

Nadležno Ministarstvo je 6. 1. 2020. odbilo[38] apelanticinu žalbu podnesenu protiv rješenja Službe od 3. 9. 2019. godine. Ministarstvo je u obrazloženju potvrdilo odluku Službe, tj. da nisu ispunjeni uvjeti za zasnivanje potpunog usvojenja predviđeni u PZFBiH. U pogledu žalbenih navoda da je zbog neupisivanja činjenice usvojenja u Izvod iz matične knjige rođenih za apelenta, apelantica diskriminirana zbog dovođenja u situaciju da mora tako privatnu činjenicu usvojenja obznanjivati širokom krugu osoba,

[36] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 66/21, *http://www.sllist.ba/page/akt/a2PI1kGa9V4=*, 21. mart 2023.

[37] Rješenje broj UP-I-34- 002769/14 od 30. 5. 2014. godine.

[38] Rješenje broj 05-35/6-1721/19 S.Č. od 6. 1. 2020. godine.

Ministarstvo je uputilo apelanticu da se obrati nadležnim organima Distrikta Brčko BiH i Instituciji ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Presudom Kantonalnog suda broj 09 0 U 035941 20 U od 24. 6. 2020. godine odbijena je kao neosnovana apelanticina tužba podnesena protiv Rješenja tuženog Ministarstva od 6. januara 2020. godine. U obrazloženju odluke Kantonalni sud je naveo da u odnosu na navode tužbe da su apelantica i mldb. apelant diskriminirani jer apelantica nije upisana kao majka djeteta, Kantonalni sud je smatrao da se ona treba obratiti Matičnom uredu Brčko za upis činjenice nepotpunog usvojenja i tada ne mora objašnjavati da je majka djeteta jer je samim nepotpunim usvojenjem stekla status roditelja.

Presudom Vrhovnog suda FBiH od 29. 4. 2021. godine[39] odbijen je zahtjev apelanata za vanredno preispitivanje sudske odluke podnesene protiv presude Kantonalnog suda od 24. 6. 2020. godine. Vrhovni sud je neosnovanim ocijenio navode zahtjeva za vanredno preispitivanje sudske odluke da se država preko suda ispriječila u odnos između apelantice kao usvojiteljice i apelanta kao usvojenika, odnosno da je pretjerano formalistički primijenjeno materijalno pravo u pitanju, da je stoga presuda „štura“ i da je prvostepeni sud propustio da se osvrne na usklađenost odredbi Porodičnog zakona sa članom 3, stavom 1. KPD jer za to nije bilo osnova niti potrebe. Prema mišljenju Vrhovnog suda, ne može se govoriti o povredi Konvencije budući da je i njenim članom 3, stavom 1, na koji se ukazuje u zahtjevu, propisano da se svi postupci koji se tiču djeteta preduzimaju u skladu s djetetovim najboljim interesima. Vrhovni sud je zaključio da je takav stav i zauzet u pobijanoj presudi (a ranije i odlukama upravnih organa), pa prvostepenom presudom nije narušen niti je mogao biti narušen postojeći odnos usvojiteljice i usvojenika, zasnovan na nepotpunom usvojenju, jer suštinski nepotpuno usvojenje nije ograničeno u sadržaju roditeljskog staranja, pa time nije ni povrijeđen interes djeteta, niti je na taj način moglo doći do diskriminacije djeteta (ili apelantice kao lica koje je tražilo usvojenje).

Protiv navedene odluke Vrhovnog suda FBiH, apelanti su podnijeli apelaciju *Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine* zbog navodne povrede prava na privatni i porodični život iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), kao i prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. EKLJP u vezi s pravom na privatni i porodični život, kao i član 1. Protokola broj 12 uz EKLJP. U apelaciji je između ostalog istaknuto da je porodični život apelanata narušen administrativnim problemima koje imaju prilikom apelantovih putovanja s apelanticom, sportskim klubom ili školom.

[39] Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 U 035941 20 Uvp od 29. 4. 2021. godine.

Naime, budući da je u apelantovom rodnom listu upisano ime njegove biološke majke kao roditelja, a ne apelanticino ime, apelantica mu ne može sama dati saglasnosti za putovanja, školske izlete ili bilo kakva druženja sa školom, već je uz njenu saglasnost potrebna i saglasnost dva svjedoka. Istakli su da navedeno apelantu stvara nelagodu među učiteljima i vršnjacima. Kako odrasta apelant je svjesniji različitog tretmana kojem je često izložen. Njegov status je stalno podložan provjeri javnosti kako od državnih službenika tako i učitelja, trenera i vršnjaka. Nadalje su apelanti naveli da su upravni i sudski organi zauzeli pretjerano formalistički stav pri utvrđivanju ispunjenosti uvjeta za zasnivanje potpunog usvojenja zanemarivši činjenicu da je u tom momentu živio s apelanticom u porodičnom domaćinstvu kao nepotpuni usvojenik više od pet godina, kao i sve probleme kojima su apelanti svakodnevno izloženi.

Uz navodne povrede prava na privatni i porodični život, u apelaciji je istaknuto da je apelant diskriminiran u odnosu na djecu koja su potpuno usvojena, kao i da je apelantica žrtva diskriminacije kako u odnosu na udate žene ili žene u vanbračnoj zajednici koje mogu da potpuno usvoje djecu tako i u odnosu na apelantovu biološku majku (ona je živjela sa apelantom samo prvih nekoliko mjeseci njegovog života). Zbog svega navedenog, apelanti zaključuju da ne postoji razumno opravdanje za održavanje nepotpunog usvojenja i daljnje izlaganje neprijatnostima apelanata, pogotovo kada se ima u vidu da apelant nikada nije imao nikakve veze sa svojom biološkom majkom ili biološkom porodicom.

Ustavni sud BiH je nakon ispitivanja navoda iz apelacije zaključio da između apelantice i apelanta dugi niz godina postoje *de facto* bliski porodični odnosi koji su u apelantovom najboljem interesu, odnosno u interesu njegovog daljnjeg razvoja i integracije u apelanticinu porodicu, da je osporenom odlukom kojom je odbijen zahtjev za potpuno usvojenje nisu dati dovoljni i relevantni razlozi koji bi opravdali nužnost donošenja ovakve odluke. U specifičnim okolnostima konkretnog slučaja Ustavni sud je zaključio da u cjelini nije postignuta razumna proporcionalnost između miješanja u pravo apelanata na privatni i porodični život i relacija proporcionalnosti između miješanja u pravo i zakonitog cilja kojem se teži. Stoga, Ustavni sud zaključuje da je prekršeno pravo apelanata na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. EKLJP.[40] Imajući u vidu zaključak o povredi prava na privatni i porodični život, Ustavni sud je je smatrao da nije neophodno posebno razmatrati navode o povredi načela nediskriminacije iz člana II/4. Ustava

[40] Odluka AP 3040/2021, tač. 49.

Bosne i Hercegovine i člana 14. EKLJP, kao i opću zabranu diskriminacije iz člana 1. Protokola broj 12 uz EKLJP.[41]

Prilikom donošenja odluke Ustavni sud se referirao na relevantnu praksu Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), fokusirajući se na predmet *Wagner i J. M. W. L. protiv Luksemburga*[42] (u daljem tekstu: *Wagner*).

U predmetu *Wagner* ESLJP je utvrdio povredu prava iz člana 8. EKLJP podnositeljice predstavke zbog odbijanja nadležnih luksemburških sudova da priznaju usvojenje zasnovano u Peruu u situaciji kada luksemburški zakon uopće ne predviđa mogućnost zasnivanja potpunog usvojenja od strane pojedinca.[43] Mada je i u slučaju *Wagner* aktuelizirano pitanje nemogućnosti usvojenja djeteta od osobe koja nije ni u braku ni u vanbračnoj zajednici, mišljenja smo da se činjenična podloga i širi kontekst ova dva predmeta u određenoj mjeri ipak razlikuju, naročito u kontekstu zaštite djeteta usvojenika.

Naime, u predmetu *Wagner* ESLJP je odlučio da luksemburški sud ne može zanemariti usvojenje koje je pravovaljano nastalo u inostranstvu na štetu najboljeg interesa djeteta jer, odbijanjem upisa odluke o usvojenju, djetetu nije omogućena pravna zaštita.[44] ESLJP se rukovodio time da se obaveze koje državama članicama nameće čl. 8. EKLJP trebaju tumačiti u svjetlu zahtjeva KPD-a, a naročito zahtjeva da sve radnje koje preduzimaju javna i privatna tijela a koje se tiču djece, budu u njegovom najboljem interesu. Kako KPD garantuje pravo djeteta na zaštitu i pomoć države i kako je najbolji interes djeteta koje je bilo siroče u Peruu zahtijevao da se odluka peruanskog suda prizna, ESLJP je utvrdio povredu čl. 8. EKLJP.

Sa druge strane, u predmetu *AP 3040/21* se ne može u potpunosti prihvatiti argument apelanata da nepotpunim usvojenjem nisu u dovoljnoj mjeri zaštićena prava i interesi maloljetnog apelanta, jer je sadržaj odnosa između usvojioca i usvojenika kod nepotpunog usvojenja identičan sadržaju roditeljskog odnosa koji nastaje zasnivanjem potpunog usvojenja. Uz to, iako je nesporno da je porodični život apelanata narušen administrativnim problemima zbog podložnosti provjeri od strane javnosti prilikom apelan-

[41] *Ibid.*, tač. 50.

[42] *Wagner i J. M. W. L. protiv Luksemburga*, Zahtjev br. 76240/01, od 28. juna 2007. godine, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328*, 20. mart 2023.

[43] Pojedini autori Odluku ESLJP-a u predmetu *Wagner* su okvalificirali „šokantnom“ naglašavajući da je ESLJP pri donošenju zaključka da je pravni status stvoren u inostranstvu postao realnost koju treba priznati, propustio uzeti u cijeniti činjenicu da je taj pravni status nastao jer je pojedinac za njega optirao, u poretku koji je s namjerom izabrao. M. Župan, „Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2012, 660.

[44] Presuda *Wagner*, par. 132.

tovih putovanja zbog neupisivanja zabilježbe nepotpunog usvojenja u apelantov rodni list, navedni problemi su mogli biti eliminirani (kako su to nižestepeni organi naglasili u svojim odlukama) u upravnom postupku pred nadležnim matičnim uredom podnošenjem zahtjeva za upis činjenice nepotpunog usvojenja u matične evidencije i rodni list apelenta[45]. Time bi bila eliminirana potreba objašnjavanja i dokazivanja da je apelantica majka djeteta, jer je samim nepotpunim usvojenjem stekla status roditelja. Ostaje nejasno zbog čega apelantica nije pokrenula takvu proceduru.

Ne možemo se u potpunosti složiti ni sa zaključkom koji proizlazi iz konačne odluke Ustavnog suda BiH da je mogla biti donesena drugačija odluka jer je postupanje nižestepenih organa definisano jasnim zakonskim odredbama koje propisuju uvjete koje mora ispunjavati usvojilac i usvojenik da bi takvo usvojenje bilo zasnovano. Mišljenja smo da upravo zakonom jasno definisani uvjeti za zasnivanje usvojenja nisu ostavljali prostor nižestepenim organima za slobodnu procjenu najboljeg interesa usvojenika na način na koji su to željeli apelanti. Tek kada se ispune navedeni uvjeti, nadležni postupajući organ ima mogućnost da cijeni najbolji interes djeteta usvojenika. U suprotnom, udovoljavanje zahtjevu apelantice za transformacijom nepotpunog u potpuno usvojenje kada zakonske uvjete za njegovo zasnivanje ne ispunjava niti apelantica ni apelant, bi značilo mogućnost arbitrarne primjene zakona ili čak protuzakonito postupanje. Dakle, ovdje se nije radilo o pravnom standardu ili pravnoj praznini koja bi dala mogućnost procjene nadležnim organima primjene. Problem je mogao samo postojati u samom zakonskom rješenju. Stoga smatramo da bi ispravnije bilo cijeniti da li je aktuelno zakonsko uređenje ustanove usvojenja u suprotnosti sa standardima zaštite ljudskih prava odnosno prava djeteta predviđenih Ustavom i relevantnim dokumentima o ljudskim pravima, u prvom redu KPD i EKLJP.[46]

---

[45] „Izvod iz matične knjige rođenih za usvojeno dijete čiji su roditelji poznati (nepotpuno usvojenje) izdaje se na prezime koje je određeno prilikom usvojenja i sa podacima o prirodnim roditeljima djeteta. U rubriku 'Naknadni upisi i zabilješke' upisuju se zabilješke o usvojenju.“ Uputstvo o načinu vođenja matičnih knjiga Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH,* br. 51/2013, 55/2013, 82/2013 i 6/2015, čl 157, st. 3.

[46] Takav stav je zauzet npr. u Odluci Ustavnog suda BiH br. 369/10 u kojoj je utvrđena povreda načela nediskriminacije u kontekstu tadašnjeg rješenja Porodičnog zakona FBiH (čl. 43.) koje je onemogućavalo muškarcu da podnese zahtjev za razvod braka za vrijeme trudnoće žene ili dok dijete ne navrši tri godine života, dok takva mogućnost nije bila uskraćena ženi. Ustavni sud BiH je ovom odlukom, između ostalog, naložio Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da preduzmu mjere iz svoje nadležnosti u cilju poštivanja Ustava i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava, te o preduzetim mjerama obavijeste Ustavni sud u roku od šest mjeseci. Parlament FBiH je 23. 4. 20014. godine usvojio Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona FBiH („Službene novine FBiH“ br. 31/14.) kojima je član 43. PZ FBiH brisan. Odredba sličnog sadržaja koju je sadržavao PZRS (bivši čl. 52, st. 2.) je prestala da važi 2019. godine nakon

4. OSVRT NA ODLUKU USTAVNOG SUDA – USTANOVA USVOJENJA *DE LEGE FERENDA*

Ostavimo li po strani pomenute razloge djelomičnog neslaganja sa zaključcima sadržanim u *Odluci AP 3040/21*, a uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja, može se reći da su s pravom aktuelizirana dva ključna pitanja koja u širem smislu mogu odrediti moguće pravce budućeg uređenja ustanove usvojenja u bosanskohercegovačkom pravu. Prvo pitanje se tiče (ne)opravdanosti i nužnosti postojanja dva oblika usvojenja u našem pravu, a drugo pitanje, usko vezano sa prethodnim, osnosi se na ispravnost reguliranja uvjeta za zasnivanje usvojenja u svjetlu njihove (ne)usklađenosti sa standardima zaštite ljudskih prava, prava djeteta i načela nediskriminacije.

Na temelju uvida u rješenja dijela uporednog prava, možemo zaključiti da bosanskohercegovačko zakodavstvo spada u grupu malobrojnih zakonodavstava koja predviđaju mogućnost zasnivanja nepotpunog usvojenja. Kada je riječ o evropskim zakonodavstvima, dva oblika usvojenja postoje u francuskom i makedonskom pravu.[47] Nepotpuno usvojenje je postojalo i u crnogorskom pravu, ali je 2016. godine također napušteno.[48] Jedan od značajnijih razloga napuštanja nepotpunog usvojenja je, uz sve praktične probleme (dijelom pomenute u analiziranoj Odluci US), nemogućnost usvojenika da se zbog dualizma uloga usvojilaca i bioloških roditelja dublje integriše u porodicu usvojilaca.[49]Složili bi se i sa mišljenjem da je na proces prihvatanja isključivo potpunog usvojenja utjecala i EKUD[50] koja između ostalog normira da se usvojeno dijete treba u potpunosti inkorporirati u porodicu usvojilaca, a jasno je da ostvarenje tog cilja izvjesno samo kod potpunog usvojenja.[51] Uz navedeno, ne treba zanemariti činjenicu da zbog

---

što ju je Ustavni sud Republike Srpske proglasio neustavnom (*Službeni glasnik RS*, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 - odluka US RS.) Opširniju analizu vid. u: A. Huseinspahić, “Odluka Ustavnog suda BiH br. 369/10 (slučaj razvoda braka za vrijeme trudnoće i porođaja žene u entitetu FBiH)”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 13/2020, 219–225,

[47] D. Ćeranić, „Potpuno vs nepotpuno usvojenje“, *Zbornik radova „Odnos prava u region i prava Evropske unije“*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2015, 176.

[48] Vid. čl. 45–51. Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 53/2016

[49] Z. Ponjavić, V. Vlašković, *Porodično pravo*, Beograd 2019, 239.

[50] D. Ćeranić, 174.

[51] B. Miković, „Europska konvencija o usvojenju (revidirana) i Porodični zakon F BiH“, *Zbornik radova Dani porodičnog prava „Porodično pravo u eri globalizacije“*, broj 8, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar 2020, 228–229.,D. M, Krstinić, J. Z. Vasiljković, „Institut usvojenja u uporednom pravu“, *Strani pravni život* 1/2020, 123.

mogućnosti raskida usvojenja određenoj mjeri nepotpuno usvojenje ipak znači i pravnu nesigurnost kako za usvojenika tako i za usvojioca. Unatoč izraženom trendu napuštanja nepotpunog usvojenja, u dijelu pravne teroije se navodi nekoliko razloga koji opravdavaju zadržavanje ovog oblika usvojenja. Tu se u prvom redu misli na zaštitu najboljeg interesa djeteta kroz mogućnost ponovnog uspostavljanja odnosa sa biološkim roditeljima onda kada se gubitak staranja nad djetetom ne može pripisati u odgovornost roditelja (npr. biološkom roditelju je oduzeta poslovna sposbnost ili se nestali roditelj pojavi nakon što je bio proglašen umrlim i slično).[52] Zaista u takvim slučajevima nepotpuno usvojenje je bolji mehanizam zaštite najboljeg interesa djeteta od potpunog. Međutim, ostaje pitanje koliko će potencijalni usvojioci biti skloni optirati za ovaj oblik usvojenja,[53] što za konačan ishod može imati ostanak djeteta u domovima za djecu bez roditeljskog staranja i/ili kontinuirano mijenjanje hraniteljskih/starteljskih porodica, što može biti izuzetno stresno i štetno za dijete.

Sa druge strane, aktuelizira se i pitanje da li su pri normiranju uvjeta za zasnivanje usvojenja zaista neophodne i opravdane brojne razlike u normiranju ovih uvjeta. Ovdje prvenstveno imamo u vidu dva ključna uvjeta – dob ili uzrast djeteta i bračni status usvojioca. Podjećamo da je prema važećem porodičnom zakonodavstvu u BiH, potpuno moguće usvojiti dijete do navršene 10. godine života, a nepotpuno do 18 godine života. Opredjeljenje za ovakvo rješenje je motivirano iskazanim većim interesom potencijalnih usvojilaca za usvojenje mlađe djece, za koju je vjerovatno da će se lakše i brže integrirati u usvojiteljsku porodicu. Međutim, nejasno je zbog čega takvu mogućnost uskratiti i djeci starije dobi, makar takvi zahtijevi bili znatno rijeđi. Postojeće rješenje predstavlja izraz nepoštivanja najboljeg interesa djeteta, odnosno nejednak tretman sve djece koja su bez roditelja ili roditeljskog staranja u pogledu mogućnosti zasnivanja potpunog usvojenja.[54] Ovo diskriminirajuće rješenje je moguće otkloniti usvajanjem odgovarajućih zakonskih izmjena kojima bi se za oba oblika usvojenja predvidio uzrast do 18. godine života.[55] Kada je riječ o uporednopravnim rješenjima, može se reći da čak i ona zakonodavstva koja predviđaju oba oblika usvojenja uglavnom normiraju uzrast od 18 godina izuzev francus-

[52] Opširnije o tome vid. D. Ćeranić, 177–178.

[53] Ne treba ispustiti iz vida činjenicu da je jedan od razloga uvođenja potpunog usvojenja u naše zakonodavstvo upravo bila pravna nesigurnost usvojioca koja proizlazi iz mogućnosti pojavljivanja bioloških roditelja djeteta i prestanka usvojenja. Iako je interes djeteta usvojenika primarni, potrebno je voditi računa i o zaštiti interesa usvojica. S. Bubić, N.Traljić, 111.

[54] B. Miković, 228.

[55] S. Bubić, (2012), 98.

kog gdje je gornja granica za potpuno usvojenje 15 godina života.[56] Uz to, dijete starije od 10 godina ima mogućnosti dati ili uskratiti saglasnost na usvojenje, što predsatavlja dodatnu zaštitu njegovih prava i interesa.

Kada je riječ o bračnom statusu potencijalnih usvojilaca, podsjećamo da osoba koja nije ni u braku ni u vanbračnoj zajednici može usvojiti samo nepotpuno kada za to postoje naročito opravdani razlozi i to samo u Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH, dok prema PZRS ta osoba ne bi uopšte mogla usvojiti (ni potpuno ni nepotpuno).[57] Nedavno okončani postupak donošenja i usvajanja novog PZRS, u kojem je došlo do izvjesnih poboljšanja i unapređenja ustanove usvojenja, je bio prilika da se u inkorporira odredba koja bi i pojedincu koji nije ni u braku ni u vanbračnoj zajednici, omogućio zasnivanje usvojenja, makar u iznimnim, opravdanim slučajevima. Ipak, ta prilika je propuštena i u tom dijelu nije bilo izmjena u odnosu na prethodna rješenja.[58] Nema sumnje da je u najboljem interesu djeteta usvojenika dvoroditeljska porodica, majke i oca koji su sposobni izvršavati brojne sadržaje roditeljskog staranja.[59] Međutim, i pojedinac koji živi sam, može biti jednako dobar i posvećen roditelj,[60] te stoga smatramo da činjenica da nije u braku ili vanbračnoj zajeednici sama po sebi ne bi trebala biti dovoljna za eliminaciju iz kruga potencijalnih usvojilac. Prema mišljenju izraženom u pravnoj teoriji, takvu mogućnost bi trebalo *de lege ferenda* proširiti i na potpuno usvojenje, s tim da bi u slučajevima kada zahtjev za usvojenje podnesu bračni/vanbračni partneri i osoba koja živi sama, u praksi uvijek trebalo dati prednost bračnom/vanbračnom paru (pod uvjetom da svi ispunjavaju zakonom propisane uvjete).[61] To bi značilo proširе-

[56] Shodno čl. 345. Francuskog građanskog zakonika potpuno usvojenje je moguće do navršenih 15 godina života djeteta; ako je dijete starije od 15 godina ali je prije navršene 15. godine bilo primljeno u cilju usvojenja od osobe koja nije ispunjavala zakonske uvjete za potpuno usvojenje, pa iz toga razloga ono nije moglo biti zasnovano; ako je dijete bilo subjekt nepotpunog usvojenja prije navršenih 15 godina. Opširnije vid. u: T. Kitanović, M. Ignjatović, „Evolucija ustanove usvojenja od rimskog do savremenog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2013, 176.

[57] Dakle, PZRS favorizira usvojenje od strane para usvojilaca, s tim da je moguće da usvoje jedan bračni supružnik/vanbračni partner uz pristanak drugog. Međutim, i u takvim slučajevima pojedinačnog usvojenja, neophodno je da je potencijalni usvojilac u braku ili vanbračnoj zajednici.

[58] S obzirom na to da je u PZRS, čl. 174, st. 2. normirano da usvojilac može biti i strani državljanin, ako za to postoje naročito opravdani razlozi, pogotovo ako se za određeno dijete ne mogu pronaći usvojioci među domaćim državljanima, to bi značilo da onda kada među bosanskohercegovačkim državljanima nema usvojilaca koji su u bračnoj ili vanbračnoj zajednici, da će se odobriti zasnivanje usvojenja i od strane stranog državljanina, bez da će se prethodno omogućiti usvojenje domaćim državljanima koji žive sami.

[59] D. Hrabar, „Posvojenje na razmeđi interesa posvojitelja i posvojenika“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 58/2008, 1117.

[60] Tome u prilog govore i činjenice slučaja u predmetu AP 3040/21.

[61] S. Bubić, 93.

nje mogućnosti za usvojenje većeg broja djece, što može biti izuzetno korisno za dijete kada je sa potencijalnim usvojiocem već uspostavljen stabilan, kvalitetam i funkcionalan odnos u okviru nekog drugog pravnog odnosa kao što su starateljstvo/ hraniteljstvo ili odnos srodstva. Stanje i tendencije u uporednom pravu govore u prilog navedenom stavu. Veliki broj zakonodavstava u kojima postoji samo potpuno usvojenje također normiraju mogućnost usvojenja od strane pojedinca.[62] U dijelu uporednog prava je pravo osobe koja živi sama da usvoji ograničeno na izuzetne, naročito opravdane slučajeve, čime se štiti najbolji interes djeteta usvojenika da bude usvojeno od bračnog ili vanbračnog para. EKUD također normira mogućnost da dijete usvoji jedna osoba.[63]

Zbog svega navedenog smatramo da bi *de lege ferenda* u naročito opravdanim slučajevima trebalo normirati mogućnost kako nepotpunog tako i potpunog usvojenja od strane pojedinca u sva tri porodična zakona u Bosni i Hercegovini, uvjetujući tu mogućnsot postojanjem naročito opravdanih razloga, odnosno naročitom koristi za dijete. Usvojenje djeteta od strane pojedinca može biti u jednakoj mjeri korisno za usvojenika kao i kada ga usvajaju bračni ili vanbračni partneri, a u svakom slučaju korisnije od boravka u ustanovi za djecu bez roditeljskog staranja.[64]

---

[62] Vid. npr.: čl. 185. Obiteljskog zakona Hrvatske, *Narodne novine* br. 98/19, 47/20, 49/23; čl. 231, st. 2. Družinskog zakona (Porodičnog zakona Slovenije), *Uradni list RS*, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US in 5/23; čl. 101, st. 3. Porodičnog zakona Srbije, *Službeni glasnik RS,* br. 18/2005, 72/2011, 6/2015; čl. 132, st. 3. Porodičnog zakona Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 1/2007, 52/2016, 76/2020. Uz pomenuta zakonodavstva, svaka osoba, neovisno o bračnom statusu može podnijeti zahtjev za usvojenje u francuskom, španskom, potugalskom, češkom, mađarskom, belgijskom, finskom, holandskom i nizu drugih prava. S. Bubić, 88.

[63] Vid. EKUD, čl. 7, st.1, tač. b.

[64] Tome u prilog ističemo sljedeći dio činjenica slučaja u predmetu AP 3040/2021: „... u momentu njegovog nepotpunog usvojenja apelant je imao pet godina i četiri mjeseca. Bio je okvalificiran kao visokorizično dijete koje nije znalo razumljivo, odnosno skoro nikako govoriti, bio je prekomjerno ugojen i imao dijagnozu blage epilepsije. Apelantica je odmah po usvojenju unajmila logopeda koji ga je vremenom naučio da ispravno i tečno govori. Potom je imao redovnu terapiju s obzirom na to da je jedno stopalo imalo blagu deformaciju. Istovremeno ga je apelantica upisala u sportski klub za predškolsku djecu te je koristio terapiju zbog blage epilepsije. Nakon usvojenja apelant je počeo pohađati Montessori vrtić gdje učio engleski jezik, da bi s nepunih sedam godina počeo pohađati Francusku školu u Sarajevu, da bi danas tečno govorio francuski jezik. Istovremeno se počeo baviti plivanjem i skijanjem, svira gitaru. Usljed sređenog života prestao koristiti terapiju za epilepsiju 2017. godine, sada svira gitaru, bavi se sportom i razvija u zdravu i veselu osobu...“ (Predmet AP 3040/21, tač. 15).

5. ZAKLJUČAK

Ustavni sud BiH je u predmetu AP 3040/2021 utvrdio je odlukama nižestepenih sudova i nadležnih upravnih organa povrijeđeno pravo apelanata (usvojiteljice i usvojenika) na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. EKLJP, kojima im je bilo onemogućena transformacija nepotpunog u potpuno usvojenje. Ne možemo se u potpunosti složiti sa zaključkom koji proizlazi iz Odluke Ustavnog suda BiH da je mogla biti donesena drugačija odluka jer je postupanje nižestepenih organa definisano jasnim zakonskim odredbama koje propisuju uvjete koje mora ispunjavati usvojilac i usvojenik da bi takvo usvojenje bilo zasnovano. Mišljenja smo da upravo zakonom jasno definisani uvjeti za zasnivanje usvojenja nisu ostavljali prostor nižestepenim organima za slobodnu procjenu najboljeg interesa usvojenika na način na koji su to željeli apelanti. Tek kada se ispune navedeni uvjeti, nadležni postupajući organ ima mogućnost da cijeni najbolji interes djeteta usvojenika. U suprotnom, udovoljavanje zahtjevu apelantice za transformacijom nepotpunog u potpuno usvojenje kada zakonske uvjete za njegovo zasnivanje ne ispunjava ni apelantica ni apelant bi značilo mogućnost arbitrarne primjene zakona ili čak protuzakonito postupanje. Dakle, ovdje se nije radilo o pravnom standardu ili pravnoj praznini koja bi dala mogućnost procjene nadležnim organima primjene. Stoga smatramo da bi ispravnije bilo cijeniti da li je aktuelno zakonsko uređenje ustanove usvojenja u suprotnosti sa standardima zaštite ljudskih prava odnosno prava djeteta. Unatoč djelomičnom neslaganju sa zaključcima Ustavnog suda BiH, ova Odluka je aktuelizirala pitanja koja u širem smislu mogu odrediti moguće pravce budućeg uređenja ustanove usvojenja u bosanskohercegovačkom pravu. Prvo pitanje se tiče (ne)opravdanosti i nužnosti postojanja dva oblika usvojenja u našem pravu, a drugo pitanje, usko vezano sa prethodnim, osnosi se na ispravnost reguliranja uvjeta za zasnivanje usvojenja u svjetlu njihove (ne)usklađenosti sa standardima zaštite ljudskih prava, prava djeteta i načela nediskriminacije.

Iz razloga i pod uvjetima koji su detaljnije objašnjeni u odgovarajućim dijelovima ovog rada, smatramo da *de lege ferenda* postoji potreba za proširenjem kruga potencijalnih usvojilaca za zasnivanja usvojenja (potpunog i nepotpunog) na osobe koje nisu ni u braku, ni u vanbračnoj zajednici, kao i podizanje dobne granice djeteta za zasnivanje potpunog usvojenja na 18 godina za svu djecu kojima je takav oblik zbrinjavanja i zaštite potreban. Time bi se s jedne strane otklonila diskriminacija djece s obzirom na dob i diskriminacija potencijalnih usvojilaca s obzirom na njihov bračni status, a s druge strane omogućilo usvojenje većeg broja djece bez roditelja/odgovarajućeg roditeljskog staranja.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Bubić, Suzana, „Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta usvojenika“, *Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog* (ur. G. Marković), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo 2012;
2. Bubić, Suzana, Traljić, Nerimana, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007;
3. Ćeranić, Dimitrije, „Potpuno vs nepotpuno usvojenje“, *Zbornik radova „Odnos prava u region i prava Evropske unije“*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2015;
4. Duraković, Anita, Alihodžić, Jasmina, Demirović, Ramajana, „Pravo stranaca na usvojenje u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. S. Pehar), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar 2023;
5. Hrabar, Dubravka, „Posvojenje na razmeđi interesa posvojitelja i posvojenika“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 58/2008;
6. Huseinspahić, Ajdin, “Odluka Ustavnog suda BiH br. 369/10 (slučaj razvoda braka za vrijeme trudnoće i porođaja žene u entitetu FBiH)”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 13/2020;
7. Jakovac-Lozić, Dijana, „Ususret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,* br. 5, Mostar 2007;
8. Kitanović, Tanja, Ignjatović, Marija, „Evolucija ustanove usvojenja od rimskog do savremenog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 4/2013;
9. Krstinić, M. Dalibor, Vasiljković Z, Jovana, „Institut usvojenja u uporednom pravu“, *Strani pravni život* 1/2020;
10. Krunić Zita, Ljiljana *et al.*, *Analiza usklađenosti zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa Konvencijom o pravima djeteta*, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2009;
11. Mignot, Jean-François, „Adoption in France and Italy: A Comparative History of Law and Practice (Nineteenth to twenty-First centuries)“, Population Volume 70, Issue 4, (ed. Magda Tomasini), Institut national d’études démographiques, 2015;
12. Miković, Borjana, „Europska konvencija o usvojenju (revidirana) i Porodični zakon F BiH“, *Zbornik radova Dani porodičnog prava „Porodično pravo u eri globalizacije“*, godina VIII, broj 8, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar 2020;
13. Ponjavić, Zoran, Vlašković, Veljko, *Porodično pravo*, Beograd 2019;

14. Župan, Mirela, „Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2012.

Pravni propisi

1. Evropska konvencija o usvojenju djece (revidirana), CETS br. 202, 2008;
2. Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta od 20. novembra 1989. godine;
3. Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 3/07;
4. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/05, 41/05 i 31/14;
5. Porodični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/2023;
6. Uputstvo o načinu vođenja matičnih knjiga Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH,* br. 51/2013, 55/2013, 82/2013 i 6/2015.
7. Obiteljski zakon Hrvatske, *Narodne novine* br. 98/19, 47/20 i 49/23;
8. Družinski zakon (Porodični zakon Slovenije), *Uradni list RS*, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US in 5/23;
9. Porodični zakon Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015;
10. Porodični zakon Crne Gore, *Službeni list RCG,* br. 1/2007, 52/2016 i 76/2020.

Odluke

1. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu AP 3040/21 od 5. 10. 2021., *Službeni glasnik BiH*, broj 66/21;
2. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu AP 369/10 od 24. 5. 2013. *(https://www.ombudsmen.gov.ba/documents-/obmudsmen_doc2013070415094540cro.pdf*;
3. Rješenje broj 05-35/6-1721/19 S.Č. od 6. januara 2020. godine;
4. Rješenje broj UP-I-34- 002769/14 od 30. 5. 2014. godine;
5. *Wagner i J. M. W. L. protiv Luksemburga*, Zahtjev br. 76240/01, od 28. juna 2007. godine.

Internet izvori

1. *https://bhas.gov.ba/Calendar/Category?id=37&page=2&statGroup=37&tabId=0,*
2. *https://bhas.gov.ba/data/Publikacije/Bilteni/2021/SOC_00_2020_TB_1_BS.pdf,*
3. *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328*
4. *http://www.unicef.org/bih/ba/Konvencija_o_pravima_djeteta.pdf,*

5. *https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2013070415094540cro.pdf*.

Associate Professor Ramajana Demirović, LL.D.

Faculty of Law, “Džemal Bijedić” University in Mostar

ADOPTION OF CHILDREN IN THE LIGHT OF THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In modern family law, adoption represents the highest quality form of protection for children without parents or without appropriate parental care and at the same time enables the establishment of a parental legal relationship for persons who cannot fulfill their desire for biological children. The legal regulation of adoption in Bosnia and Herzegovina has a long tradition. Despite this, the small number of adopted children, the large number of requests from potential adopters for adoption and the large number of children who are without adequate parental care point to the conclusion of the existence of certain obstacles due to which adoption is not representedin practice to a greater extent. Analyzing the legal framework of adoption in Bosnia and Herzegovina in the light of the recent Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (AP 3040/21), the author identifies some of the possible reasons that make it difficult or impossible to establish a larger number of adoptions. In conclusion, the author it points out the necessity and possible improvement of legal regulation, especially emphasizing the need to harmonize it with European standards in this field.

Key words: *Constitutional Court; Adoptee (child); Adoptive parent; Partial adoption; Judicial practice; The right to respect for private and family life; Family Law; Brčko District*.

UDK/UDC 347.633(497.6)
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. sc. Borjana Miković

Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

USVOJENJE DJETETA U PORODIČNOM ZAKONU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE – POTREBA ZA IZMJENAMA ZAKONSKIH ODREDABA I POLITIKE USVOJENJA

U radu se, pored određenja djeteta, djeteta bez roditeljskog staranja i instituta usvojenja, analizira „sukob“ na relaciji potencijalni usvojioci i profesionalci zaposleni u centrima za socijalni rad, vezano za veliki broj onih koji žele usvojiti dijete u odnosu na mali broj usvojene djece. Profesionalci se najčešće pozivaju na zakonske prepreke, a potencijalni usvojioci na inertnost, odnosno nezainteresiranost profesionalaca i neodgovarajuću politiku usvojenja. Na tragu ovih „optužbi“, u radu su prezentirani rezultati provedenog istraživanja sa dvije grupe ispitanika: socijalnim radnicima, koji su u centrima za socijalni rad angažirani na poslovima zaštite i zbrinjavanja djeteta bez roditeljskog staranja, u skladu s njegovim najboljim interesima, i roditeljima koji su usvojili dijete.

Ključne riječi: Djeca bez roditeljskog staranja; Starateljstvo; Usvojenje; Usvojioci; Profesionalci; Centar za socijalni rad.

1. UVOD

Institut usvojenja djeteta u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine pored određenja pojma usvojenja, normira uslove za zasnivanje usvojenja, postupak zasnivanja usvojenja, prava i dužnosti iz potpunog usvojenja, prava i dužnosti iz nepotpunog usvojenja te raskid nepotpunog usvojenja.[1] U istom zakonu, usvojenje se određuje kao poseban oblik porodično pravne zaštite djeteta bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, kojim se zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos, pri čemu se usvojenje može zasnovati kao nepotpuno i potpuno (čl. 91, st. 1. i

Borjana Miković, *borjana.mikovic@fpn.unsa.ba*.

[1] Vid. Porodični zakon Federacije BiH – PZ FBiH, Treći dio B: Usvojenje čl. 91–123.

2). Takođe, UN Konvencija o pravima djeteta[2] dijete određuje kao: „svako ljudsko biće mlađe od 18 godina, osim ako se po zakonu koji se primjenjuje na dijete punoljetstvo ne stiče ranije“ (čl. 1).

Za razliku od PZ FBiH koji ne sadrži jasnu i posebnu definiciju djeteta, iako se iz više njegovih odredaba može zaključiti da je to osoba mlađa od 18 godina života, određenje djeteta u skladu s određenjem u KPD, implementirano je u zakonodavstvo iz oblasti socijalno pravne zaštite,[3] a primjenjuje se na različite skupine djece, kod ostvarivanja njihovih prava, uključujući i prava djece bez roditeljskog staranja, koja u većini ispunjavaju zakonom propisane uslove za zasnivanje usvojenja.

U svijetlu navedenog, nasuprot određenju pojma „dijete“, određenje pojma „dijete bez roditeljskog staranja“, koji se na prvi pogled čini toliko razumljivim da ga ne treba posebno definisati, nije nimalo jednostavno. U prilog ovome govori i činjenica da KPD, u dijelu koji se odnosi na zaštitu djeteta bez roditeljskog staranja, zapravo, posredno navodi i njegovo određenje, kroz normiranje da je to dijete „koje je privremeno ili stalno lišeno porodične sredine ili kojem u njegovom najboljem interesu ne može biti dopušteno da u takvoj sredini i ostane“ (čl. 20. st. 1).

Znatno šire određenje djeteta bez roditeljskog staranja sadržano je u UN Smjernicama za alternativno zbrinjavanje djece (2009) (dalje: Smjernice), koje na osnovu uvida i utvrđenog stanja važnih propusta u primjeni KPD za milione djece koja odrastaju bez roditeljskog staranja širom svijeta,[4] ovu skupinu djece definišu kao: „a) Svu djecu o kojoj se svakodnevno tokom noći ne brine barem jedan od roditelja, iz bilo kojeg razloga i pod bilo kojim uslovima. Djeca bez roditeljskog staranja koja se nalaze van zemlje u kojoj imaju prebivalište ili su žrtve vanrednih situacija mogu se odrediti kao:

(a1) „Bez pratnje“, ako se o njima ne brine neko od srodnika ili druga odrasla osoba koja je prema zakonu ili običaju odgovorna za to dijete;

(a2) „Odvojena“, ako su odvojena od ranijeg zakonskog zastupnika ili primarnog staratelja, a koja pri tome mogu biti u pratnji drugog srodnika“ (Smjernice, tač. 29).

Navedeno određenje, uz to što u odnosu na određene sadržano u KPD, obuhvata i dvije nove skupine djece bez roditeljskog staranja: djecu bez pratnje i „odvojenu“ djecu, posebno određuje da su to sva djeca o kojoj

[2] UN (1989): Konvencija o pravima djeteta – KPD, *Sl. list RBiH*, br. 2/92 i 13/94.

[3] Vid. Zakon o materijalnoj podršci porodicama s djecom u FBiH, *Službene novine FBiH* br. 5/22 čl. 4. tač. a)

[4] Vid. UN (2009): Smjernice za alternativno zbrinjavanje djece (A/HRC/11/L.13). Dostupno na: *https://sos-ds.ba/wp-content/uploads/2021/04/Smjernice-za-alternativno-zabrinjavanje-djece.pdf*.

svakodnevno tokom noći ne brini barem jedan od roditelja. Drugim riječima, u ovom određenju fokus je stavljen na prevenciju mogućeg zanemarivanja djeteta, ali i osiguranje kvalitetnog roditeljstva kroz postupanje prema djetetu u određenim, specifičnim situacijama s obzirom na njegovu dob, budući da je gotovo nezamislivo da npr. malo dijete iz noći u noć bude bez neophodne zaštite roditelja, odnosno staratelja.

Teškoće u određenju ove izrazito vulnerabilne i nehomogene skupine djece, kako u odnosu na spol, godine života, socijalno porijeklo, teškoće u razvoju itd., posebno su prisutne i u zakonodavstvu FBiH, koje ih različito određuje. Tako Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom FBiH (dalje: Zakon o socijalnoj zaštiti FBiH) dijete bez roditeljskog staranja određuje kao dijete: bez oba roditelja, nepoznatih roditelja, napušteno od roditelja, roditelja lišenih roditeljskog prava i roditelja spriječenih da vrše roditeljsku dužnost (čl. 13). Za razliku od ovog zakona, PZ FBiH, iako u svojim odredbama ne sadrži decidirano određenje djeteta bez roditeljskog staranja, kroz normiranje razloga za stavljanje „maloljetne osobe“ pod starateljstvo, implicitno definiše i ovu skupinu djece.[5] U istom kontekstu, ako u navedenim zakonima normirano određenje djeteta bez roditeljskog staranja uporedimo sa ranije, prema PZ FBiH, citiranim određenjem usvojenja djeteta, onda je jasno da svako dijete bez roditeljskog staranja, bez obzira što se nalazi pod starateljstvom, nije podobno za usvojenje, odnosno ne može biti usvojeno ukoliko nisu ispunjeni svi zakonom propisani uslovi za zasnivanje usvojenja, od kojih je ključni najbolji interes djeteta.

2. STATISTIČKI POKAZATELJI O DJECI BEZ RODITELJSKOG STARANJA I BROJU USVOJENJA U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Nepostojanje jedinstvene definicije djeteta bez roditeljskog staranja u zakonodavstvu FBiH, odnosno u sistemu upravljanja podacima iz oblasti socijalne zaštite, ima za posljedicu da se sve do danas ukupan broj ove djece, kako u FBiH tako i u BiH, samo pretpostavlja, što rezultira stanjem da zvanični podaci Federalnog zavoda za statistiku (FZS) i podaci kojim raspolaže nadležno ministarstvo o ovoj skupini djece u pravilu nisu podudarni. Slično je i kod obuhvaćenosti djece bez roditeljskog staranja različitim oblicima alternativne brige, mada se, s obzirom na izrazito mali broj

[5] Prema čl. 186. PZ FBiH pod starateljstvo će se staviti maloljetna osoba čiji su roditelji umrli, nestali, nepoznati ili su nepoznatog boravišta duže od tri mjeseca; čijim roditeljima je oduzeto roditeljsko staranje, čiji roditelji nisu stekli poslovnu sposobnost ili im je ona oduzeta ili ograničena; čiji su roditelji odsutni, spriječeni ili nesposobni da se redovno staraju o svom djetetu, a nisu povjerili njegovo čuvanje i odgoj osobi za koju je organ starateljstva utvrdio da ispunjava sve uslove za staratelja.

usvojenja u FBiH, može pretpostaviti da su zvanični podaci o ovom obliku zaštite djeteta bez roditeljskog staranja mjerodavni i podudarni sa podacima nadležnog ministarstva, iako se u odredbama PZ FBiH, kako je to naprijed navedeno, kod definisanja usvojenja, umjesto djeca bez roditeljskog staranja, navode „djeca bez roditelja ili djeca bez odgovarajućeg roditeljskog staranja“, pri čemu isti zakon ne sadrži određenje „djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja“. Navedeno stanje, uz činjenicu da FZS takođe ne koristi pojam „djeca bez roditeljskog staranja“,[6] bilo je presudnog da se u ovom radu, kao mjerodavni, koriste zvanični podaci FZS, koji će kao takvi poslužiti za prezentiranje stanja, odnosno određenih pokazatelja, posebno u oblasti usvojenja.

Tabela broj 1: Broj djece bez roditeljskog staranja na području FBiH

Broj djece bez roditeljskog staranja	Godina				
	2017	2018	2019	2020	2021
Djeca bez oba roditelja	471	466	430	416	439
Djeca nepoznatih roditelja	24	33	27	16	15
Djeca napuštena od roditelja	500	456	423	406	402
Djeca roditelja spriječenih da vrše roditeljsku dužnost	518	530	528	631	660
Djeca roditelja lišenih roditeljskih prava	72	66	111	105	110
Ukupno	1595	1551	1519	1574	1626

Izvor: FZS, Statistički bilteni: 275/018, 295/019, 314/020, 333/021 i 351/202.

Podaci prezentirani u tabeli broj 1 pokazuju da je na području FBiH u posmatranom petogodišnjem periodu najveći broj djece bez roditeljskog staranja evidentiran u 2017. godini (1595) i 2021. godini (1626). Blagi pad, odnosno smanjenje broja ove skupine djece, posebno u odnosu na 2017. godinu, evidentiran je 2018. (1551) i 2019. godine (1519), što je najvećim dijelom uzrokovano smanjenjem broja djece bez oba roditelja i broja djece koja su napuštena od roditelja. U istom kontekstu, podatak da je u odnosu na prethodne tri godine u 2020. i 2021. godini evidentiran povećan broj djece čiji su roditelji spriječeni da obavljaju roditeljsku dužnost može se djelimično objasniti pojavom pandemije COVID-a koja je, pored ostalog, imala i još uvijek ima pogubne posljedice na mentalno zdravlje stanovništva. Navedenu pretpostavku djelimično potvrđuju i podaci koji se odnose na posljednje tri godine istraživanog perioda, gdje je evidentirano povećanje broja djece „čiji su roditelji lišeni roditeljskog prava“, odnosno

[6] U dijelu „Metodološka objašnjenja“ FZS u okviru naslova „Maloljetnici ugroženi porodičnom situacijom“, u skladu s odredbama Zakona o socijalnoj zaštiti FBiH navodi svih pet skupina djece bez roditeljskog staranja (vid. čl. 13. st. 1), s tim da u segmentu podataka o usvojenoj djeci tokom određene kalendarske godine, pored ove skupine djece navode se i „ostala djeca ugrožena porodičnom situacijom“. Vid. Statistički bilten, br. 351/22: 8 i 63.

čijim roditeljima je, prema odredbama PZ FBiH, izrečena najstrožija represivna mjera: „oduzimanje roditeljskog staranja“.

Tabela broj 2: Struktura djece bez roditeljskog staranja na području FBiH u odnosu na spol i starost (2021)

Djeca bez roditeljskog staranja	Starost i spol djece								Ukupno
	Do 7 godina		7–14		15–16		17–18		
	M	Ž	M	Ž	M	Ž	M	Ž	
Djeca bez oba roditelja	53	44	79	64	71	68	38	22	439
Djeca nepoznatih roditelja	4	4	2	-	1	1	2	1	15
Djeca napuštena od roditelja	60	64	65	67	65	31	22	28	402
Djeca spriječenih roditelja	155	87	121	115	62	66	22	32	660
Djeca roditelja lišenih roditeljskih prava	17	22	17	29	15	8	2	-	110
Ukupno	289	221	284	275	214	174	86	83	1626

Izvor: FZS, Statistički bilten broj 351/202.

Analiza prezentiranih podataka pokazuje da je u 2021. godini broj djece starosne dobi ispod sedam godina bio 510 djece, ili nešto manje od jedne trećine od ukupnog broja djece bez roditeljskog staranja (1626) na području FBiH. Navedeni podatak u kontekstu usvojenja djeteta je od posebne važnosti, budući da potencijalni usvojioci u većini žele usvojiti što je moguće mlađe dijete, nerijetko odmah po isteku zakonskog roka, tri mjeseca od njegovog rođenja.[7] Drugu, nešto veću, skupinu djece bez roditeljskog staranja u prezentiranim podacima čine djeca starosne dobi od sedam do 14 godina, ukupno 550 djece, što zajedno s 510 djece koja su mlađa od sedam godina iznosi 1069 djece, u odnosu na ukupan broj ove djece (1626) ili gotovo dvije trećine djece mlađe od 14 godina života. Ovaj podatak je očekivan budući da većina ove djece pripada dvjema skupinama djece bez roditeljskog staranja, prva čiji su roditelji/roditelj spriječeni da obavljaju roditeljsku dužnost (478 djece), najčešće zbog različitih duševnih oboljenja i druga, djeca koja su napuštena od strane roditelja (256). Uz navedeno, u okviru prezentiranih pokazatelja određenu pažnju skreće i podatak, za koji nemamo objašnjenje, da je u svih pet skupina djece bez roditeljskog staranja veći broj dječaka (873) i to 14% u odnosu na ukupan broj (753) djevojčica.

Tabela broj 3: Broj usvojene djece (potpuno i nepotpuno) na području FBiH (2017–2021)

Kategorija djece:	Potpuno (P) i nepotpuno (N) usvojena djeca					Ukupno
	Godina					
	2017	2018	2019	2020	2021	
Djeca bez oba roditelja	P. -	P. -	P. -	P. -	P. -	P. 0

[7] PZ FBiH, čl. 94, st. 1.

	N. 1	N. -	N. 1	N. -	N. -	N. 2
Djeca nepoznatih roditelja	P. 1 N. -	P. - N. 1	P. - N. -	P. - N. -	P. 2 N. -	P. 3 N. 1
Djeca napuštena od roditelja	P. 26 N. -	P. 25 N. -	P. 12 N. 2	P. 15 N. -	P. 19 N. -	P. 97 N. 2
Djeca roditelja lišenih roditeljskih prava	P. 4 N. -	P. - N. 1	P. 1 N. 1	P. 1 N. -	P. 6 N. -	P. 12 N. 2
Djeca roditelja spriječenih da vrše roditeljsku dužnost	P. 7 N. 2	P. 3 N. -	P. 2 N. -	P. 2 N. -	P. 2 N. -	P. 16 N. 2
Ostala djeca ugrožena porodičnom situacijom	P. - N. 1	P. 1 N. -	P. 3 N. 1	P. 1 N. -	P. - N. -	P. 5 N. 2
Ukupno	P. 38 N. 4	P. 29 N. 2	P. 18 N. 5	P. 19 N. 0	P. 29 N. 0	P. 133 N. 11
Ukupno	42	31	23	19	29	144

Izvor: FZS, Statistički bilteni brojevi: 275/018, 295/019, 314/020, 333/021 i 351/202.

Podaci sadržani u tabeli broj 3 pokazuju da je za istraživani petogodišnji period usvojeno 144 djece, od kojih nepotpuno njih 11, ili 15.84% od ukupnog broja zasnovanih usvojenja. U istom kontekstu, ukoliko broj usvojene djece (144), za isti istraživački period, uporedimo sa prosječnim brojem djece bez roditeljskog staranja (1573), dobijamo odgovarajuće pokazatelje o izrazito malom broju usvojenja, u prosjeku 29 usvojene djece godišnje. Ovo posebno što se usvojenje u odnosu na druge oblike zaštite djece bez roditeljskog staranja (starateljstvo, hraniteljstvo i smještaj u ustanove socijalne zaštite) u pravnoj teoriji, ali i iskustvu profesionalaca smatra najoptimalnijim oblikom. Razlozi za navedeno stanje su različiti. Oni se kreću u rasponu od zakonskih manjkavosti do neodgovarajuće politike usvojenja, npr. nepostojanje jedinstvene baze podataka o djeci koja su podobna za usvojenje i jedinstvene liste potencijalnih usvojilaca na nivou entiteta. U istom kontekstu, problem čini i u različitim zakonima nepostojanje jasnog i jedinstvenog određenja djeteta/djece bez roditeljskog staranja, što ima za posljedicu neujednačenosti u evidentiranju i praćenju osnovnih podataka o ovoj skupini djece u statističkim izvještajima od opštinskog do nivoa FBiH. Tako npr. statistički izvještaji/bilteni o socijalnoj zaštiti FZS, umjesto termina „djeca bez roditeljskog staranja“ koriste sintagmu „maloljetnici ugroženi porodičnom situacijom“, gdje su, u okviru „maloljetnih kategorija korisnika“ zajedno sa skupinama djece bez roditeljskog staranja koje su normirane u Zakonu o socijalnoj zaštiti FBiH[8], navedena djeca koja žive u siromaštvu, zlostavljena djeca, odgojno zanemarena djeca i zapuštena djeca itd.[9] Ovo posebno što se u podacima o usvojenje (vid. tabelu broj 3) u ukupnom broju djece za petogodišnji istraži-

[8] Zakon o osnovama socijalne zaaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodica sa djecom, *Službene novine FbiH*, br. 36/1999, 54/2004, 3972006, 14/2009, 7/2014 – odluka US BiH, 45/2016, 19/2017 – drugi zakon, 40/2018.

[9] FZS, Statistički bilten br. 351/22: 22.

vački period nalazi i sedmero djece (pet potpuno i dvoje nepotpuno usvojene djece) iz kategorije „ostala djeca ugrožena porodičnom situacijom“, koju nijedan zakon ne prepoznaje kao djecu bez roditeljskog staranja. Stoga je gotovo izvjesno da se u ukupnom broju ovo sedmero usvojene djece nalazi i jedan broj onih koji pripadaju skupini djece čiji su roditelji „lišeni roditeljskih prava“, budući da PZ FBiH normira mogućnost oduzimanja roditeljskog staranja na osnovu sudske odluke, npr. u slučajevima tjelesnog i duševnog nasilja nad djetetom.[10]

Uz navedeno, činjenica da se u podacima FZS, u „kategoriji“ djece koja su „ugrožena porodičnom situacijom“, navode i „djeca roditelja koji nemaju dovoljno prihoda za izdržavanje“, (u 2021, godini evidentirano je ukupno 21.642 takve djece),[11] ovdje se postavlja pitanje: da li se među usvojenom djecom nalazi i neko dijete koje je iz siromašne porodice, što je u suprotnosti s međunarodnim standardima.[12] Na tragu navedenog je i podatak da u 2021. godini, prema podacima FZS, nije evidentirano nijedno usvojeno dijete iz naprijed navedene skupine: „ostala djeca koja su ugrožena porodičnom situacijom“.

Problemi u vezi neusaglašenosti statističkih podataka postoje i kod starateljstva, kao obaveznog, primarnog oblika zaštite za svako pojedinačno dijete bez roditeljskog staranja. Tako npr. prema podacima FZS u 2021. godini od ukupno 1626 djece bez roditeljskog staranja (vid. tabelu broj 1), samo je njih 845 stavljeno pod starateljstvo,[13] što najvjerovatnije, govori o tome da centri za socijalni rad (dalje: CSR), bez obzira na zakonom propisanu obavezu, svu djecu bez roditeljskog staranja ne obuhvaćaju ovim oblikom zaštite. Ovakvo postupanje ima za posljedicu da veliki broj djece bez roditeljskog staranja ostaje bez neophodne zaštite, budući da je staratelj dužan da se kao roditelj brine o ličnosti, a naročito o zdravlju, obrazovanju i osposobljavaju djeteta za samostalan život i rad.[14] U istom kontekstu, treba istaći da navedeni podatak ne iznenađuje s obzirom da jedno od ranije provedenih istraživanja (Situaciona analiza o djeci pod rizikom od gubitka porodične brige i djeci bez roditeljskog staranja u Bosni i Hercegovini), takođe pokazuju da je samo „dvije trećine djece u sistemu alternativne brige bilo pod starateljstvom“ (2017: 72).

Sve navedeno, iako prezentirano u najkraćim crtama, bez sveobuhvatnog navođenja i analize svih odredaba PZ FBiH koje se odnose na usvojenje, pokazuje primjenu neodgovarajuće terminologije u predstavljanju

[10] Vid. čl. 154. PZ FBiH.

[11] Ukupan broj djece roditelja koji nemaju dovoljno prihoda za izdržavanje u 2021. godini na području FBiH bio je 21.642 djece (Statistički bilten br. 351/22: 22).

[12] Tač. 15. Smjernica.

[13] Vid. FZS Statistički bilten br. 351/22: 8, 22 i 62.

[14] PZ FBiH čl.187, st. 2.

statističkih podataka za određene skupine djece, kao i izrazito mali broj usvojene djece u odnosu na evidentirani broj djece bez roditeljskog staranja u okviru petogodišnjeg perioda istraživanja. S tim u vezi ovdje se postavljaju pitanja: zašto je navedeno stanje u oblasti usvojenja izrazito nepovoljno, koji su najčešći problemi i prepreke da se, s obzirom na velik broj potencijalnih usvojilaca, broj usvojene djece poveća? Odgovor na navedena pitanja, budući da za prezentirano stanje postoje brojni razlozi, počev od izrazito komplikovane procedura usvojenja, činjenice da sva djeca bez roditeljskog staranja nisu podobna za usvojenje, nerealnih želja/zahtjeva potencijalnih usvojilaca do nedovoljnog broja profesionalaca u CSR, loše aktualne politike usvojenja itd, nije nimalo jednostavan. Stoga je, u traženje adekvatnih odgovora na postavljena pitanja, pored sveobuhvatne analize zakonskih propisa i njihove primjene u praksi, te sagledavanja postojećeg stanje i realnih mogućnosti za prevazilaženje/ublažavanje prisutnih problema, u ovom radu provedeno empirijsko istraživanje koje je posebno fokusirano na potrebu mogućih izmjena PZ FBiH, u dijelu koji se odnosi na institutu usvojenja.

3. REZULTATI ISTRAŽIVANJA

Istraživanje o aktuelnoj politici zaštite djeteta bez roditeljskog staranja u FBiH u primjeni instituta usvojenja, kao posebnog oblika porodično pravne zaštite, ali i o potrebi mogućih izmjena odredaba PZ FBiH koje se odnose na usvojenje, provedeno je putem dva različita, namjenski konstruisana anketna upitnika za dvije grupe ispitanika. Prvu grupu ispitanika čine većinom socijalni radnici, ali i drugi profesionalci zaposleni u CSR na poslovima zaštite porodice i djece,[15] posebno u segmentu starateljstva i brige o djeci bez roditeljskog staranja. Drugu grupu ispitanika čine roditelji koji su usvojili dijete.[16]

Rezultati istraživanja dobijeni analizom odgovora, koje su ispitanici dali na postavljena pitanja sadržana u upitniku, u radu su prezentirani kao njihovi stavovi. Oni su, s jedne strane, zasnovani na iskustvu i stručnim kompetencijama profesionalaca, vezano za zasnivanje usvojenja djeteta u skladu s odgovarajućim zakonskim odredbama i teškoćama njihovog provođenja u praksi. S druge strane, odgovori roditelja/usvojioca, takođe zasnovani na stečenom iskustvu kroz postupak usvojenja i postojeće zakonske prepreke, posebno sadrže njihove stavove o potrebi mogućih izmjena aktuelnog zakonodavstva iz ove oblasti.

[15] Istraživanje je provedeno u CSR na području sljedećih kantona: Kanton Sarajevo, Zeničko-dobojski kanton i Hercegovačko-neretvanski kanton.

[16] Svi ispitanici (roditelji/usvojioci) žive na području Kantona Sarajevo.

Budući da se radi o dvije različite, „suprotstavljene“, grupe ispitanika, vjerujemo da će prezentiranje dobijenih rezultata jedne i druge grupe odvojeno doprinijeti ne samo boljem sagledavanja trenutne situacije u ovoj oblasti nego i boljem kristaliziranju mogućih prepreka, čime će se stvoriti određene pretpostavke da se, makar djelimično, utvrđeno stanje poboljša. Stoga, navedeno na prvom mjestu ima za cilj da se u svakom pojedinačnom slučaju, kod donošenja bilo koje odluke vezane za dijete, a posebno kod zasnivanja usvojenja djeteta princip najbolji interesi djeteta mora ispoštovati u najvećoj mogućoj mjeri.

3.1. Stavovi profesionalaca

3.1.1. Demografske karakteristike i educiranost ispitanika

Uzorak provedenog istraživanja s profesionalcima zaposlenim u CSR, koji rade na poslovima zaštite porodice i djece, čini 17 ispitanika. Njihova starosna dob je u prosjeku nešto veća od 38 godina života (najstariji ispitanik ima 64, a najmlađi ispitanik 31 godinu). Većina ispitanika su osobe ženskog spola (15), s tim da su pored socijalnih radnika, koji čine većinu ispitanika (12), ispitanici psiholozi, pedagozi (po dva) i pravnici (jedan). Prosjek godina staža ispitanika je nešto veći od 11 godina, najduži staž kod jednog ispitanika je 25 godina, a najkraći dvije godine.

Na pitanje: da li ste posebno educirani iz oblasti zaštite djece bez roditeljskog staranja i porodice pod rizikom od razdvajanja, samo osam ispitanika, od ukupno 17, odgovorilo je potvrdno. Isti broj ispitanika odgovorilo je negativno, a bez odgovora na anketno pitanje bio je jedan ispitanik.

Da sebe smatra dovoljno educiranim i kompetentnim za rad u oblasti zaštite djece bez roditeljskog staranja potvrdan odgovor dalo je 10 ispitanika, pet je odgovorilo negativno, a dva ispitanika nisu odgovorila na postavljeno pitanje.

Navedeni odgovori pokazuju da profesionalci u CSR angažovani na poslovima zaštite djece bez roditeljskog staranja imaju različite mogućnosti edukacije, što ima za posljedicu takođe različite nivoe stručnih kompetencija za rad s ovom izrazitom vulnerabilnom skupinom djece. U istom kontekstu, posebno zabrinjava podatak da je samo osam ispitanika odgovorilo da su posebno educirani iz oblasti socijalne zaštite, a da istovremeno, 10 ispitanika, od njih 17 smatra da su kompetentni i stručni za rad u ovoj oblasti. Stoga navedeni podatak više govori o subjektivnom mišljenju pojedinih ispitanika nego o njihovim stvarnim kompetencijama, iako je, uz kontinuirano usavršavanje/proširivanje novih znanja i vještina, cjeloživotno učenje danas neraskidivi dio uspješnog obavljanja svakog posla.

3.1.2. Praćenje i evidentiranje djece bez roditeljskog staranja u centrima za socijalni rad

Vođenje odgovarajuće evidencije o svakom pojedinačnom djetetu bez roditeljskog staranja predstavlja elementarnu pretpostavku njihovog praćenja, ali i uslov za uspostavu jedinstvene baze podataka, kako na nivou kantona i entiteta, tako i na nacionalnom nivou. S tim u vezi, jedinstvena baza podataka o djeci bez roditeljskog staranja treba sadržavati podatke o datumu, godini i mjestu rođenja, spolu, etničkoj pripadnosti, invaliditetu, razlozima gubljenja roditeljskog staranja, te oblicima zaštite kojima je dijete obuhvaćeno. Takođe, na nivou FBiH neophodno je utvrditi odgovarajuće procedure za kontrolu i provjeru pouzdanosti svih podataka, posebno u dijelu ažuriranja i kontinuiranog praćenja svakog djeteta pojedinačno.

Tabela broj 4: Vođenje dokumentacije o djeci bez roditeljskog staranja

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
		Da	Ne	Bez odgovora
1.a)	Da li ustanova u kojoj radite posjeduje odgovarajuće uputstvo o vođenju evidencije /dokumentacije djece bez roditeljskog staranja?	11	6	-
1.b)	Ukoliko posjedujete uputstvo da li je ono jedinstveno na području FBiH?	7	6	4
2.a)	Da li se u CZR u kojem radite prvi individualni plan zaštite za svako dijete bez roditeljskog staranja?	11	5	1
2.b)	Ukoliko postoji, da li se individualni plan zaštite djeteta bez roditeljskog staranja revidira?	11	6	-
3.	Da li vaša ustanova posjeduje urednu evidenciju po godinama, za svako pojedinačno dijete bez roditeljskog staranja?	17	-	-
4.	Da li vaša ustanova posjeduje jedinstvenu dokumentaciju za svu djecu bez roditeljskog staranja, posebno:	16	-	1
a)	Tačan datum smještaja u ustanovu/hraniteljsku porodicu;	17	-	-
b)	naziv ustanove u koju je dijete smješteno;	17	-	-
c)	da dijete ima teškoće u razvoju;	17	-	-
d)	podatke o staratelju djeteta	17	-	-
e)	podatke o broju kontakata bioloških roditelja i bližih srodnika s djetetom;	17	-	-
f)	podatke ko je donio odluku o razdvajanju djece od roditelja.	15	2	-
5.	Da li vaša ustanova vodi evidenciju o broju djece koja su pod rizikom razdvajanja od roditelja?	7	8	2

Prezentirani podaci pokazuju da jedan broj CSR ne posjeduju odgovarajuće uputstvo o vođenju evidencije/dokumentacije o djece bez roditeljskog staranja (od ukupno 17 ispitanika njih šest je odgovorilo negativno), pri čemu je sedam ispitanika odgovorilo da takvo uputstvo kao jedinstven dokument postoji na nivou FBiH. Stoga se ovdje može postaviti pitanje

vezano ne samo za validnost odgovora ispitanika i nivo njihove informiranosti nego i za prisustvo različitih praksi evidentiranja i vođenja dokumentacije o djeci bez roditeljskog staranja.

Većina ispitanika (11), od ukupno 17, navela je da CSR u kome su zaposleni redovno izrađuje individualni plan zaštite za svako pojedinačno dijete bez roditeljskog staranja, koji se uredno revidira. Budući da je obaveza izrade individualnog plana zasnovana na razvoju djetetovih kapaciteta, sposobnosti i poštovanja njegovog integriteta, kao i na održavanju kontakta sa vanjskim svijetom, te pripremi za život u budućnosti,[17] on za ovu skupinu djece predstavlja jedan od elementarnih uslova njihovog praćenja. Podatak da je više od jedne trećine ispitanika (6) na ovo pitanje odgovorilo negativno je zabrinjavajući.

S druge strane, na osnovu potvrdnog odgovora svih 17 ispitanika, može se zaključiti da CSR vode urednu evidenciju po godinama za svako pojedinačno dijete bez roditeljskog staranja, kao i da u okviru jedinstvene dokumentacije za ovu djecu raspolažu tačnim podacima o: datumu smještaja djeteta u ustanovu ili hraniteljsku porodicu; nazivu ustanove u kojoj je dijete smješteno; prisutnim teškoćama u razvoju djeteta; staratelju djeteta, te broju kontakata bioloških roditelja i bližih srodnika s djetetom. Jedino odstupanje zabilježeno je u odgovorima na pitanje: ko je donio odluku o razdvajanju djeteta od roditelja, budući da su dva ispitanika odgovorila negativno, odnosno da ustanova u kojoj rade ne raspolaže navedenim podatkom.

Dobijeni pokazatelji upućuju na zaključak da CSR, čak i u slučajevima kada raspolaže odgovarajućim uputstvom o vođenju evidencije o djeci bez roditeljskog staranja, koje bi trebalo biti jednako za sve CSR na području FBiH, evidenciju i dokumentaciju ove skupine djece ne vode po jedinstvenoj metodologiji. Uz navedeno, određenu pažnju skreće i podatak da jedan broj CSR ne izrađuje individualni plan zaštite za svako pojedinačno dijete bez roditeljskog staranja, što je utvrđeno i nekim ranije provedenim istraživanjima.[18] S druge strane, podatak da su svi ispitanici odgovorili da CSR raspolaže istim osnovnim podacima o djeci bez roditeljskog staranja, koji čine dio odgovarajuće dokumentacije za svako pojedinačno dijete, npr. podatke o broju kontakata bioloških roditelja i bližih srodnika s djetetom, upućuje na zaključak da ovaj dio obaveza CSR obavljaju profesionalno i odgovorno.

[17] Vid. Preporuku Komiteta ministara Vijeća Evrope, Rec(2005)5, upućenu državama članicama u vezi s pravima djece koja živi u rezidencijalnim ustanovama.

[18] Vid. Situaciona analiza o djeci pod rizikom od gubitka porodične brige i djeci bez roditeljskog staranja u BiH, gdje se konstatuje da samo 51.3% djece bez roditeljskog staranja ima individualni plan zaštite djeteta (2017: 37).

Budući da je većina ispitanika odgovorila da CSR u kome su zaposleni ne vodi evidenciju o broju djece koja su pod rizikom razdvajanja od roditelja, mogući zaključak je da ove ustanove, uz to što ne raspolažu jasno definisanim kriterijem za identifikaciju navedene djece, istovremeno ne rade u dovoljnoj mjeri na prevenciji njihove zaštite, što na prvom mjestu od socijalnih radnika zahtijeva rad „na terenu“.

3.1.3. Poštovanje principa najbolji interesi djeteta u praksi centara za socijalni rad

U pravnoj teoriji i stručnoj literaturi usvojenje se smatra najoptimalnijim vidom zaštite djeteta bez roditeljskog staranja, budući da se njime zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos između djeteta i usvojioca. U istom kontekstu, ključni kriterij za zasnivanja usvojenja, koji se mora ispoštovati je najbolji interes djeteta, koji je jedan od četiri vodeća principa KPD. Međutim, za razliku od navedenog, PZ FBiH decidno propisuje da se usvojenje može zasnovati samo ako je u interesu usvojenika (čl. 93. st. 1), bez navođenja pojma „najbolji/najboljem“, tako da ova odredba nije u potpunosti usklađena s normiranjem u KPD gdje se ističe da će države „koje priznaju i/ili dozvoljavaju usvojenje obezbjediti da najbolji interesi djeteta budu od ključnog značaja“ (čl. 21). Isti princip je naglašen i u Evropskoj Konvenciji o usvojenju djece (revidirana 2008), koja izričito obavezuje nadležno tijelo da ne odobri usvojenje „ako nije zadovoljen kriterij prema kojem usvojenje mora biti u najboljem interesu djeteta“ (čl. 4. st. 1), čime se posebno „daje mogućnost nadležnom tijelu da ne odobri usvojenje u slučaju kada dijete koje je sposobno formirati i izraziti vlastito mišljenje ne pristaje na usvojenje.“[19] Navedeni pristup je prihvaćen i u domaćem pravu tako da organ starateljstva ne može donijeti nijednu odluku koja nije u najboljem interesu djeteta-usvojenika.[20] Međutim, u praksi princip najboljih interesa djeteta, i pored jasnih spoznaja profesionalaca o obaveznosti njegovog poštovanja, u pojedinim slučajevima je teško ispoštovati, o čemu govore i u ovom istraživanju sljedeći stavovi profesionalaca:

Tabela broj 5: Poštovanje principa najbolji interesi djeteta

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
		Da	Ne	Bez odgovora
1.	Da li ste u svim slučajevima zbrinjavanja djeteta bez roditeljskog staranja u mogućnosti ispoštovati princip „najbolji	9	8	-

[19] B. Miković, „Europska konvencija o usvojenju (revidirana) i Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine“, *Dani porodičnog prava, Porodično pravo u eri globalizacije* 8/2020, 234.

[20] Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, *Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta – Vodič za profesionalce*, Sarajevo 2018, 54.

	interesi djeteta“?			
2.	Princip najbolji interesi djeteta se najčešće krši u sljedećim slučajevima:			
2.a)	Dijete s teškoćama u razvoju je gotovo uvijek obuhvaćeno institucionalnim smještajem	7	8	-
2.b)	Djeca mlađa od tri godine u većini su na institucionalnom smještaju	9	6	-
2.c)	Organizacije koje zbrinjavaju djecu bez roditeljskog staranja, npr. SOS Dječje selo BiH, primaju isključivo, ili gotovo isključivo djecu koja nemaju teškoće u razvoju	10	5	-
2.d)	Djeca odgovarajućeg uzrasta daju svoje mišljenje u vezi sa oblikom zaštite	15	2	-
2.e)	Potencijalni usvojitelji žele isključivo „zdravu“ djecu	15	1	-
2.f)	Mali broj djece s teškoćama u razvoju (oko_____%) smješten je u hraniteljske porodice	10	6	-
3.	Da li se u svim slučajevima zaštite djeteta bez roditeljskog staranja poštuje princip da se braća/sestre obuhvate istim oblikom zaštite, bez razdvajanja?	14	3	-

Podaci prezentirani u tabeli broj 5 pokazuju da je osam ispitanika, od ukupno njih 17, odgovorilo da u svim slučajevima zaštite i zbrinjavanja djeteta bez roditeljskog staranja nisu bili u mogućnosti ispoštovati princip najbolji interesi djeteta. Ovo se posebno odnosi na sljedeće skupine djece bez roditeljskog staranja: djecu s teškoćama u razvoju, djecu mlađu od tri godine koja su većinom smještena u institucije, djecu koja su obuhvaćena tzv. porodičnim modelom zaštite u okviru nevladinog sektora, koji izbjegava pružanje zaštite djetetu s teškoćama u razvoju. Slično postupanje postoji i kod usvojenja, s obzirom da potencijalni usvojioci isključivo žele „zdravo“ dijete, ali i kod smještaja djeteta s teškoćama u razvoju u hraniteljske porodice, koje u pojedinim slučajevima, takođe, ne žele primiti ovu djecu.

U istom kontekstu, najveći broj ispitanika (15) je naveo da se dijete odgovarajućeg uzrasta uvijek pita za mišljenje o primjeni određenog oblika njegove zaštite, te da se u svim slučajevima braća/sestre koji su bez roditeljskog staranja obuhvataju istim oblikom zaštite, bez razdvajanja.

Navedeni pokazatelji, iako nezadovoljavajući, najvjerovatnije odražavaju realno stanje o mogućnostima poštovanja najboljih interesa djeteta bez roditeljskog staranja, prilikom primjene nekog od oblika njegove zaštite/zbrinjavanja. Ovakvo stanje je zasigurno uzrokovano nizom različitih okolnosti. One su u ovom radu dijelimično već pobrojane, s tim da se poštovanje najboljih interesa djeteta bez roditeljskog staranja kod primjene nekog od oblika njegove zaštite, prema raspoloživim podacima, uvijek i u najvećoj mogućoj mjeri primjenjuje kod zasnivanja usvojenja.

3.1.4. Usvojenje djeteta: teškoće i prepreke

Za razliku od odgovarajućeg zakonodavstva BiH susjednih država, PZ FBiH normira dva oblika usvojenja djeteta: potpuno, do 10. godine života djeteta i nepotpuno, do navršene 18. godine života djeteta (čl. 101. i čl. 103. st. 1), s tim da je zasnivanje potpunog usvojenja, u odnosu na nepotpuno, znatno zastupljenije. Uz navedeno, za FBiH je karakteristično i to da je iz godine u godinu broj usvojene djece, u odnosu na broj djece bez roditeljskog staranja i broj potencijalnih usvojilaca izrazito nizak. Ovakvo stanje kontinuirano uzrokuje prisustvo nesporazuma na relaciji potencijalni usvojioci – profesionalci zaposleni u CSR. Ti nesporazumi ili bolje rečeno međusobna „optuživanja“ između profesionalaca, čiji bi osnovni kriterij kod zasnivanja usvojenja trebao biti najbolji interesi djeteta, i potencijalnih usvojilaca su različita. Profesionalci se najčešće pozivaju na zakonske prepreke i nerealne zahtjeve potencijalnih usvojilaca, posebno u vezi „odabira“ djeteta koje žele usvojiti, a potencijalni usvojioci na inertnost, nezainteresovanost i neprofesionalan odnos zaposlenih u CSR.

Tabela broj 6: Stavovi profesionalaca o mogućim razlozima malog broja usvojenja

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
1.	Koji su ključni razlozi malog broja usvojenja djece bez roditeljskog staranja u odnosu na broj potencijalnih usvojitelja:	Da	Ne	Bez odgovora
1.a)	želja potencijalnih usvojitelja da je dijete mlađe od jedne godine;	9	8	-
1.b)	da je dijete određenog spola;	-	17	-
1.c)	da dijete nije opterećeno nepovoljnom porodičnom anamnezom i nasljednim predispozicijama za određene bolesti;	11	4	2
1.d)	da biološki roditelji djeteta nisu pripadnici određenih etničkih skupina, npr. romske nacionalnosti;	14	3	-
1.e)	da nije dijete s teškoćama u razvoju/da je „zdravo“.	17		-
2.	da li se među potencijalnim usvojiocima pojavljuju osobe koji su već biološki roditelji?	8	9	-

Prezentirani podaci pokazuju da najveći broj ispitanika kao ključne razloge za mali broj zasnovanih usvojenja navodi da potencijalni usvojioci žele dijete: mlađe od jedne godine; da nije opterećeno nepovoljnom porodičnom anamnezom i nasljednim predispozicijama za određene bolesti; čiji biološki roditelji nisu pripadnici određenih etnički skupina, te da nema teškoće u razvoju/da je zdravo. Jednom riječju, većina ispitanika, u rasponu od 50% do 100%, u svojim odgovorima, kao ključne razloge za mali broj zasnovanih usvojenja navela je navedene razloge. Pri tome, činjenica da su samo tri ispitanika odgovorila da razlog malog broja usvojenja nije etničko porijeklo djeteta govori o, u bosanskohercegovačkom društvu, prisutnim predrasudama i stigmatizaciji nekih društvenih skupina. Uz navedeno, određenu pažnju u prezentiranim podacima skreću potvrdni odgo-

vori osam ispitanika/profesionalaca da se među potencijalnim usvojiocima nalaze osobe koje su biološki roditelji, što je u ovom istraživanju djelimično neočekivano.

Tabela broj 7: Evidencija i formiranje listi potencijalnih usvojilaca

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
		Da	Ne	Bez odgovora
1.	Da li na nivou FBiH postoji formirana lista potencijalnih usvojitelja	4	11	2
2.	Da li CSR raspolaže svojom listom potencijalnih usvojitelja	17	-	-
3.	Na koji način CSR formira listu potencijalnih usvojitelja:	Da	Ne	Bez odgovora
a)	Potencijalni usvojitelji podnose pisanu prijavu o namjeri usvojenja.	17	-	-
b)	Na neki drugi način (navesti koji): _____			
4.	Da li CSR potencijalnim usvojiocima prije stavljanja na listu izdaje neki dokument/potvrdu da su podobni za usvojenje, a potom ih stavlja na listu usvojioca?	7	9	1

Analiza odredaba o usvojenju u PZ FBiH upućuje na zaključak da se cjelokupna procedura usvojenja djeteta može podijeliti na dva dijela: prvi, koji se odnosi na period pripreme za usvojenje, od trenutka donošenja odluke potencijalnih usvojilaca da žele usvojiti dijete i podnošenja zahtjeva za usvojenje, i drugi, koji obuhvata sam čin zasnivanja usvojenja. S tim u vezi, među podacima prezentiranim u tabeli broj 7 odgovori četiri ispitanika, od ukupno njih 17, predstavljaju određeno iznenađenje, budući da su naveli da na nivou FBiH postoji formirana jedinstvena lista potencijalnih usvojilaca, koja zapravo ne postoji. Stoga, navedeni odgovori mogu upućivati na neozbiljan pristup ovih ispitanika prema anketnim pitanjima ili, što je vjerovatnije, na njihovu nedovoljnu informisanost, s obzirom da je svih 17 ispitanika odgovorilo da CSR raspolažu svojom listom potencijalnih usvojilaca. Navedenu pretpostavku potvrđuje i podatak preuzet iz Kombinovanog V i VI periodičnog izvještaja BiH o provođenju KPD: „Jedinstvena integrirana baza podataka pri centrima za socijalni rad u oba entiteta nije uspostavljena budući da za to ne postoji zakonsko uporište u važećim porodičnim zakonima. Međutim, centri za socijalni rad kao organi nadležni za provođenje postupka usvojenja imaju informacije o podobnosti za usvojenje djece s područja njihove mjesne nadležnosti, kao i podatke o licima koja su zainteresirana za usvojenje djeteta (domaći i strani državljani)“ (2017: 24).

Da potencijalni usvojioci podnose prijavu o namjeri usvojenja nadležnom CSR potvrdno je odgovorilo svih 17 ispitanika. Za razliku od navedenog, samo sedam ispitanika odgovorilo je da CSR, prije stavljanja na listu, potencijalnim usvojiocima izdaje odgovarajući dokument da su podobni za

usvojenje djeteta. Ovaj podatak upućuje na zaključak da CSR rade „na svoju ruku“ bez utvrđenih standarda i pravila.

Tabela broj 8: Edukacija usvojilaca

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
		Da	Ne	Bez odgovora
1.a)	Da li CSR raspolaže odgovarajućim programom edukacije i da li organizuje tzv. školu za usvojioce?	-	17	-
1.b)	Ukoliko CSR ne provodi edukaciju usvojilaca da li je po vašem mišljenju ona potrebna?	17	-	-

Prema odgovorima ispitanika, prezentiranim u tabeli broj 8, evidentno je da CSR ne raspolažu odgovarajućim programom edukacije i da ne organizuju škole za usvojioce, iako svih 17 ispitanika smatra da je to potrebno, što upućuje na zaključak da bi u izmjenama zakona trebalo normirati obaveznu edukacije usvojilaca, uz obavezu nadležnog ministarstva da na nivou FBiH donese jedinstvene standarde za evidentiranje potencijalnih usvojilaca. Uz navedeno, zakon bi takođe trebao normirati i obavezu formiranja jedinstvene liste potencijalnih usvojilaca na nivou FBiH, koja bi bila na raspolaganju svim CSR na području FBiH.

3.1.5. Potreba za zakonskim izmjenama

Posljednjih desetak godina u FBiH se kontinuirano govori, ali i čine određene pripreme za izmjene, odnosno donošenje novog socijalnog i porodičnog zakonodavstva, što je u oblasti socijalne zaštite, donošenjem Zakona o hraniteljstvu FBiH[21] i Zakona o materijalnoj podršci porodicama s djecom FBiH[22], djelimično i realizovano. Navedeni pristup potenciran je i u različitim dokumentima koji su usvojeni na nacionalnom nivou od strane najvećih organa vlasti, npr. Akcioni plan za djecu BiH (2011-2014)[23] koji je Vijeće ministara BiH usvojilo 2011. godine. U istom kontekstu, UN Komitet za prava djeteta, u okviru Zaključnih zapažanja Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine (2012), sugerisao je donošenje sveobuhvatnog zakona o pravima djeteta na nacionalnom nivou, koji bi u potpunosti obuhvatio principe i odredbe KPD i njenih fakultativnih protokola i sadržavao jasne smjernice za njihovu dosljednu primjenu na teritoriji države BiH (preporuka broj 10), što sve do danas nije realizovano.

[21] Zakon o hraniteljstvu, *Službene novine FBiH*, br. 19/17.

[22] Zakon o materijalnoj podršci porodicama s djecom u FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 52/22.

[23] Vijeće ministara BiH (2011): *Akcioni plan za djecu BiH 2011-2014*, *http://www.mhrr.gov.ba/ljudska_prava/djeca_bih/Akcioni%20plan%20za%20djecu%202011%202014.pdf*, 22. maj 2023.

Tabela broj 9: Stavovi ispitanika o mogućim izmjenama u PZ FBiH

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
		Da	Ne	Bez odgovora
1.	Da li smatrate da treba pristupiti izmjenama i dopunama odgovarajućeg zakonodavstva, posebno PZ FBiH u dijelu odredaba vezanih za zaštitu djece bez roditeljskog staranja?	17	-	-
2.	Da li bi po vašem mišljenju izmjene zakona trebale sadržavati sljedeće:	Da	Ne	Bez odgovora
a)	samostalan pristanak na usvojenje roditelja kome je oduzeta poslovna sposobnost ukoliko je u stanju razumjeti značenje i posljedice pristanka na usvojenje;	9	7	1
b)	da za roditelje koji duže vrijeme zloupotrebljavaju ili grubo krše roditeljsku odgovornost, dužnosti i prava ili svojim ponašanjem pokazuju nezainteresovanost za dijete, a koji odbijaju dati pristanak na usvojenje, nakon upozorenja CSR da usvojenje može biti zasnovano i bez njihovog pristanka, njihov pristanak bude zamijenjen odlukom suda;	15	2	-
c)	da se u okolnostima kod pristanka roditelja koji nisu u stanju izraziti svoju volju, jer su im mentalne sposobnosti trajno poremećene, pristanak može zamijeniti odlukom suda;	15	1	1
3.	Za zasnivanje usvojenja, po vašem mišljenju, potreban je pisani pristanak djeteta koje je navršilo 7 g. x 2 i 10 g. x 9 godina.	14	-	3
4.	Da li smatrate da odluku o pristanku na usvojenje djeteta pod starateljstvom, u slučajevima gdje je staratelj osoba zaposlena u CSR, treba donijeti sud?	7	10	-
5.a)	Da li po vašem mišljenju u PZ FBiH treba ukinuti nepotpuno usvojenje?	3	14	-
5.b)	Ako smatrate da nepotpuno usvojenje treba i dalje zadržati, da li potpuno usvojenje treba dozvoliti svoj djeci od 0-18 godina?	12	-	5

Prezentirani podaci pokazuju da je svih 17 ispitanika pozitivno odgovorilo na pitanje o potrebi izmjena odgovarajućeg zakonodavstva, posebno odredaba PZ FBiH u dijelu koji se odnosi na usvojenje djeteta. Pozitivan odgovor profesionalaca je iz više razloga očekivan. Jedan od njih je da se posebno u aktuelnom porodičnom i socijalnom zakonodavstvu djeca bez roditeljskog staranja različito određuju, što se direktno reflektuje na tačnost zvaničnih statističkih podataka, vezano za broj ove djece i oblike njihove zaštite. Drugi razlog je to što PZ FBiH kod normiranja, odnosno nabrajanja skupine djece koju treba staviti pod starateljstvo koristi pojam „maloljetnik“, a kod određenja instituta usvojenja pojam „dijete“, uz navođenje

samo dvije skupine djece bez roditeljskog staranja: „djeca bez roditelja“ i djeca „bez odgovarajućeg roditeljskog staranja“ (čl. 91). Treći razlog je što se u PZ FBiH u odredbama vezanim za usvojenje, posebno kod određenja uslova za zasnivanja usvojenja, umjesto „najbolji interesi djeteta“, navodi pojam „interes djeteta/usvojenika.“[24] Takođe, vezano za potrebu izmjena odredaba PZ FBiH, najveći broj ispitanika odgovorio je da pristanak roditelja na usvojenje, u situacijama navedenim u pitanju 2 b, nakon upozorenja CSR da usvojenje djeteta može biti zasnovano i bez njihovog pristanka, treba zamijeniti odluka suda; da roditelj kome je oduzeta poslovna sposobnost, ukoliko je u stanju razumjeti značenje i posljedice može dati samostalan pristanak na usvojenja djeteta; da se odlukom suda može zamijeniti pristanak roditelja koji nisu u stanju izraziti svoju volju jer su im mentalne sposobnosti trajno poremećene; da potpuno usvojenje treba dozvoliti svoj djeci od 0-18 godina.

Većina ispitanika, pored opredjeljenja da u zakonu treba zadržati mogućnost nepotpunog usvojenja, smatra da je za zasnivanje usvojenja potreban pisani pristanak djeteta koje je navršilo 10 godina, te da odluku o pristanku na usvojenje djeteta pod starateljstvom, u slučajevima gdje je staratelj osoba zaposlena u CSR i dalje donosi CSR, a ne sud (10). S tim u vezi, iako PZ FBiH normira: „Ako je staratelj osoba zaposlena u organu starateljstva pristanak na usvojenje daje staratelj za posebne slučajeve“ (čl. 100. st. 2), cijenimo, s obzirom na činjenicu da se CSR pojavljuje u više kontradiktornih uloga među kojima je to da je on jedino tijelo koje vrši kontrolu nad radom staratelja kojeg je sam imenovao u navedenom slučaju iz reda zaposlenika, da bi odluku o usvojenju trebao donijeti sud, za šta se opredijelilo i sedam ispitanika od ukupno njih 17.

3.2. Stavovi roditelja/usvojilaca

3.2.1. Demografske karakteristike ispitanika

Uzorak istraživanja obuhvata osam ispitanika/roditelja koji su usvojili dijete. Svi ispitanici imaju mjesto prebivališta na području Kantona Sarajevo. Prosječna starost roditelja/usvojioca u vrijeme usvojenja djeteta bila je oko 39 godina, s tim što je prosjek godina života očeva bio nešto viši od 40 godina, a majki nešto manji od 39 godina. Kod najstarijeg bračnog para životna dob majke bila je 40 godina, a oca 45 godina. Najmlađi bračni par bili su majka od 36 godina i otac od 37 godina starosti. Samo jedna ispita-

[24] Izuzetak od navedenog je dio PZ FBiH čl. 110, st. 2 koji se odnosi na postupak zasnivanja usvojenja, gdje se kod smještaja djeteta u porodicu budućih usvojilaca uz nadzor organa starateljstva navodi da se time utvrđuje da li je usvojenje u najboljem interesu djeteta.

nica, koja nije u braku, u vrijeme usvojenja djeteta imala je 45 godina života.

Većina roditelja/usvojioca ima fakultetsko obrazovanje (šest majki i četiri oca), sa višom školom su jedna majka i jedan otac, dok srednju školu ima jedna majka i dva oca. Svih sedam očevi i pet majki su zaposleni. Također, svi ispitanici prije i poslije usvojenja djeteta nisu imali/dobili biološku djecu. Jedan bračni par je usvojio dvoje djece (biološki brat i sestra). Većina ispitanika (šest) je navelo da želi usvojiti još djece. Od osam ispitanika njih sedam je potpuno usvojilo dijete.

3.2.2. Motiv usvojenja i karakteristike djeteta vezane za želje potencijalnih usvojilaca

Kao osnovni motiv za donošenje odluke o usvojenju djeteta, dva ispitanika su navela da žele „jednom djetetu bez roditeljskog staranja pružiti ljubav, dom i sigurnu egzistenciju.“ Ostalih šest ispitanika kao ključni motiv usvojenja djeteta navelo je potrebu/želju za roditeljstvom, budući da ne mogu imati biološku djecu.

Tabela broj 10: Karakteristike djeteta koje su posebno važne za potencijalne usvojioce

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
1.	Prilikom usvojenja bilo Vam je važno:	Da	Ne	Bez odgovora
a)	da je dijete određenog spola,	1	6	1
b)	da je staro: što manje mjeseci x 1 godina x 3.	-	-	4
c)	starost djeteta mi nije bila bitna,	4	3	1
d)	da dijete nije opterećeno nepovoljnom porodičnom anamnezom i nasljednim predispozicijama za određene bolesti,	5	3	-
e)	da biološki roditelji djeteta nisu pripadnici određenih etničkih skupina npr. romske nacionalnosti,	4	3	1
f)	da dijete nema teškoće u razvoju/da je „zdravo“	7	1	-

Odgovori ispitanika prezentirani u tabeli broj 10 upućuju na zaključak da je potencijalnim usvojiocima od posebne važnosti sljedeće: starosna dob djeteta, što je moguće niža; da dijete nije opterećeno nepovoljnom porodičnom anamnezom i nasljednim predispozicijama za određene bolesti; da biološki roditelji djeteta nisu pripadnici određenih etničkih skupina i posebno da dijete nema teškoće u razvoju, odnosno da je zdravo. Najmanje važan bio je spol djeteta (šest ispitanika). Ukoliko navedene odgovore roditelja/usvojioca uporedimo s odgovorima profesionalaca može se zaključiti da se oni najvećim dijelom podudaraju u sljedećem: da potencijali usvojioci žele dijete što mlađe životne dobi, koje nije opterećeno nepo-

voljnom porodičnom anamnezom i nasljednim predispozicijama za određene bolesti, da biološki roditelji djeteta nisu pripadnici određenih etničkih skupina te da dijete nema teškoće u razvoju/“da je zdravo“ (vid. tabelu. broj 6). Navedena analiza pokazuje da prisutna uvjerenja socijalnih radnika o „željama“ potencijalnih usvojilaca u vezi sa određenim karakteristikama djeteta koje žele usvojiti imaju osnovu, što djelimično može biti jedan od razloga malog broja usvojene djece u FBiH.

3.2.3. Pravo djeteta da zna porodično porijeklo

Tabela broj 11: Stavovi roditelja o pravu djeteta da zna porodično porijeklo i da je usvojeno

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
1.	Da je usvojeno dijete zna:	Da	Ne	Bez odgovora
a)	Od najranije dobi,	3	-	5
b)	Od: 4(x1), 5(x1), 7(x1), 6-7(x2) godine.			3
2.	Da li znate ko su biološki roditelji Vašeg djeteta?	4	4	-
3.	Da li biste Vašem djetetu, na njegov zahtjev ili zahtjev njegovih bioloških roditelja, dopustili, omogućili međusobno upoznavanje?	6	2	-

Prezentirani podaci pokazuju da je na vrlo osjetljivo pitanje od koje godine života dijete zna da je usvojeno, većina ispitanika je odgovorila da je to period između 4 i 7 godina djeteta, s tim da je svih osam roditelja usvojene djece ispoštovalo pravo djeteta da zna da je usvojeno.[25]

S druge strane, na pitanje: da li znate ko su biološki roditelji vašeg djeteta, od ukupno osam ispitanika, njih četiri su odgovorila potvrdno i isto toliko (četiri) ispitanika da ne zna ko su biološki roditelji njihovog djeteta. Podatak da 50% ispitanika zna ko su biološki roditelji djeteta koje su usvojili nije iznenađujući, budući da prema odredbama PZ FBiH uvid u spise predmeta o usvojenju, pored ostalih, ima i usvojioc (čl. 112, st. 3).

Na pitanje: Da li biste vašem djetetu, na njegov zahtjev ili zahtjev njegovih bioloških roditelja, dopustili/omogućili međusobno upoznavanje, većina ispitanika (šest) je odgovorilo potvrdno, s tim da je jedan od roditelja naveo „isključivo na zahtjev djeteta“. Negativan odgovor na postavljeno pitanje dala su dva ispitanika, koji najvjerovatnije nisu upoznati s tim da je, prema odredbama PZ FBiH, organ starateljstva dužan dopustiti uvid u spise predmeta maloljetnom usvojeniku ukoliko utvrdi da je to u njego-

[25] Prema odredbama PZ FBiH čl. 94, st. 1 dijete se ne može usvojiti prije isteka tri mjeseca od njegovog rođenja), s tim da s usvojioci „dužni upoznati dijete da je usvojeno najkasnije do njegove sedme godine života, odnosno odmah nakon zasnivanja usvojenja ako je usvojeno starije dijete“ (čl. 92, st. 2).

vom interesu (čl. 112. st. 4).[26] Drugim riječima, odgovornost za to da li će dijete prije punoljetstva saznati svoje porodično porijeklo, odnosno ko su njegovi biološki roditelji je na organu starateljstva. On je u svakom pojedinačnom slučaju dužan procijeniti da li je to u najboljem interesu djeteta, što je izrazito zahtjevna i kompleksna obaveza. Ovo se naročito odnosi na određene slučajeve, npr. kada je biološki roditelj djeteta osoba s društveno negativnim ponašanjem ili kada je dijete začeto u okolnostima silovanja ili incesta, gdje postoji mogućnost negativnog uticaja na dijete ukoliko sazna neočekivane podatke. Stoga je u ovakvim slučajevima neophodno, prije uvida djeteta u spise, takve podatke izdvojiti iz dokumentacije, odnosno predmeta o usvojenju.[27]

3.2.4. Procedura usvojenja

Tabela broj 12: Stavovi ispitanika o proceduri usvojenja

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
1.	Na koji način ste se prijavili CSR za usvojenje:	Da	Ne	Bez odgovora
1.a)	podnošenjem pisane prijave,	8	-	-
1.b)	pisanu prijavu ste podnijeli CSR shodno Vašem mjestu prebivališta,	4	-	4
1.c)	na neki drugi način_____.	1	1	6
2.	Da li ste od CSR prije stavljanja na listu potencijalnih usvojilaca dobili neki dokument/potvrdu da ste podobni za usvojenje djeteta?	4	4	-
3.	Da li Vam je za usvojenje djeteta bila neophodna „veza“?	2	6	-
4.	Da li ste da bi skratili period čekanja dali neki oblik mita, npr. novac, zlato ili drugu vrstu poklona?	-	8	-
5.	Da li smatrate da je za usvojioce potreban neki oblik edukacije npr. tzv. škole za usvojioce?	5	3	-

Odgovori svih osam ispitanika koji su prezentirani u tabeli broj 12, pokazuju da su kao potencijalni usvojioci CSR podnijeli pisanu prijavu da žele usvojiti dijete, što se u potpunosti podudara s odgovorom profesionalaca (vid. tabelu broj 7). Da su navedenu prijavu CSR podnijeli shodno njihovom mjestu prebivališta pozitivno su odgovorila četiri ispitanika, s

[26] Vid. B. Miković, „Tajnost usvojenja i pravo djeteta na saznanje vlastitog porijekla u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu”, *Sarajevo Social Science Review/Sarajevski žurnal za društvena pitanja* 1/2020, 109–123. Dostupno na: *https://sssr.fpn.unsa.ba/wp-content/uploads/2021/03/SSSR-br.1-2020.-e-izdanje.pdf.*

[27] Vid. Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta (2018: 56).

tim da isti broj ispitanika nije odgovorio na ovo pitanje. To može upućivati na zaključak da potencijalni usvojioci „obilaze“ CSR širom BiH tražeći dijete koje je podobno za usvojenje ali i način da što je moguće prije pristupe postupku zasnivanja usvojenja. Navedenu pretpostavku potvrđuje i sljedeći odgovor jednog od ispitanika: „CSR nisu uvezani, te se ne može doći do jedinstvenog spiska djece koja se mogu usvojiti što dovodi do toga da potencijalni usvojioci moraju sami obilaziti pojedinačno CSR...“

Podatak da je pola (četiri) od ukupnog broja (osam) ispitanika prije stavljanja na listu potencijalnih usvojilaca dobilo odgovarajuću potvrdu o podobnosti za usvojenje gotovo u cijelosti se podudara sa odgovorima profesionalaca (vid. tabelu broj 7), što opet upućuje na zaključak da CSR na području FBiH različito pristupaju proceduri utvrđivanja listi potencijalnih usvojilaca.

Na pitanje: da li vam je za usvojenje djeteta bila neophodna „veza“, potvrdno su odgovorila samo dva ispitanika, s tim da su svi ispitanici naveli da nije bilo potrebe za davanje nekog oblika mita, kako bi skratili period čekanja za zasnivanje usvojenja. Ovaj podatak pokazuje da u CSR, odnosno opštinskim službama socijalne zaštite na području Kantona Sarajevo, gdje žive svi ispitanici, suprotno u javnosti prisutnom uvjerenju, kod usvojenja djeteta ne postoji nijedan oblik mita i korupcije.

Budući da je većina ispitanika (pet) odgovorila da je za usvojioce potreban određeni oblik edukacije, npr. škole za usvojioce, navedeni stav, koji se takođe podudara sa stavovima profesionalaca (vid. tabelu broj 8), treba shvatiti kao mjerodavan, posebno što su svi ispitanici/roditelji usvojene djece, unazad više godina. U istom kontekstu, odgovori ispitanika na pitanje koliko dugo ste čekali na zasnivanje usvojenja, upućuju na zaključak da taj period iznosi u prosjeku nešto više od devet mjeseci (tri ispitanika su odgovorila da je to bio period od šest mjeseci, jednu i oko jednu i pol godinu čekanja naveli su po jedan ispitanik, tri ispitanika nisu odgovorila na postavljeno pitanje).

Navedeno, s obzirom na izrazito zahtjevnu zakonsku proceduru i u PZ FBiH normirani kriterij da se usvojenje može zasnovati samo ako je u interesu usvojenika (čl. 93. st. 1), upućuje na zaključak da je prosjek od devet mjeseci za okončanje postupka usvojenja, gotovo optimalan vremenski period, posebno ako se ima u vidu obavezna primjena probnog/preadoptivnog perioda od šest mjeseci, kako je to propisano PZ FBiH.

3.2.6. Zakonske izmjene

Tabela broj 13: Stavovi ispitanika o mogućim izmjenama PZ FBiH

R. br.	Pitanja:	Odgovori:		
		Da	Ne	Bez odgovora

1.a)	Da li potpuno usvojenje treba omogućiti svoj djeci od 0-18 godina života, ukoliko ispunjavaju zakonom propisane uslove?	8	-	-
1.b)	Da li u zakonu treba zadržati „nepotpuno usvojenje“?	2	6	-
2.	Da li smatrate da probni/preadoptivni smještaj[28] djeteta treba:			
a)	ukinuti,	1	-	-
b)	zadržati,	4	-	-
c)	smanjiti,	3	-	-
d)	produžiti.	-	-	-

Prezentirani podaci pokazuju da je svih osam ispitanika jedinstveno u stavu da se u izmijenjenom PZ FBiH treba normirati da se potpuno može usvojiti dijete do navršenih 18 godina života, što se podudara i sa stavovima većine ispitanika/profesionalaca (vid. tabelu broj 9). S druge strane, za razliku od profesionalaca koji su većinom stava, više od tri četvrtine ispitanika, da institut nepotpunog usvojenja u PZ FBiH ne treba ukinuti (vid. tabelu broj 9), ispitanici/roditelji usvojene djece su, gotovo u istom omjeru kao i ispitanici/profesionalci, odgovorili suprotno: da nepotpuno usvojenje u izmijenjenom PZ FBiH treba ukinuti.

Na pitanje o probnom/preadoptivnom smještaju djeteta u porodicu budućih usvojilaca odgovori ispitanika su različiti. Većina njih je stava da ovaj institut treba zadržati uz smanjenje perioda njegovog trajanja (sedam ispitanika). U vezi s navedenim možda bi u izmijenjenim odredbama PZ FBiH umjesto fiksnog perioda od 6 mjeseci, trebalo normirati da period probnog smještaja djeteta traje „do 6 mjeseci“. Time se organu starateljstva daje mogućnost da, npr. u slučajevima kada su između djeteta i potencijalnih usvojioca postojali raniji susreti, koji ukazuju na trajnost, skrati probni period, ako je to u najboljim interesima djeteta.[29] Ovo posebno što su prezentirani stavovi o smanjenju trajanja probnog smještaja većine ispitanika/roditelja koji su usvojili dijete možda najmjerodavniji pokazatelj opravdanosti primjene ovog instituta, čija je ključna namjena utvrđivanje najboljih interesa djeteta. U istom kontekstu, Evropska konvencija o usvojenju (2008), o primjeni ovog instituta ostavlja slobodu procjene svakoj državi članici i ne propisuje njegovo vremensko trajanje, nego ističe da bi probni smještaj trebao trajati dovoljno dugo da nadležni organ ima mogućnost napraviti razumnu procjenu o budućim odnosima usvojioca i usvojenika ukoliko se usvojenje odobri (čl. 19). Budući da su u vezi sa probnim

[28] Prema odredbama PZ FBiH, organ strateljstva će prije donošenja rješenja o zasnivanju usvojenja bez naknade smjestit dijete u porodicu budućih usvojilaca na period od šest mjeseci. Za vrijeme trajanja ovog smještaja dijete će biti pod osobnim nadzorom organa starateljstva kako bi se utvrdilo da li je usvojenje u njegovom najboljem interesu (čl. 110, st. 1. i 2).

[29] D. Ćeranić, „Probni smještaj u postupku za zasnivanje usvojenja“, *Dani porodičnog prava, Porodica u aktuelnom pravnom i društvenom kontekstu* 10/2022, 315.

smještajem u porodicu budućih usvojilaca djeteta iskustva socijalnih radnika u FBiH izrazito pozitivna, kao i da, prema raspoloživim podacima, sve do danas nije evidentiran nijedan slučaj njegove primjene koji je završio neuspjehom, ovaj institut bi u porodičnom zakonu trebalo zadržati.

4. ZAKLJUČAK

Analiza odgovarajućih odredaba, koje se u relevantnim zakonima FBiH odnose na određenje djeteta bez roditeljskog staranja, pokazala je da se ova skupina djece određuje različito. Navedeno stanje se neminovno reflektuje posebno na zvanične statističke podatke FZS, ali i na sistem dječje zaštite i upravljanje podacima o ovoj skupini djece u FBiH. Uz navedeno, na statističke podatake utiče i nepostojanje jedinstvene metodologije evidentiranja i praćenja djece bez roditeljskog staranja na nivou FBiH, što pored različitog evidentiranja na nivou opština i kantona, dovodi do stanja da sva djeca bez roditeljskog staranja nisu obuhvaćena starateljstvom kao primarnim oblikom porodično pravne zaštite. Stoga bi određenje djece bez roditeljskog staranja u različitim zakonima FBiH trebalo uskladiti s određenjem koje je sadržano u UN Smjernicama za alternativnu brigu o djeci. Sve pobrojano usložnjava i u odredbama PZ FBiH upotreba različitih termina za istu skupinu djece. Tako, na primjer, kod određenja starateljstva i navođenja više skupina djece koju treba staviti pod starateljstvo, umjesto pojma „dijete“, isti zakon koristi pojam „maloljetna osoba“, s tim da se uporedno pravnom analizom može zaključiti da se ova skupina „maloljetnika“ gotovo u cijelosti podudara sa skupinom djece koja se u Zakonu o socijalnoj zaštiti FBiH određuju kao „djeca bez roditeljskog staranja“. Problem čini i to da PZ FBiH kod određenja usvojenja koristi pojmove „dijete bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja“, pri čemu ni u jednom od svojih članova ne određuje „dijete bez odgovarajućeg roditeljskog staranja“, ali takođe i ne navodi pojam „djeca bez roditeljskog staranja“. PZ FBiH, takođe, suprotno odredbama KPD, samo u jednom članu navodi cjelovit naziv jednog od ključnih principa KPD: „najbolji interesi djeteta“, dok druge odgovarajuće odredbe ovog zakona, čak i kod određenja usvojenja, sadrže njegovo djelimično navođenje: „interes djeteta“, što takođe treba uskladiti sa punim nazivom ovog principa, kako je to normirano u KPD.

Navedeno stanje, uz činjenicu da je aktuelni PZ FBiH prvi zakon donesen na nivou FBiH unazad gotovo dvije decenije, bilo je ključni razlog za provođenje odgovarajućeg istraživanja o potrebi njegove izmjene u dijelu koji se odnosi na usvojenje djeteta. S tim u vezi, rezultati provedenog istraživanja, kojim su obuhvaćene dvije skupine ispitanika: profesionalci zaposleni u CSR i roditelji usvojene djece, nedvojbeno su potvrdili navedeno. U ovom kontekstu, moguće izmjene se posebno odnose na slje-

deće: omogućiti samostalni pristanak na usvojenje djeteta roditelju kojem je oduzeta poslovna sposobnost ukoliko je u stanju razumjeti značenje i posljedice usvojenja; da kod roditelja koji duže vrijeme zloupotrebljavaju ili grubo krše roditeljsku odgovornost, dužnosti i prava ili svojim ponašanjem pokazuju nezainteresovanost za dijete, a koji odbijaju dati pristanak na usvojenje, nakon upozorenja CSR da usvojenje može biti zasnovano i bez njihovog pristanka, njihov pristanak bude zamijenjen odlukom suda; da se u okolnostima kod pristanka roditelja koji nisu u stanju izraziti svoju volju, jer su im mentalne sposobnosti trajno poremećene, pristanak može zamijeniti odlukom suda; omogućiti potpuno usvojenje djeteta do 18 godina života; normirati obavezu provođenja edukacije usvojilaca; da se, umjesto fiksnog perioda od šest mjeseci za smještaj djeteta u porodicu budućih usvojilaca, normira da taj period traje do šest mjeseci.

Uz navedeno, kod izmjena PZ FBiH treba razmotriti i sljedeće: mogućnost ukidanja nepotpunog usvojenja; da odluku o pristanku na usvojenje djeteta pod starateljstvom čiji je staratelj osoba zaposlena u CSR, donosi sud; da je za zasnivanje usvojenja potreban pisani pristanak djeteta starijeg od 10 godina; da organ starateljstva prije navršene sedme godine usvojenog djeteta provjerava da li je ispoštovano njegovo pravo da zna da je usvojeno; da se na osnovu iskustva mnogih zemalja, cjelokupni postupak usvojenja djeteta podjeli na pripremni postupak, koji bi bio povjeren CSR i postupak zasnivanja usvojenja, gdje konačnu odluku o usvojenju donosi sud.

Za očekivanje je da će prezentirani rezultati istraživanja, makar djelimično, doprinijeti osavremenjivanju i većoj usklađenosti s međunarodnim standardima PZ FBiH, koji ne samo u odredbama vezanim za institut usvojenja treba imati brojne izmjene što upućuje i na mogućnost donošenja novog PZ FBiH kao jednog od optimalnih rješenja.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Ćeranić, Dimitrije, „Probni smještaj u postupku za zasnivanje usvojenja“, *Dani porodičnog prava, Porodica u aktuelnom pravnom i društvenom kontekstu* 10/2022;
2. Miković, Borjana „Europska konvencija o usvojenju (revidirana) i Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine“, *Dani porodičnog prava, Porodično pravo u eri globalizacije* 8/2020;
3. Miković, Borjana „Tajnost usvojenja i pravo djeteta na saznanje vlastitog porijekla u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu”, *Sarajevo Social Science Review/Sarajevski žurnal za društvena pitanja* 1/2020, Dostupno

na: *https://sssr.fpn.unsa.ba/wp-content/uploads/2021/03/SSSR-br.1-2020.-e-izdanje.pdf*.

Pravni propisi i dokumenti

1. Porodični zakon FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05, 31/14 i 32/19;
2. Zakon o hraniteljstvu, *Službene novine FBiH*, br. 19/17;
3. Zakon o materijalnoj podršci porodicama s djecom u FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 52/22;
4. Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 45/16 i 40/18;
5. Federalni zavod za statistiku, Statistički bilteni brojevi: 275/018, 295/019, 314/020, 333/021 i 351/202;
6. Situaciona analiza o djeci pod rizikom od gubitka porodične brige i djeci bez roditeljskog staranja u Bosni i Hercegovini (2017). Dostpno na: *https://www.unicef.org/bih/media/586/file/Situaciona%20analiza:%20Djeca%20bez%20roditeljskog%20staranja.pdf*, 30. juni 2023.
7. Smjernice za procjenu i utvrđivanje najboljeg interesa djeteta, Vodič za profesionalce (2018), *http://www.mhrr.gov.ba/PDF/djeca/Smjernice%-20knjizni%20blok-HR.pdf*, 30. juni 2023.
8. UN (1989): Konvencija o pravima djeteta, *Sl. list RBiH*, br. 2/92 i 13/94;
9. UN (2009): Smjernice za alternativno zbrinjavanje djece (A/HRC/11/L.13), *https://sos-ds.ba/wp-content/uploads/2021/04/Smjernice-za-alternativno-zabrinjavanje-djece.pdf*, 30. juni 2023.
10. UN Komitet za prava djeteta (2012): Zaključna zapažanja Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, CRC/C/OPAC/BIH/CO2-41, *http://www.mhrr.gov.ba/PDF/djeca/Bosanska%20v%20FINAL%20prevod%20ISPRAVNE%20VERZIJE1.pdf*, 22. maj 2023.
11. Vijeće Evrope (2005) Preporuka Komiteta ministara upućenu državama članicama u vezi s pravima djece koja živi u rezidencijalnim ustanovama, broj Rec(2005)5.
12. Vijeće Europe (2008): *Europska konvencija o usvojenju (revidirana), http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm*, 23.12.2013.
13. Vijeće ministara BiH (2009): *Kombinovani V i VI periodični izvještaj Bosne i Hercegovine o provođenju Konvencije o pravima djeteta*, *http://www.mhrr.gov.ba/ljudska_prava/djeca_bih/Kombinovani%20V%20i%20VI%20periodicni%20izvjestaj%20BiH.pdf*, 22. maj 2023.
14. Vijeće ministara BiH (2011): *Akcioni plan za djecu BiH 2011-2014, http://www.mhrr.gov.ba/ljudska_prava/djeca_bih/Akcioni%20plan%20za%20djecu%202011%202014.pdf*, 22. maj 2023.

Associate Professor Borjana Miković, LL.D.

Faculty of Political Science, University of Sarajevo

ADOPTION OF CHILDREN IN THE FAMILY LAW OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA–THE NEED FOR AMENDMENTS TO THE LEGAL PROVISIONS AND ADOPTION POLICY

Summary

In addition to defining the child, the child without parental care and the adoption institute, the paper analyzes the "conflict" between potential adopters and professionals employed in social work centers. The said conflict is related to the large number of those who want to adopt a child compared to the small number of adopted children. Professionals most often refer to legal obstacles in the process, while the potential adopters point to inertness, i.e., lack of interest of professionals and inappropriate adoption policy. In the wake of these "accusations", the paper presents the results of research conducted with two groups of respondents: social workers, who are engaged in the protection and care of children without parental care, according to their best interests, social work centers, and parents who have adopted a child.

Key words: *Children without parental care; Guardianship; Adoption; Adoptive parents; Professionals; Center for social work.*

УДК/UDC 347.51
616.98:578.834]:615.371:347.51
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Научни сарадник др Богдана Стјепановић

Институт за упоредно право, Београд

ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА ВАКЦИНА ПРОТИВ COVID 19 ЗА ШТЕТНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ИЗАЗВАНЕ ВАКЦИНАЦИЈОМ

До појаве вакцина против COVID 19 нове вакцине су морале да прођу кроз опсежна, вишегодишања безбедоносна тестирања пре него што буду одобрене и примењене. Узимајући у обзир да су вакцине против COVID 19 засноване на новим технологијама (мРНА и ДНК вакцине) очекивано је било да сам процес тестирања буде дужи у односу на вакцине које су засноване на деценијама постојећим технологијама. Драматично убрзан процес производње вакцина против COVID 19 (свега пар месеци) створио је изгледе да постојеће вакцине или нису ефикасне против самог вируса или да носе озбиљне здравствене ризике, што се и испоставило у бројним нежељеним ефектима који су уследили након вакцинације и који се и даље јављају.

Са појавом нежељених ефеката јавило се и питање одговорности за исте. Различити правни системи различито регулишу питање одговорности за нежељене ефекте узроковане вакцинацијом. У свету је уочљив тренд ослобођења од грађанскоправне одговорности произвођача вакцина и установљавање по fault система одговорности, уз примену посебних програма накнаде за штетне последице изазавне вакцинацијом.

У раду истражујем основаност ослобођења од грађанскоправне одговорности произвођача вакцина и примењивост постојећих програма накнаде за повреде изазване вакцинама против COVID 19.

Кључне речи: COVID 19; Вакцинација; Грађанскоправна одговорност; Фармацеутске компаније; Програми накнаде за штетне последице вакцинације.

Богдана Стјепановић, *b.stjepanovic@iup.rs*.

1. УВОД

Вакцине са собом носе ризик од нежељених ефеката, од мањих и уобичајених (попут болова на месту примљене вакцине) до тешких и ретких, као што су алергијске реакције и Гилен Барej (*Guillain-Barré*) синдром (стање у којем имуни систем тела напада периферне нерве), који могу довести до инвалидитета или смрти.[1]

Могућност да вакцине нанесу штету иначе здравим људима је разлог због којег већина земаља и међународних организација захтева проверу тачности података о тестирању на животињама и људима, контролу квалитета производних објеката и јасноћу информација о производу које се достављају за имунизацију становништва.[2]

Да би нова вакицна била одобрена потребно је да прође кроз детаљна безбедносна тестирања. Вакцине које су засноване на новим технологијама (нпр. мРНА и ДНК вакцине) захтевају најмање 10 година пажљивог тестирања и опсежног праћења.[3]

Већи део развоја, производње, набавке и дистрибуције вакцина против COVID 19 био је *ad hoc*, стварајући контроверзе и недоследности.[4] С обзиром да су вакцине против COVID 19 развијане рекор-

---

[1] S. Halabi, S. Omer, ”A Global Vaccine Injury Compensation System”, *JAMA*, 317 (5), 471, 2017.

[2] The U.S. FDA and the European Medicines Agency су две најважније агенције за преглед и пружају услуге не само за становништво под њиховом територијалном влашћу, већ и за међународне организације које набављају вакцине за земље које немају могућност да предузму сопствени регулаторни преглед. Више вид. S. Halabi, & J. Monahan, “Regulatory Capacity in Low - and Middle - Income Countries: Lessons from the H1N1 Influenza Pandemic”, *Food and drug regulation in an era of globalized markets*, 2015, 63–76.

[3] Sen. Ron Johnson on COVID 19 vaccine injuries to test subjects, *https://www.youtube.com/watch?v=6mxqC9SiRh8*) наведено према: Blaylock, R., COVID UPDATE: What is the truth?, *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/-PMC9062939/*, 17.3.2023.

[4] The quickest vaccine ever developed was for mumps. It took four years and was licensed in 1967. Pfizer’s COVID 19 vaccine was developed and cleared for emergency use in eight months - a fact that has fueled public mistrust of the coronavirus inoculation in the U.S. HEALTH AND SCIENCE. Најбржа вакцина икада развијена била је за заушке. Трајало је четири године и лиценцирана је 1967. Phizer вакцина против COVID 19 развијена је и одобрена за употребу у хитним случајевима за осам месеци – чињеница која је подстакла неповерење јавности у вакцинацију против коронавируса у САД. You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either, *https://www.-cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html*, 17.3.2023.

Фармацеутске компаније су критиковане због гомилања знања, тајних цена, неразумне зараде, непоштених билатералних послова и изнуђивачких захтева за обештећење од одговорности. M. Davies, I. Ruiz, J. Langlois, R. Furneaux, ‘Held to ransom’: Pfizer plays hardball in COVID 19 vaccine negotiations with Latin American countries.

дном брзином[5], те да је већина њих заснована на технологијама које нису лиценциране нигде у свету, јасно је да је постојао већи ризик од нежељених ефеката или од изостанка жељених ефекта, а вероватноћа подношења захтева за одговорност за производе је значајна.[6]

Када се говори о обавезности вакцинације, нужно је претходно говорити и утврдити њену безбедоност.[7] Питање безбедност вакцина је прво које се мора поставити и потврдити пре него што се пропише њена обавезност. Безбедна вакцинација представља једно од основних пацијентових права.[8] Овде се поставља питање да ли су фармацеутске компаније и државе испуниле овај захтев и свеле нежељене ефекте на најмању могућу меру, те обезбедиле лицима којима је наложена обавезна вакцинација одговарајуће мере заштите од могућих нежељених ефеката.

Етички приступ производњи и дистрибуцији вакцине против COVID 19 требало је да задовољи четири принципа: *оптимизација производње вакцине* (укључујући развој, тестирање и производњу) – ресурсе је требало мобилисати што је брже могуће како би се смањила здравствена и економска оптерећења; *праведна расподела* – расподела вакцина на одговарајући начин давала је приоритет земљама чија потреба је велика, а не онима са великим богатством; *одрживост* – захтев за постојањем дугорочног плана како би се обезбедило да одговори који делују као добро решење гледано у кратком року не

Feb 23, 2021. *https://www.statnews.com/2021/02/23/pfizer-plays-hardball-in-covid19-vaccine-negotiations-in-latin-america*, 17.3.2023; South Africa paying more than double EU price for Oxford vaccine. Jan 21, 2021, *https://www.theguardian.com/-world/2021/jan/22/south-africa-paying-more-than-double-eu-price-for-oxford-astrazeneca-vaccine*, 17.3.2023.

[5] Ентони Фаучи, директор Националног института за алергије и инфективне болести, је у марту 2020. упозорио да би чак и убрзани развој вакцине трајао најмање годину до годину и по. Након ове објаве, неколико стручњака за вакцине приговорило је да то није реално, да може угрозити сигурност и напоменули да развој вакцине обично траје више од 10 година. April 1, 2020. Business Insider. "Fauci said it will take 12 to 18 months to get a coronavirus vaccine in the US. Experts say a quick approval could be risky." *https://www.businessinsider.com/coronavirus-vaccine-quest-18-months-fauci-experts-flag-dangers-testing-2020-4*, 2.11.2022.

[6] J. Parkinson, FDA Fast Tracks 2 COVID 19 Vaccines, Contagionlive (July 13, 2020), *https://www.contagionlive.com/view/fda-fast-tracks-2-covid19-vaccines*.

[7] H. Mujović-Zornić, „Odgovornost za štetu od vakcina”, *Pravni život* 9/2016, 303.

[8] Европска повеља о правима пацијената је прокламовала ово право. Пацијент има право на безбедност у остваривању здравствене заштите, у складу са савременим достигнућима здравствене струке и науке, с циљем постизања најповољнијег исхода лечења и смањења ризика за настанак нежељених последица по здравље пацијента, на најмању могућу меру. Обавезујуће или принудне медицинске мере, без обзира на вољу појединца, допуштене су само као изузеци, и то када директно угрожавају живот и здравље других лица. H. Mujović-Zornić, 304.

угрозе будући развој и приступ вакцинама и терапијама; и *одговорност* – право јавности да тражи оправдање за донете одлуке, активно прати њихову примену и врши притисак на доносиоце одлука да испуне своје етичке обавезе. Наведене принципе требало је примењивати као јединствену целину на све компаније. Свака одлука да се неким принципима прида већа тежина него другима је сама по себи контроверзна.[9] Поставља се питање да ли су сви ови етички захтеви испуњени у процесу производње вакцине против COVID 19.

Принципи правде и правичности захтевају компензацију за оне који пате од тешких нежељених ефеката након имунизације вакцинама против COVID 19.

Закони о одговорности за производе генерално намећу три врсте обавеза произвођачима вакцина: обезбеђивање производње вакцине у складу са тренутном добром производном праксом (cGMP); дизајнирање вакцине тако да су озбиљни нежељени ефекти сведени на најмању могућу меру без да то утиче на њихову цену и корисност; и правилно обележавање вакцине, укључујући ризике и користи од њене примене.[10] Ове обавезе се генерално схватају тако да примаоцима вакцине дају право да примају вакцине без грешака у производњи, дефектима у дизајну и дефектима етикетирања (дефекти означавања укључују „неупозорење“ на релевантне ризике, користи и друге релевантне информације). Ово последње право које уживају примаоци вакцине преклапа се у извесној мери, мада не у потпуности, са принципима информисаног пристанка.[11]

Постоје три начина накнаде за повреде изазване вакцином: пацијенти који су претрпели нежељене ефекте могу сами сносити трошкове повезане са повредама које су претрпели; тражити компензацију кроз парницу против произвођача; или тражити компензацију кроз

---

[9] E. Eanuel, A. Buchanan, S. Y. Chan, *et al.*, “What are the obligations of pharmaceutical companies in a global health emergency?”, *Lancet* 2021, 11–17 September; 398(10304): 1015–1020; *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8342311/*, 17.3.2023.

[10] S. Halabi, J. Monahan, “Sharing the Burden of Ebola Vaccine-Related Adverse Events”, 2015, *https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/658/*, 17.3.2023.

[11] S. Kurtz, “The Law of Informed Consent: From “Doctor is Right” to “Patient Has Rights””, *Syracuse l. rev.*, Vol. 50, 2000, 1245.

Документи о информисаном пристанку треба да буду што је могуће потпунији у погледу могућих нежељених ефеката. Њих је потребно благовремено ажурирати додатним безбедносним информацијама како се они појављују у науци. Произвођачи вакцина треба да обезбеде лак приступ актуелним документима о информисаном пристанку и да утврде да ли је потребан поновни пристанак уписаних субјеката. COVID 19 Vaccine Developers Can Limit Liability From Trials, *https://www.law360.-com/articles/1279847/COVID19-vaccine-developers-can-limit-liability-from-trials*, 12. 12. 2022.

системе који се финансирају из доприноса јавног и приватног сектора.”[12]

Произвођачи вакцина могу обезбедити правну заштиту на различите начине, укључујући законе и уговоре.[13] Глобална група за лобирање фармацеутске индустрије (Међународна федерација фармацеутских произвођача и удружења – *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations*) још 2006. године је јавно захтевала да се произвођачима одобри заштита од тужби повезаних са нежељеним ефектима у вези са вакцинама ако желе да они учествују у одговорима на пандемију.[14]

Према законима већине земаља, контрола медицинских производа генерално не искључује одговорност произвођача тих производа за повреде које се њима приписују. У земљама чланицама ЕУ, закони генерално предвиђају одговорност фармацеутских компанија за нежељене ефекте вакцина.[15]

Европска унија пружа делимичну заштиту произвођачима вакцина против COVID 19 за нежељене ефекте вакцинације.[16] Према прописима произвођачи вакцина и други произвођачи сматрају се одговорним за своје производе који се продају у ЕУ. Смањење правног терета за произвођаче вакцина био је приоритет ЕУ током пандемије, јер се то сматрало кључним за охрабривање фармацеутских компанија да улажу у ризичне вакцине.[17] У Стратегији Комисије ЕУ за вакцине против COVID 19 наведено је да *„одговорност за развој и употребу вакцине, укључујући сваку специфично обештећење која се захтева датим APA (Advanced Pricing Agreements) остаје државама чланицама које купују”.* Наведена клаузула и њој сличне изазвале су узнемиреност код организација пацијената које су захтевале прелазак на систем надокнаде који је уобичајен широм ЕУ где је одговорност на

[12] S. Halabi, & S. Omer, ”A Global Vaccine Injury Compensation System”, *JAMA*, 317 (5), 471, 2017.

[13] Liability Issues Related to COVID 19 Vaccine Manufacturing and Global Distribution, *https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11905*, 17.3.2023.

[14] J. D. S. Halabi, A. Heinrich, S. Omer, “No-Fault Compensation for Vaccine Injury – The Other Side of Equitable Access to COVID 19 Vaccines”, *N Engl J Med* 2020; 383:e125, *https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2030600*, 17.3.2023.

[15] F. Guarascio, Limited Legal Protection for COVID Vaccine Makers Hampers EU Deals, *https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-eu-vaccines-idCNL8N2FR5Z4*, 17.3.2023 .

[16] *Ibid.*

[17] Према наводима у интерном документу ЕУ од 7.05. 2022. *Ibid*.

фармацеутским компанијама, а које се не финансирају из буџета грађана.[18]

У САД, одговорност за вакцине у целости сноси влада, а произвођачи лекова су строго заштићени у случају да су значајни нежељени ефекти вакцине резултат хитних случајева преузетих ради заштите јавног здравља. Овакав систем одговорности установљен је 1986. усвајањем *National Childhood Vaccine Injury Act*-а (NCVIA). Према *NCVIA* нежељени ефекти вакцине су готово у целости усмерени на систем надокнаде *nofault* који се примењује преко *U.S. Court of Federal Claims*.[19] Пре доношења овог акта у САД, произвођачи вакцина су подлегали одговорности за нежељене ефекте. Општа идеја која стоји иза одговорности произвођача вакцина за нуспојаве је да се да подстицај произвођачима да континуирано улажу у безбедност својих производа, уз уверење да закон треба да фаворизује оштећеног.

У овом раду сам се, у мери у којој је то могуће с обзиром на врсту рада, а у циљу давања одговора на питање о могућој одговорности произвођача вакцина против COVID 19 за нежељене ефекте, бавила анализом развоја вакцина против COVID 19, нежељеним ефектима који су последица вакцина против COVID 19, нетранспарентношћу одредаба уговора које су државе закључивале са фармацеутским компанијама поводом производње вакцина против COVID 19, начинима накнаде штете и њиховом реалном делотворношћу у конкретним случајевима.

2. ОСОБЕНОСТ РАЗВОЈА ВАКЦИНА ПРОТИВ COVID 19

Процес клиничког развоја вакцина има одређени ток.[20] Уобичајено се одвија у три, а понекад и у четири фазе.

---

[18] Transparency & Accountability Is Crucial If A Vaccine Is To Overcome COVID 19, *https://www.transparency.org.uk/coronavirus-COVID19-vaccine-transparency-accountability-clinicial-trials*, 4.11.2022.

[19] Vaccine Claims/Office of Special Masters, U.S. CT. FED. CLAIMS, *https://www.uscfc.uscourts.gov/vaccine-programoffice-special-masters*, 17.3.2023.

[20] Када истраживачи идентификују и изолују релевантни патоген, они настоје да разумеју, у највећој могућој мери, биолошки механизам или механизме који доводе до болести. Више вид. *Principles Of Bacterial Pathogenesis*, Eduardo A. Groisman ed., 2001.

Већина вакцина до сада је развијана серијским размножавањем патогена кроз медијум који умањује патогеност, или који се убија или сецира након култивације и користи се у релативно великим дозама, у више доза како би се подстакао имуни одговор. N. Klein, J. Bartlett, *et al*., “Waning Protection After Fifth Dose of Acellular Pertussis Vaccine in Children”, *The New England Journal of Medicine*, 367; 11, 2012, 1012.

У првој фази се процењује безбедност и одговор на дозу вакцине код, уобичајено, 20–100 здравих добровољаца.[21] У другој фази се врши испитивање на већем броју појединаца него што је то случај у првој фази тестирања (уобичајено неколико стотина здравих добровољаца). У овој фази истраживачи се баве безбедношћу и имуногеношћу вакцине. Резултат ове фазе јесте утврђивање распона доза вакцине.[22] Трећа фаза испитивања вакцине се обавља на хиљадама или десетинама хиљада људи како би се открили ретки нежељени ефекти. Ако се у трећој фази потврди безбедност и ефикасност, вакцина се одобрава за стављање у промет након прегледа података добијених у испитивању од стране Управе за храну и лекове (*Food and Drugs Administrative – FDA*).[23] Процене безбедности се настављају и након одобрења вакцине.[24]

Без обзира на сва претходна испитивања није могуће предвидети све потенцијалне нежељене ефекте док год се вакцина не примени на општу популацију. Из тог разлога многе вакцине пролазе кроз још једну фазу испитивања. У четвртој фази се врши надзор над ефектима вакцине након пуштања у промет и спроводе се строги стандарди извештавања о безбедности током и након клиничких испитивања.[25] Кључни критеријум током ове фазе је да се утврди да ли је постојала „разумна могућност да је лек изазвао нежељени ефекат и да ли је догађај био заиста неочекиван.[26]

Фаучи (*Anthoni Stephen Fauci*)[27] је у марту 2020. упозорио да би чак и убрзан развој вакцине трајао најмање годину – годину и по

---

[21] Vaccine Development – 101, U.S. FDA, *https://www.fda.gov/vaccines-blood-biologics/ development-approval-process-cber/vaccine-development-101*, 10.10.2022.

[22] B. Schmidt, “Proof of Principle Studies”, 68 *EPILEPSY RES*. 49, 2006.

[23] Vaccine Development – 101, U.S. FDA, *https://www.fda.gov/vaccines-blood-biologics/ development-approval-process-cber/vaccine-development-101*, 10.10.2022.

[24] Клинички развој свих вакцина се разликује од развоја терапијских лекова и биолошких лекова јер се тестирање ради на здравим добровољцима, а не на пацијентима. Из тог разлога тестирање сигурности је изузетно важно. COVID 19 Vaccine Developers Can Limit Liability From Trials, *https://www.law360.com/-articles/1279847/COVID 19-vaccine-developers-can-limit-liability-from-trials*, 11.10.2022.

Посебно је важно развити систематски приступ класификацији нежељених ефеката како би се могла проценити узрочност када се нежељени ефекат примети у клиничком испитивању. A. E. Tozzi, E. J. Asturias, M. Balakrishnan, N. A. Halsey, B. Law, P. L. F. Zuber, “Assessment of Causality of Individual Adverse Events Following Immunization (AEFI): A WHO Tool for Global Use”, *VACCINE*, Vol. 31, Issue 44, 2013, 5041.

[25] Vaccine Development – 101, U.S. FDA, *https://www.fda.gov/vaccines-blood-biologics/development-approval-process-cber/vaccine-development-101*, 10.10.2022.

[26] J. N. Roberts, M. F. Gruber, “Regulatory Considerations in the Clinical Development of Vaccines Indicated for Use During Pregnancy”, *Vaccine*, Vol. 33, 2015, 969.

[27] Директор Националног института за алергије и инфективне болести.

дана. Након ове изјаве, неколико стручњака за вакцине приговорило је да то није реално и да може угрозити сигурност, уз напомену да развој вакцине обично траје више од 10 година.[28] Већ 12. маја, Фаучи је изменио своје предвиђање и саопштио да се прелазак у прву фазу (тестирање на људима) испитивања вакцине одвија брже него што је раније проценио.[29] Тестирање на људима почело је након тестирања једне дозе вакцине код шест мајмуна који су одолели инфекцији након излагања вирусу.[30]

Вакцине против COVID 19 (које су засноване на РНК генетском коду вируса SARS-CoV-2) код којих синтетичка генетска секвенца мора да се преузме у ћелије здравих добровољаца да би се покренуо имуни одговор организма, нису претходно тестиране на људима те се самим тим није потврдила њихова безбедност.[31] Скраћивање и преклапање процеса процене безбедности вакцине довело је до безбедносних ризика.[32]

3. НЕТРАНСПАРЕНТНОСТ ОДРЕДАБА УГОВОРА

Владе широм света закључивале су билатералне споразуме са фармацеутским компаније у циљу набавке вакцина против COVID 19.[33] Процес набавке вакцина пратио је недостатак транспарентности.

---

[28] "Fauci said it will take 12 to 18 months to get a coronavirus vaccine in the US. Experts say a quick approval could be risky." *https://www.businessinsider.com/coronavirus-vaccine-quest-18-months-fauci-experts-flag-dangers-testing-2020-4*, 2.11.2022. види и: "Pfizer and BioNTech Dose First Participants in the U.S. as Part of Global COVID 19 mRNA Vaccine Development Program. *https://www.pfizer.com/news/press-release/press-release-detail/pfizer_and_biontech_dose_first_participants_in_the_u_s_as_part_of_global_covid_19_mrna_vaccine_development_program*, 2.11.2022.

[29] Public hearing of the U.S. Senate Health, Education, Labor, and Pensions Committee од 12.5. 2020.

[30] In Race for a Coronavirus Vaccine, an Oxford Group Leaps Ahead." *https://www.nytimes.com/2020/04/27/world/europe/coronavirus-vaccine-update-oxford.html*, 2.11.2022.

Moderna Therapeutics Inc је објавила да намерава да убрза развој покретањем испитивања фазе 2, док је још увек трајало испитивање фазе 1, које спроводи Национални институт за алергије и инфективне болести, Moderna Speeds Up Timeline for COVID 19 Vaccine, Gets All-Clear for Phase 2 Trial. *https://www.barrons.com/-articles/moderna-coronavirus-vaccine-COVID19-phase-2-approval-fda-51588857786*, 3. 11. 2022.

[31] Када су вакцине за SARS биле у развоју, оне су на крају стављене на чекање јер се епидемија SARS-а смирила, спречавајући демонстрацију користи. COVID 19 Vaccine Developers Can Limit Liability From Trials, *https://www.law360.com/articles/-1279847/COVID 19-vaccine-developers-can-limit-liability-from-trials*, 11.10.2022.

[32] *Ibid.*

[33] Governments Sign Secret Vaccine Deals. Here’s What They Hide, *https://www.nytimes.com/2021/01/28/world/europe/vaccine-secret-contracts-prices.html*, 4. 11. 2022.

До данас је откривено врло мало уговора о набавци вакцине против COVID 19, а од јавно објављених уговора, кључни услови као што су цена по дози или распореди испоруке су редиговани.[34] Недостатак транспарентности ограничава право на информације и право на здравље, те самим тим крши основна међународно призната и заштићена људска права.[35] Редакције уговора су резултат споразума о неоткривању података (*Non-disclosure agreement* – NDA) који су фармацеутске компаније захтевале од влада како би компаније испоручиле вакцине.[36]

Споразуми о неоткривању података су чести у уговорима који се закључују са фармацеутским компанијама.[37] Оно што јесте особено за набавку вакцина против COVID 19 јесте бројност захтеваних редакција. Уговори о вакцини против COVID 19 имају скоро педесет пута више редакција у односу на раније уговоре о вакцини између исте земље и фармацеутске компаније. Редакције у уговорима о вакцинама против COVID 19 се односе на скривање одлучујућих одредаба уговора: цене по дози, распореди испоруке и клаузуле о обештећењу, чиме се штите фармацеутске компаније од скоро сваке одговорности.[38] Недостатак транспарентности одредаба отежава проверу разум-

---

[34] *For Whose Benefit? Transparency In The Development And Procurement Of COVID 19 Vaccines*, 2021, 24.

COVAX је такође примио много критика због неоткривања тачних услова уговора са фармацеутским компанијама. J. L. Ravelo, “Is COVAX Part of the Problem Or the Solution?”, Devex, 2021, *https://www.devex.com/news/is-covax-part-of-the-problem-or-the-solution-99334*, 17.3.2023.

[35] Студија о питањима транспарентности у вези са вакцинама против COVID 19 открио је да су за само тринаест набавки вакцине против COVID 19 уговори били јавно доступни, од 182 проучавана уговора. *For Whose Benefit? Transparency In The Development And Procurement Of COVID 19 Vaccines*, 2021, 24. *https://ti-health.org/content/for-whose-benefit-transparency-in-the-development-and-procurement-of-COVID 19-vaccines/*, 17.3.2023.

[36] Governments Sign Secret Vaccine Deals. Here’s What They Hide, *https://www.nytimes.com/2021/01/28/world/europe/vaccine-secret-contracts-prices.html*, 15.11.2022.

[37] R. F. Iunes *et al*., “Confidentiality Agreements: A Challenge in Market Regulation”, *International Journal for Equity in Health*, Vol. 18, *https://equityhealthj.biomedcentral.-com/articles/10.1186/s12939-019-0916-3*, 15.11.2022.

[38] COVID 19 Vaccine Procurement in South Africa: What We Know, What We Don’t Know and What We Should Know, *https://www.corruptionwatch.org.za/wp-content/uploads/2021/02/COVID19-Vaccine-Procurement-Quinot-for-CW-210216.pdf*.

Pascal Canfin, председавајући Здравственог комитета Европског парламента, изјавио је да они имају врло мало информација о садржају уговора које су потписале Европска комисија и неке лабораторије. Transparency & Accountability Is Crucial If A Vaccine Is To Overcome COVID 19, *https://www.transparency.org.uk/coronavirus-COVID 19-vaccine-transparency-accountability-clinicial-trials*, 15.11.2022.

ности услова, а медијски извештаји о опсежним клаузулама о обештећењу изазивају страх од неправедних захтева фармацеутских компанија.[39]

Астра Зенека (*Astra Zeneka*) нпр. не прихвата одговорност за евентуалне нежељене ефекте које кандидати за вакцинисање могу да претрпе. Компанија је у потпуности заштићена од тужби људи који су вакцинисани и који имају нежељене ефекте, без обзира колико су те нуспојаве тешке или дуготрајне. Правни тим компаније тражио је да се у уговоре, које је компанија потписала са земљама којима су испоручивали вакцину против COVID 19, уврсте клаузуле о одговорности компаније. Компанија без таквих гаранција за надокнаду не би била вољна да истражује и производи вакцину. Руд Добер (*Rud Dober*), виши извршни директор Астре Зенека, рекао је да државе требају преузети ризик, те да је прихватљиво да већина земаља преузме такав ризик, јер је то у њиховом националном интересу.[40]

Владе широм света су вакцине набављале било директном куповином од фармацеутских компанија, било преко регионалних тела попут Европске или Афричке уније, а многе су то учиниле преко Covax програма.

4. НЕЖЕЉЕНИ ЕФЕКТИ ИЗАЗВАНИ ВАКЦИНАЦИЈОМ

Све вакцине изазивају нежељене ефекте. Безбедност и ефикасност вакцина које су добијене на традиционалан начин и садрже инактиви-

[39] Неколико латиноамеричких земаља је навело да је Pfizer од њих тражио да ставе суверена средства, као што су државне резерве федералних банака и војне базе, као колатерал за услове одштете. Vaccine Contract Forces a Government to Pay if Pfizer Makes Mistakes, *https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2021-03-10/vaccine-contract-forces-dominican-republic-government-to-pay-if-pfizer-makes-mistakes*, 15. 11. 2022.

У уговору Доминиканске Републике са *Phizer*-ом се наводи да ће влада „одштетити, бранити, и сачувати од одговорности компанију *Phizer*, њеног партнера *BioNTech* и повезана лица“ и од трошкова и од правних случајева „који се односе на вакцину или су резултат вакцине, укључујући, али не ограничено на било коју фазу пројектовања, развоја, истраживања, формулација, тестирање, клиничко испитивање, производња, обележавање, паковање, транспорт, складиштење, дистрибуција, маркетинг, промоција, продаја, куповина, лиценцирање, донација, издавање, прописивање, администрација, обезбеђивање или употреба вакцине”. Ова клаузула иде много даље настојањем да се ризик пребаци на националне владе, и далеко од програмера, чак и ако погреши програмер или партнери у ланцу снабдевања, а не само ако постоји ретки нежељени ефекат вакцина. *For Whose Benefit? Transparency In The Development And Procurement Of COVID 19 Vaccines*, 2021, 29.

[40] Zašto EU nije ranije odobrila vakcine?, *https://www.dw.com/sr/za%C5%A1to-eu-nije-ranije-odobrila-vakcine/a-55996095*, 16.11.2022.

рани вирус (убијени вирус, који се обично користи за вакцине против грипа) или живи ослабљени вирус (вирус који је ослабљен у лабораторијским условима, који се користи за мале богиње, заушке и рубеолу (ММР)) – утврђује се кроз контролу која је већ деценијама постојећа.[41]

Штетна последица изазвана вакцинацијом обично није последица нечије непажње већ је узрокована компонентама саме вакцине.[42] Већина вакцина против COVID 19 се заснива на новим технологијама које нису лиценциране за употребу код људи било где у свету.[43]

Никада нису рађене студије о неколико кључних аспеката ове врсте вакцина: никада нису тестиране на дуготрајне ефекте; никада нису тестиране на изазивање аутоимуности; никада нису биле прописно тестиране на безбедност током било које фазе трудноће; нису рађене никакве накнадне студије на бебама вакцинисаних жена; не постоје дугорочне студије о деци вакцинисаних трудница након њиховог рођења; никада нису тестиране на ефекте на разна друга медицинских стања (дијабетес, болести срца, атеросклерозу, неуродегенеративне болести, неуропсихијатријске ефекте, рак, аутоимуне поремећаје, и др).[44] Роберт Мелоун (*Robert Malone*) је упоредио оно

[41] Више види: S. Plotkin, „History of Vaccination“, *PNAS*, Vol. 111, no.34, 2014, 12283.

[42] B. Stjepanović, A. Čović, „Nacionalni program naknade štetnih posledica izazvanih vakcinacijom u Sjedinjenim Američkim Državama i Covid 19“, *Pravni i društveni aspekti vakcinacije tokom pandemije Kovida 19*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 170.

[43] A. Mullard, „COVID 19 Vaccine Development Pipeline Gears Up”, *Lancet*, Vol 275, 2020, 1751.

AstraZeneca’s, ChAdOx1 nCoV-19 користе аденовирус шимпанзе да испоручи SARS-CoV-2 спајк протеин, што онда изазива имуни одговор на тај протеин када се изложи стварном SARS-CoV-2 патогену. P. M. Folegatti, K. J. Ewer, P. K. Aley, B. Angus *et al*., Safety and Immunogenicity of the ChAdOx1 nCoV-19 Vaccine Against SARS-CoV-2: A Preliminary Report of a Phase 1/2, Single-Blind, Randomised Controlled Trial, LANCET, Vol. 396, 2020, 467. *https://www.thelancet.com/journals/lancet-/article/PIIS0140-6736(20)31604-4/fulltext*, 18.11.2022.

Moderna и Pfizer вакцине се заснивају на messengerRNA (mRNA) која инструише људске ћелије да производе протеинске антигене. Идеја иза ових вакцина јесте да када особа прими RNK упутства која се налазе у убризганој вакцини, њене ћелије достављају протеине, који се након тога приказују на површини ћелија или пуштају у циркулацију, где их природни имуни систем тела препознаје. A. Dance, „Coronavirus Vaccines Get a Biotech Boost”, *Nature*, *https:// www.nature.com/articles/d41586-020-02154-2*, 17.3.2023.

[44] R. L. Blaylock, “COVID UPDATE: What is the truth?”, *Surg Neurol Int.*, Vol. 13, 2022. *https://surgicalneurologyint.com/surgicalint-articles/covid-update-what-is-the-truth/*.

што се дешавало са вакцинама против COVID 19 са илегалним медицинским експериментима које је спровела нацистичка Немачка.“[45]

Употреба нових технологија у производњи вакцина, обим вакцинације, као и инциденти који су се догодили током треће фазе испитивања вакцина дали су разумну основу за сумњу на озбиљне и многобројне нежељене ефекте.[46]

На сајту Светске здравствене организације се наводи да су здравствени проблеми након вакцинације најчешће случајни и потпуно неповезани са вакцинацијом. Понекад су повезани са начином на који је вакцина складиштена, транспортована или примењена. Грешке у вези са испоруком вакцине могу се спречити бољом обуком здравствених радника и јачањем ланаца снабдевања.[47] Постојећи подаци не говоре баш тако.

Велика расправа се повела око употребе Астра Зенека вакцине код старијих особа након објављивања првих резултата испитивања у

---

[45] During the Second World War, Jews and other ethnic groups were subjected to horrible experimental medical research,” Malone said. “And they justified it by saying it was for the common good.” Fully Vaccinated Are COVID ‘Super-Spreaders,’ Says Inventor of mRNA Technology, *https://childrenshealthdefense.org/defender/justin-williams-robert-malone-fully-vaccinated-covid-super-spreaders/*.

[46] Трећа фаза тестирања компаније AstraZeneca била је паузирана широм света након што су два волонтера доживела упалу кичмене мождине. AstraZeneca Resumes US COVID 19 Vaccine Trial; Expects Results Later this Year, *https://www.biopharmareporter.com/Article/2020/10/26/AstraZeneca-resumes-US-COVID 19-vaccine-trial*, 18.11.2022. Две особе у Уједињеном Краљевству имале су тешке реакције на Pfizer вакцину током прве недеље. У Сједињеним Државама је забележен двадесет један случај анафилаксе и најмање један сумњиви случај који повезује примену вакцине са тешким крварењем. Biden Plans to Release Nearly All Available Vaccine Doses to Speed Inoculations, *https://www.nytimes.com/2021/01/08/world/biden-vaccine.html*, 18.11.2022.

У марту 2021. године, са више од двадесет пет милиона људи који су добили Vaxzevria vaccine, више од двадесет земаља обуставило је вакцинацију након извештаја о младим пацијентима који пате од озбиљних поремећаја згрушавања крви и ретких врста можданог удара. European Countries Resume Use of AstraZeneca’s COVID 19 Vaccine, Hoping Pause has Not Dented Confidence, *https://www.science.-org/content/article/european-countries-resume-use-astrazenecas-COVID19-vaccine-hoping-pause-has-not-dented*, 18.11.2022.

Више вид. и: J. Rajić Ćalić, „Pravni položaj zaposlenih u prvoj liniji za vreme vanrednog stanja usled pandemije virusa kovid 19 u Srbiji”, *Pandemija Kovida 19: pravni izazovi i odgovori*, Institut za uporedno pravo, 2021, 105–113; I. Tošić, „Uticaj pandemije virusa Kovid 19 na osiguranje od internet rizika“, *Pandemija Kovida 19: pravni izazovi i odgovori*, Institut za uporedno pravo 2021, 155–164.

[47] Coronavirus disease (COVID 19): Vaccines, *https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-(COVID 19)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=EAIaIQobChMI8Yqj_6eq-gIVkuN3Ch3uLAxVEAAYASAAEgKJNfD_BwE*, 18.11.2022.

часопису *The Lancet* 8. децембра 2020. Драма је за широ јавност почела 29. јануара 2021. Када је председник Макрон (*Emmanuel Macron*), говорећи на конференцији за новинаре, неколико сати пре него што је ЕМА издала своје мишљење о овој вакцини, рекао да је вакцина „квазинеефикасна“ код људи старијих од 65 година. Како је старосна група изнад 65 година она за коју се вирус сматрао најопаснијим импликација је била јасна. Извршни директор Астра Зенека, у интервјуу за италијанску *La Repubblica*, објаснио је да је његов истраживачки тим почео да вакцинише старије људе касније тако да није имао „велики број старијих људи који су били вакцинисани… али имамо податке који показују веома јаку производњу антитела против вируса код старијих, слично ономе што видимо код млађих људи. Он је додао да је могуће да би неке земље могле да користе вакцину само за млађе људе „из опреза“.

Већ 10. фебруара, Стратешка саветодавна група стручњака СЗО за имунизацију (*WHO's Strategic Advisory Group of Experts on Immunization (SAGE*)) препоручила је ову вакцину за одрасле „без горње старосне границе“, додајући да је вероватно ефикасна против тешких болести узрокованих мутантним сојевима вируса.[48]

Мајкл Једон (*Michael Yeadon*), пензионисани водећи научник и вице председник научног одељења Фајзер компаније у Уједињеном Краљевству (*Pfizer Pharmaceutical*) оптужио је компанију Фајзер за прављење екстремно опасне вакцине. Међутим, његови захтеви су игнорисани и критиковани. Он је, заједно са још неким квалификованим научницима изнео да нико не би требао да узме ову вакцину.[49]

Јапанци су прибегли тужби према *Freedom of Information Act* како би приморали Фајзер да објави своју тајну студију о биодистрибуцији садржаја вакцине. Разлог зашто је Фајзер желео да остане у тајности је тај што је компаније обмањивала јавност о креатању убризганог садржаја вакцине (нано-липидни носач затворен у мРНА) тврдећи да остаје на месту убризгавања, с тим да је њихова сопствена студија открила да се садржај брзо шири по целом крвотоком (у року од 48 сати).[50]

Рајан Кол (*Ryan Cole*), сертификовани патолог пријавио је драматичан пораст високо агресивних карцинома и аутоимуних болести

[48] Efficacy Controversy Hits European COVID 19 Vaccine Rollout, *https://www.pharmexec.com/view/efficacy-controversy-hits-european-COVID 19-vaccine-rollout,* 13.3.2023.

[49] R. L. Blaylock, “COVID UPDATE: What is the truth?”, *Surg Neurol Int.*, Vol. 13, 2022. *https://surgicalneurologyint.com/surgicalint-articles/covid-update-what-is-the-truth/*

[50] *Ibid.*

међу вакцинисаним особама. Овај податак није објављен у медијима. Открио је застрашујуће високу учесталост високо агресивних карцинома код вакцинисаних особа, посебно високо инвазивних меланома код младих људи и рака материце код жена.[51]

Џејмс Торп (*James Thorpe*), стручњак за медицину мајке и фетуса, показује да су вакцине против COVID 19 дате током трудноће резултирале 50 пута већом шансом за побачај него што је пријављено са свим другим вакцинама заједно.[52]

Петер Мекалох (*Peter McCullough*), кардиолог, извештава да је стопа миокардитиса отприлике 4 случаја на милион годишње. Он извештава да за 160 милиона Американаца млађих од 50 година, стога, треба очекивати да ћемо видети 640 случајева миокардитиса годишње. Међутим, према подацима VAERS -а, сада имамо око 11.000 случајева, што је више од 17 пута више него што би било без вакцина. Са почетком примене mRNA поклапа се и почетак честих изненадних смрти професионалних спортиста који су те вакцине примили.[53]

Још се 2004. године главни уредник Lancet-а Ричард Хортон (*Richard Horton*) жалио да су се научни часописи претворили у средство прања информација за фармацеутску индустрију.[54] И заиста, током истраживања у циљу писања овог рада, суочила сам се са невероватном тешкоћом да на интернету пронађем чланке који заступају различита гледишта. Утисак је да сви имају исти закључак, и исту премису, уз иста образложења. Чланке на које су упућивали неки извори до којих сам дошла, а који су давали увид у другу страну приче везано за ефекте вакцине, нисам могла да пронађем преко линкова, већ преко ручне претраге електронских часописа или зборника.

Према подацима *International Society for Medical Publication Professionals* тренутно постоји најмање 250 различитих компанија које се

---

[51] Idaho doctor reports “20 times increase” in cancer among those “vaccinated” for covid. *https://naturalnews.com/2021-09-14-idaho-doctor-20times-increase-cancer-vaccinated-covid.html*, 20.11.2022.

[52] James Thorpe interview by Dr. Steve Kirsch. Rumble *https:// rumble.com/vru732-dr.-james-thorp-on-medical-censorship.html*, наведено према: R. L. Blaylock, “COVID UPDATE: What is the truth?”, *Surg Neurol Int.*, Vol. 13, 2022. *https://surgicalneurologyint.com/surgicalint-articles/covid-update-what-is-the-truth/*

[53] R. Mungwira, C. Guillard *et al*., “Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries”, *PLOS ONE*, 2020, *https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0233334*.

[54] How drug companies’ PR tactics skew the presentation of medical research. *https://www.theguardian.com/science/2011/may/20/drug-companies-ghost-writing-journalism*, 19.11.2022.

баве планирањем клиничких публикација за фармацеутску индустрију, са преко хиљаду чланова.

Кенеди (*Robert F. Kennedy*) је истицао да снага Фаучија и других заговорника вакцинације лежи у способности да финансира и ефективно распореди велику и распрострањену „војску“. Само NIH контролише годишњи буџет од 37 милијарди долара распоређен у преко 50.000 грантова који подржавају преко 300.000 позиција широм света у медицинским истраживањима. Овај податак баца сенку на поузданост познатих истраживања а самим тим и неповерење људи у поузданост вакцина.[55]

Као одговор на постојеће недоследности, скривање података, нежељених ефеката, ограничења и искључења одговорности јавља се одговор. Тако је на нашем континенту установљен Европски форум за вигиланцу вакцина у који улазе представници двадесет европских држава од којих су већина чланице Европске уније. Ова организација зацртала је следеће циљеве: 1) укидање обавезне вакцинације у европском простору и омогућавање грађанима Европе права на слободан избор и информисани пристанак при ваксинисању; 2) примена начела предострожности при вакцинисању у целој Европи; 3) увођење делотворног и независног Европског система пријаве нуспојава, како би се надзирала сигурност вакцина.[56]

5. ПРИСТУПИ РЕШАВАЊУ ПОВРЕДА ИЗАЗВАНИХ ВАКЦИНАЦИЈОМ

Као што смо у уводном делу истакли постоје три приступа решавању нежељених ефеката изазваних вакцином: лица која су претрпела нежељени догађај могу сама сносити трошкове повезане са својим повредама; могу тражити компензацију кроз парницу или могу тражити компензацију кроз јавне системе који се финансирају из доприноса јавног и приватног сектора.”[57]

Први приступ је заснован на принципу друштвеног уговора.[58] Основ овог приступа је у схватању да користи од вакцинације превазилазе ризике које ће неки појединац претрпети. Парница је контрадикторна, дуготрајна, неизвесна и захтева присуство адвоката што може представљати значајну препреку за подносиоце захтева са нис-

[55] Bill Gates and Anthony Fauci: a ‘Formidable, Nefarious’ Partnership, *https://childrenshealthdefense.org/defender/rfk-jr-the-real-anthony-fauci-bill-gates/*, 19.11.2022.

[56] *https://www.efvv.eu/*, 19.11.2022.

[57] S. F. Halabi, S. B. Omer, 471.

[58] *Ibid.*

ким примањима или прилично лаким повредама.[59] Овај приступ у целости пребацује терет остваривања „имунитета крда“ на оне чланове заједнице који претрпе последицу.

Према другом приступу, за штету насталу након примљене вакцине одговарају произвођачи. Овај приступ се заснива на уверењу да они чији производи изазивају повреду треба да сносе последице нежељених догађаја. Неизвесност која прати наведени приступ свакако да није нешто што одговара произвођачима вакцина.[60]

Због недостатака прва два приступа, јавила се потреба за трећим *no fault* системом одговорности.

5.1. *No-fault* системи накнаде штетних последица вакцинације

No-fault систем одговорности подразумева да право на накнаду штете није условљено ничијом кривицом, а ризик повезан са обавезном вакцинацијом сноси држава која је наложила да се вакцинација спроведе. Појединци који претрпе нежељене ефекте услед вакцинисања могу захтевати надокнаду од оног државног органа који је наредио да се вакцинација обави. Овај систем се заснива на уверењу да заједница која промовише имунизацију, знајући да ће појединци бити повређени, мора да сноси трошкове повреда. На овај начин *no-fault* систем одговорности превазилази недостатке првог система, с тим да признаје да су произвођачи вакцина важни у процесу остваривања колективног имунитета и да им се мора обезбедити већа економска сигурност, чиме надомешћује недостатке другог система одговорности.[61]

У већини земаља са системима накнаде без обзира на кривицу, влада је на позицији туженог, и као резултат тога, већину програма финансира влада. На пример, Француска, Данска, Квебек и Италија користе опште пореске приходе за исплату накнаде штете оштећеним странама. У Шведској, Тајвану и Норвешкој, произвођачи плаћају премију за финансирање програма без кривице. Сједињене Државе прикупљају намет од 0,75 долара на сваку дозу од продате вакцине, а затим финансирају програм без обзира на кривицу.[62]

---

[59] M. M. Mello, “Rationalizing Vaccine Injury Compensation”, *Bioethics*, Vol. 22, Issue 1, 2008, 32–33.

[60] *Ibid.*

[61] S. F. Halabi, “Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem”, *UC Irvine Law Review*,Vol. 12, Issue 1, *https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol12/iss1/7/*, 20. 11. 2022.

[62] S. F. Halabi, “Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem”, *UC Irvine Law Review*,Vol. 12, Issue 1, *https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol12/iss1/7/*, 20.11.2022

Почетком септембра 2020. Комисија је уверила парламент да ће се мултинационалне компаније које производе вакцине против COVID 19 сматрати грађанскоправно одговорним ако се покаже да њихов производ има негативан утицај на јавно здравље, међутим, крајем новембра, Стела Кириакидес (*Stella Kyriakides*), повереник за здравство, је изјавила да то неће бити случај.[63] Према Директиви о одговорности за производе из 1985. године, компаније су заштићене када „стање научног и техничког знања у време када је производ стављен у промет није било такво да би омогућило да се открије постојање квара.“ Комесар је додао да „ако компанија није одговорна, неће морати да плати одштету“.[64]

САД представља једну од првих земаља која је установила алтернативни начин накнаде штете лицима која су претрпела штетну последицу услед примљене вакцине. *National Childhood Vaccine Injury Act* настао је као одговор на нарастајуће судске спорове и трошкова парница у вези са повредама насталим услед примања вакцина што је дестимулисало произвођаче за развој нових вакцина. *Vaccine Act* је установио *National Vaccine Injury Compensation Program*, VICP. Преко овог програма оштећеним лицима се може надокнадити за повреде за које је признато да су узроковане покривеним вакцинама и наведене у табели повреда вакцина. Произвођачи вакцина нису стране VICP захтева и могу да избегну одговорност и накнаду штете. Секретар HHS има овлашћење да измени VICP табелу да би се укључиле нове вакцине. Овлашћења су ограничена на оне вакцине које CDC препоручује за рутинску примену деци и трудницама. У овој фази, нејасно је да ли ће CDC окарактерисати вакцине против COVID 19 као препоручене за рутинску примену деци или трудницама.[65] Временски период у коме се може поднети захтев по VICP је три године. VICP поред накнаде за медицинске трошкове и изгубљене плате обезбеђује накнаде и за претрпљен бола и патње, као и адвокатске накнаде.[66] За сада се вакцине против COVID-19 не налазе у Табе-

[63] You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either, *https://www.cnbc.-com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html*, 20.11.2022.

[64] Question for written answer E-006615/2020 to the Commission Rule 138, , *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006615_EN.html*, 25.11.2022.

[65] Declaration Under the Public Readiness and Emergency Preparedness Act for Medical Countermeasures Against COVID 19, 85 Fed. Reg. 15,198 (eff. Feb. 4, 2020, pub. Mar. 17, 2020), *https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/17/2020-05484/declaration-under-the-public-readiness-and-emergency-preparedness-act-for-medical-countermeasures.*

[66] You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either,

ли повреда VICP. Према подацима *Health Resources and Services Administration,* од 1988. на основу VICP је испаћено 3,597 надокнада, а предато је 19,098 захтева лица која су претрпела нежељени ефекат вакцине и исплаћено је 3.8 билиона долара. Све ово је било пре вакцина против COVID 19, у вези са којима је број смрти премашио укупну смртност на основу свих вакцина последњих тридесетак година.[67]

Vaccine Act не пружа заштиту произвођачима вакцине против COVID 19, али то чини *Public Readiness and Emergency Preparedness Act*.

У марту 2020, министар здравља САД (*The United States Secretary of Health and Humans Services "HHS Secretary*") издала је Декларацију о медицинским контрамерама против COVID 19 у складу са Законом о јавној спремности за ванредне ситуације (*Public Readiness and Emergency Preparedness Act* - „Закон о *PREP*-у“) која је ступила на снагу у фебруару 2020.[68]

Закон о *PREP*-у који је донет 2005. обезбеђује имунитет од деликтне одговорности одређеним појединцима и правним лицима против било каквог потраживања током пандемије или епидемије.[69] Закон из 2005. овлашћује секретара HHS-а да пружи правну заштиту компанијама које производе или дистрибуирају одређене медицинске потрепштине (нпр. вакцине), осим ако не постоји „намерно лоше понашање“ компаније. Заштита коју су компаније добиле на основу овог закона траје до 2024, тако да фармацеутске компаније не могу бити тужене за новчану одштету на суду због повреда повезаних са администрацијом или употребом производа за лечење или заштиту од COVID-а до 2024. године.[70]

---

https://www.cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html, 20.11.2022.

[67] R. L. Blaylock, "COVID UPDATE: What is the truth?", *Surg Neurol Int.*, Vol. 13, 2022. *https://surgicalneurologyint.com/surgicalint-articles/covid-update-what-is-the-truth/.*

[68] Public Readiness and Emergency Preparedness Act (PREP Act), 42 U.S.C.A. §§ 247d-6d, 247d-6e, *https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:42%20section:247d-6d%20edition:prelim.*

[69] 85 Fed. Reg. at 15198, *https://www.federalregister.gov/citation/85-FR-15198,* 29.11.2022.

The PREP Act овлашћује секретара HHS да обезбеди грађански имунитет појединцима и предузећима током проглашене ванредне ситуације у јавном здрављу. То је само једна компонента националног оквира за реаговање у ванредним ситуацијама, тачније Закона о јавном здравству (Public Health Service Act). Тај оквир омогућава секретару HHS-а да изјави да постоји ванредна ситуација у јавном здравству и да предузме мере које би могле бити прикладне да предводе национални одговор. 42 U.S.C. § 247d.

[70] You can't sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won't compensate you for damages either,

Према *PREP Act*, осим за намерно недолично понашање, покривено лице има имунитет од тужби и одговорности према савезном и државном закону у вези са свим захтевима за губитак који проистиче из администрације или коришћења покривене противмере, као што је вакцина против COVID 19, ако испуњава наведене критеријуме у декларацији према *PREP Act*-у издатој за хитну здравствену ситуацију или претњу и покривену противмеру.

Седми амандман *PREP Act*-а проширује листу професионалаца који су квалификовани за давање вакцина и заштићени од одговорности (нетрадиционални лиценцирани или сертификовани здравствени радници (наведени здравствени радници који су лиценцирани или сертификовани преписују, издају и/или примењују COVID 19 вакцине; претходно активни и недавно пензионисани професионалци: сваки пензионисани професионалац чија је лиценца или сертификат истекао у протеклих пет година да би преписивао, издавао и/или давао вакцине против COVID 19 у било којој држави или територији САД) и студенти здравствене неге (сваки ученик који има одговарајућу обуку за давање вакцине из своје школе или програма обуке и који је под надзором тренутног здравственог радника са искуством у интрамускуларним ињекцијама)).[71]

Према *PREP Act*-у, тужилац може успети у парници за личну повреду или материјалну штету против покривеног произвођача или оног ко ради на развоју вакцине који произилазе из употребе покривене противмере само ако може да докаже јасним и убедљивим доказима да је произвођач био укључен у намерно недолично понашање које доводи до смрти или озбиљне повреде.[72]

The Countermeasures Injury Compensation Program (CICP) је створен на основу *PREP Act*. Ако појединац доживи повреду као резултат коришћења покривене противмере, он може да поднесе захтев Управи за здравствене ресурсе и услуге. Подносилац захтева мора да попуни образац Захтева за бенефиције и достави медицинске доказе у року од годину дана од примене или употребе контрамере. Када се захтев поднесе, прегледа га медицинско особље у оквиру програма како би се утврдила узрочна веза. Ако је наведена повреда уврштена у табелу

https://www.cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html, 20.11.2022.

[71] PREP Act Immunity from Liability for COVID 19 Vaccinators, *https://www.phe.gov/emergency/events/COVID19/COVIDVaccinators/Pages/PREP-Act-Immunity-from-Liability-for-COVID 19-Vaccinators.aspx*. 3.12.2022.

[72] 42 U.S.C. §§ 247d-6d(c)(5), *https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/247d-6d*. 7.12.2022.

повреда, подносилац захтева има право на претпоставку узрочности.[73] У супротном, подносилац захтева мора да докаже узрочност путем „убедљивих“ доказа. Када се узрочност утврди, подносиоцима захтева се надокнађује штета.[74]

Дејвид Карнеј (*David Carney*), потпредседник удружења адвоката за вакцине, је истицао да је тешко доказати да је повреда директна последица COVID вакцине, а уз рок од 12 месеци да се поднесе захтев од пријема вакцине, све наведено бива додатно отежано. Из тог разлога Рајс закључује да људи који су оштећени вакцином против COVID-а заслужују брзо и великодушно обештећење, што Закон о ПРЕП-у не чини.[75]

Циљ установљавања CICP[76] је био да да помогне у покривању изгубљених плата и медицинских трошкова за људе који су непоправљиво повређени „покриваном противмером“, као што је вакцина. Овај програм има озбиљне недостатке који се огледају у томе да лица која су претрпела повреду здравља ретко путем овог програма заиста и успеју да добију обештећење.[77] CICP-а обезбеђује до 50.000 долара годишње на име ненадокнађених изгубљених плата и медицинских трошкова, с тим да не покрива правне трошкове као ни компензацију за бол и патњу. У случају смрти CICP предвиђа максималну укупну накнаду од 370.376 долара.[78]

CICP није обрадио више од 3.000 захтева током својих 15 година постојања. С обзиром на обухватност вакцинације против COVID 19

---

[73] Пошто се узрочност претпоставља, покривене повреде или стања су само они за које постоје „убедљиви, поуздани, валидни, медицински и научни докази. 42 C.F.R. § 110.20(b). Лица која су претрпела негативне ефекте вакцине, које нису наведене у листама повреда могу и даље да истраже захтеве под CICP-ом, али морају да доказују узрочност убедљивим, поузданим, важећим, медицинским и научним доказима. Видети 42 C.F.R. § 110.20(c)

[74] S. F. Halabi, “Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem”, *UC Irvine Law Review*,Vol. 12, Issue 1, *https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol12/iss1/7/*, 20.11.2022.

[75] You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either, *https://www.cnbc.com/-2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html*, 20.11.2022.

[76] CICP је усвојио Конгрес 2005. као део Public Readiness and Emergency Preparedness Act (PREPA) (Pub. L. No. 109-148, 119 Stat. 2818 (2005) (codified at 42 U.S.C. § 247d-6d)), *https://www.federalregister.gov/documents/2020/04/15/2020-08040/-amendment-to-declaration-under-the-public-readiness-and-emergency-preparedness-act-for-medica*

[77] You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either, *https://www.cnbc.com/-2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html*, 20.11.2022.

[78] *Ibid.*

у САД очекивано је да се подноси 200 захтева сваке године, чак и ако је вакцина релативно безбедна. Осим ако HHS није адекватно припремљен за могућност лавине потраживања, постоји врло реалан ризик да ће процес бити преоптерећен и да ће се створити кашњења која би покренула широко распрострањену фрустрацију код подносилаца захтева.[79]

6. COVAX

Вакцине су се набављале закључењем билатералних споразума са произвођачима, као и преко COVAX-а.

Владе земаља које су инвестирале у процес развоја вакцина склопиле су билатералне споразуме са произвођачима у циљу обезбеђивања приоритета испоруке вакцина својим становницима. Ово је потенцијално могло да доведе до отежане набавке вакцина у земљама које нису учествовале у суфинансирању процеса истраживања и производње вакцине. У циљу омогућавања и сиромашним земаљама да у истом временском оквиру прибаве вакцине за своје становнике, у јуну 2020. године установљен је COVAX.[80]

COVAX представља међународно партнерство које има за циљ да финансијски подржи водеће кандидате за вакцину и обезбеди приступ вакцинама за земље са нижим приходима.[81] COVAX представља међународну организацију која је улагала у кандидате за вакцину, захтевала финансијско обавезивање од влада које су набављале вакцину и која ће повезати владе земаља које преко овог система набављају вакцине са произвођачима вакцина, након што одређена вакцина добије одобрење (*Emergency Use Authorization – EUA*).[82]

COVAX је настао у оквиру шире међународне сарадње познате као ACT (*Access to COVID 19 Tools*) Accelerator. ACT је иницијатива коју воде Светска банка, СЗО, Г20, Европска комисија и конзорцијум

[79] N. M. Pace, L. Dixon, COVID 19 Vaccinations Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign, 2020, *https://www.rand.org-/pubs/perspectives/PEA761-1.html.*

[80] Више вид. A. Mazur, S. Benitez, et. al., “COVAX no fault compensation program for COVID 19 vaccine injuries in 92 low and middle income countries”, *Vaccine*, Vol. 39, 2021, 7128–7130.

[81] Седамдесет девет земаља са вишим приходима су чланице COVAX-а. Њихове владе су помогле при набавци вакцина у 92 земље које иначе не би могле да приуште вакцине против COVID 19. S. Halabi, A. Heinrich, S. B. Omer, „No-Fault Compensation for Vaccine Injury — The Other Side of Equitable Access to COVID 19 Vaccines“, N Engl J Med 2020; 383:e125, 2020, *https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2030600*.

[82] The Unequal Scramble for Coronavirus Vaccines — by the numbers, *https://www.nature.com/articles/d41586-020-02450-x*.

великих глобалних невладиних организација за јавно здравље укључујући *Bill & Melinda Gates Foundation* и друге приватне донаторе удружене у циљу развоја и производње вакцина против COVID 19.[83]

Сиромашније државе су током пандемије пред собом имале дилему да ли да одбију да понуде произвођачима заштиту од одговорности и остану без вакцина против COVID 19 или да оне саме прошире заштиту одговорности и ризикују да имају велики број одштетних захтева којима владе нису у могућности да понуде правичну накнаду. У циљу решења тог проблема у фебруару 2021. установљен је Програм надокнаде без грешке за оне који трпе озбиљне нежељене догађаје повезане са вакцином набављеном преко COVAX-а. Овај програм је настао када су Светска здравствена организација (СЗО) и осигуравајућа компанија *Chubb Limited*, потписали споразум у име COVAX-а.[84] COVAX је установио први међународни *no-fault* систем накнаде штетних последица вакцинације.[85] Циљ COVAX програма је да обезбеди паушалну накнаду без обзира на кривицу у потпуности и коначно измирење свих потраживања квалификованим појединцима у 92 државе са ниским и средњим дохотком, познатим као привреде које испуњавају услове за *Gavi COVAX Advance Market Commitment*[86] или „AMC 92”. Квалификовани поједници су она лица која су претрпела озбиљан нежељени догађај који доводи до трајног оштећења или смрти повезан са вакцином против COVID 19, или применом вакцине против COVID 19, која се набавља или дистрибуира преко COVAX до 30. јуна 2022.

Програм се финансира наплатом коју финансирају донатори на сваку дозу вакцине која се дистрибуира преко COVAX-а и има за циљ смањење потреба за подношењем тужби за повреде у вези са вакцинама које се дистрибуирају COVAX-ом преко националних судских

[83] Donor Profiles, *https://www.gavi.org/investing-gavi/funding/donor-profiles*.

[84] Европска комисија и неколико међународних организација основале су COVAX Facility (СЗО, Коалиција за иновације у вези са спремношћу за епидемију (the Coalition for Epidemic Preparedness Innovations), и Гави (Gavi), Савез за вакцине су успоставили COVID 19 Vaccines Global Access (COVAX) - глобални приступ вакцинама против COVID 19 (COVAX) за набавку и праведну дистрибуцију вакцина. Циљ COVAX система је да обезбеди правичан приступ вакцинама против COVID 19 кроз удруживање ресурса и субвенционисање њихове набавке сиромашним земаљама. *https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax.*

[85] World Health Organization. No fault compensation programme for COVID 19 vaccines is a world first. *https://www.who.int/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-COVID 19-vaccines-is-a-worldfirst*.

[86] COVAX. COVAX commitment agreements, confirmations of intent to participate, and AMC eligible economies – September 21, 2021. *https://www.gavi.org/sites/default/-files/covid/pr/COVAX_CA_COIP_List_ COVAX_PR_V5.pdf.*

система (због дуготрајности, трошкова судских поступака, терета доказивања и неизвесности исхода). Подношење захтева за одштету кроз Програм је добровољно.

Особе које испуњавају услове могу поднети захтеве за надокнаду, уз пратеће доказе које обезбеђују регистровани пружаоци здравствених услуга, користећи јавно доступне обрасце. За подношење пријаве неће се наплаћивати такса, а појединци који испуњавају услове имаће довољно времена (период извештавања је до пет година) да поднесу пријаву након примене вакцине коју дистрибуира COVAX.

Пријаве ће се разматрати у складу са јавно доступном процедуром. Ово укључује процену потраживања од стране централног панела за разматрање и, по потреби, жалбеног већа, оба састављена од здравствених радника. Научни саветодавни панел независних стручњака за јавно здравље даће смернице панелима за ревизију и жалбе у светлу еволуирајућег разумевања безбедности вакцине против COVID 19. Поред упутстава научног саветодавног панела, панели за ревизију и жалбе ће се такође ослањати на доступне налазе из истраживања озбиљних нежељених догађаја након имунизације (AEFI - *Adverse Events Following Immunization*) од стране програма имунизације и регулаторних агенција и закључака AEFI комитета за процену узрочности. Надокнада ће бити обезбеђена ако веће за ревизију или жалбено веће утврди да је вакцина, која је дистрибуирана COVAX-ом или њена администрација, највероватнији узрок повреде која се тврди.

Накнада за програм се израчунава према следећој формули: Бруто друштвени производ по глави становника релевантне привреде помножен са 12 помножен са фактором штете у распону од 1,5 до 0,1 у зависности од природе повреде и нивоа оштећења, како се процењује на основу најновијег издања Водича за процену трајног оштећења[87] Америчког медицинског удружења. Ова формула је тако установљена да на правичан начин одражава разлике у трошковима живота међу земљама и самим тим обезбеђује правичан ниво компензације.

Подношење захтева за одштету кроз Програм је добровољно, али ако подносилац захтева прихвати надокнаду, прихватање је потпуно и коначно.[88]

---

[87] American Medical Association. AMA Guides to the Evaluation of Permanent Impairment, 6th Edition, 2021. *https://ama-guides.ama-assn.org/ books/book/4/AMA-Guides-to-the-Evaluation-of-Permanent*.

[88] R. G. Mungwira, C. Guillard, A. Saldaña, *et al*., „Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries”. PLoS One 2020;15(5):e0233334. https://doi.org/ 10.1371/journal.pone.0233334

Произвођачи вакцина су јасно ставили до знања да без правних гаранција неће испоручивати вакцине ни једној земљи, без обзира да ли учествује у COVAX-у или не. Међународна федерација фармацеутских произвођача и удружења (*IFPMA*), глобална индустријска лобистичка група, је још 2006. јавно изјавила да је захтевала правни имунитет за нежељене ефекте вакцина како би учествовали у одговору на пандемију. Као разлог за захтевано ослобођење навела се неминовност да ће многи вакцинисани претрпети нежељене ефекте, те је разумно очекивати да они буду обештећени за исте.[89]

COVAX је испоручивао вакцине, али је критикован због онога што није радио. Програм није радио на подстицању развоја знања у нацијама у којима је деловао, као ни у инфраструктури потребној за самосталну производњу сопствених вакцина. Такво поступање је довело до питања да ли је COVAX део проблема или решења, с обзиром да се не бави суштином проблема. Софи Харман (*Sophie Harman*), професорица међународне политике на Универзитету Квин Мери у Лондону изјавила је: „Ако је ваш проблем што желите да имате приступачне вакцине широм света које би покривале већину света, онда би решење било бесплатно лиценцирање или обавезно лиценцирање, а COVAX то не ради", објаснила је она. Још једна критика COVAX-а је и недостатак транспарентности у његовим уговорима са фармацеутским компанијама.[90]

7. ЗАКЉУЧАК

Из свега што смо до сада сазнали намеће се закључак који не охрабрује. Чини се да су у причи о вакцинацији против COVID 19 заштићени сви осим оних чија заштита је и најважнија, а то су лица на којима је вакцинација спровођена. Иако је привидно обезбеђена могућност обештећења (ако је и могуће говорити овом терминологијом о људском здрављу и животу) она, како се из сазнатог чини, суштински неће бити примењива и биће, ако не једнако, а онда слично грађанскоправној парници тешко доказива. Самим тим ће лица која су се суочила са последицама вакцинације, као и она лица које ће се тек суочити са последицама бити изиграна од стране система у којем су и за који су ушли у очигледни ризик по здравље.

---

[89] S. F. Halabi, “Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem”, *UC Irvine Law Review*,Vol. 12, Issue 1, *https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol12/iss1/7/*, 20. 11. 2022.

[90] Is COVAX part of the problem or the solution?, *https://www.devex.com/news/is-covax-part-of-the-problem-or-the-solution-99334*., 24.1.2023.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ezekiel, Emanuel, Buchanan, A, Chan SY, et. al. “What are the obligations of pharmaceutical companies in a global health emergency?”, *Lancet* 2021;
2. Halabi, Sam, Monahan, John, “Regulatory Capacity in Low - and Middle - Income Countries: Lessons from the H1N1 Influenza Pandemic”, *Food and drug regulation in an era of globalized markets*, 2015;
3. Halabi, Sam, Omer, Saad, ”A Global Vaccine Injury Compensation System”, *JAMA*, 317 (5), 471, 2017;
4. Klein, Nicola, Bartlett, J, et al. “Waning Protection After Fifth Dose of Acellular Pertussis Vaccine in Children”, *The New England Journal of Medicine*, 367; 11, 2012;
5. Kurtz, Sheldon, “The Law of Informed Consent: From “Doctor is Right” to “Patient Has Rights” ”, *SYRACUSE L. REV.*, Vol. 50, 2000;
6. Mazur, Anne, Benitez, Stefanie, et. al. “COVAX no fault compensation program for COVID 19 vaccine injuries in 92 low and middle income countries”, *Vaccine*, Vol. 39, 2021;
7. Mello, M. Michelle, “Rationalizing Vaccine Injury Compensation”, *Bioethics*, Vol. 22, Issue 1, 2008;
8. Mujović - Zornić, Hajrija, „Odgovornost za štetu od vakcina”, *Pravni Život* 9/2016;
9. Mullard, Asher, ”COVID 19 Vaccine Development Pipeline Gears Up”, *Lancet*, Vol 275, 2020;
10. Plotkin, Stanley, ”History of Vaccination“, *PNAS*, Vol. 111, no.34, 2014, 12283;
11. *Principles Of Bacterial Pathogenesis*, Eduardo A. Groisman ed., 2001;
12. Rajić, Ćalić, Jovana, „Pravni položaj zaposlenih u prvoj liniji za vreme vanrednog stanja usled pandemije virusa kovid 19 u Srbiji”, *Pandemija Kovida 19: pravni izazovi i odgovori*, Institut za uporedno parvo 2021;
13. Roberts, J. N. & Gruber, M. F., “Regulatory Considerations in the Clinical Development of Vaccines Indicated for Use During Pregnancy”, *VACCINE*, Vol. 33, 2015;
14. Schmidt, Bernd, “Proof of Principle Studies”, 68 *EPILEPSY RES*. 49, 2006;
15. Stjepanović, Bogdana, Čović, Ana, „Nacionalni program naknade štetnih posledica izazvanih vakcinacijom u Sjedinjenim Američkim Državama i COVID 19“, *Pravni i društveni aspekti vakcinacije tokom pandemije kovida 19*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022;
16. Tošić, Iva, „Uticaj pandemije virusa Kovid 19 na osiguranje od internet rizika“, *Pandemija Kovida 19: pravni izazovi i odgovori*, Institut za uporedno parvo 2021;

17. Tozzi, E. Alberto, Asturias, E. J., Balakrishnan, M., Halsey, N. A., Law B., & Zuber, P. L.F., “Assessment of Causality of Individual Adverse Events Following Immunization (AEFI): A WHO Tool for Global Use”, *Vaccine*, Vol. 31, Issue 44, 2013.

Интернет извори

1. Blaylock, R. L., “COVID UPDATE: What is the truth?”, *Surg Neurol Int.*, Vol. 13, 2022. *https://surgicalneurologyint.com/surgicalint-articles/covid-update-what-is-the-truth/*;
2. Dance, A., ”Coronavirus Vaccines Get a Biotech Boost”, *NATURE, https:// www.nature.com/articles/d41586-020-02154-2*;
3. Davies, M., Ruiz, I., Langlois, J., Furneaux, R., ‘Held to ransom’: Pfizer plays hardball in COVID 19 vaccine negotiations with Latin American countries. Feb 23, 2021. *https://www.statnews.com/2021/02/23/pfizer-plays-hardball-in-covid19-vaccine-negotiations-in-latin-america*;
4. Folegatti, P. M., Ewer, K. J., Aley, P. K., Angus B. et. al., Safety and Immunogenicity of the ChAdOx1 nCoV-19 Vaccine Against SARS-CoV-2: A Preliminary Report of a Phase 1/2, Single-Blind, Randomised Controlled Trial, LANCET, Vol. 396, 2020. *https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31604-4/fulltext*;
5. Guarascio, F., Limited Legal Protection for COVID Vaccine Makers Hampers EU Deals, *https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-eu-vaccines-idCNL8N2FR5Z4*;
6. Halabi, J. D. S., Heinrich, A., Omer, S., “No-Fault Compensation for Vaccine Injury — The Other Side of Equitable Access to COVID 19 Vaccines”, N Engl J Med 2020; 383:e125, *https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2030600*;
7. Halabi, S., Heinrich, A., Omer, S. B., ”No-Fault Compensation for Vaccine Injury — The Other Side of Equitable Access to COVID 19 Vaccines“, N Engl J Med 2020; 383:e125, 2020, *https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2030600*;
8. Halabi, S., Monahan, J., “Sharing the Burden of Ebola Vaccine-Related Adverse Events”, 2015. *https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/658/*;
9. Iunes R. F. et al., “Confidentiality Agreements: A Challenge in Market Regulation”, *International Journal for Equity in Health*, Vol. 18, *https://equityhealthj.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12939-019-0916-3*;
10. Mungwira, RG, Guillard, C., Saldaña, A., et al., „Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries”. PLoS One 2020;15(5):e0233334. *https://doi.org/ 10.1371/journal.pone.0233334*;

11. Pace, N. M., Dixon, L., COVID 19 Vaccinations Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign, 2020, *https://www.rand.org/pubs/perspectives/PEA761-1.html*;
12. Parkinson, J., FDA Fast Tracks 2 COVID 19 Vaccines, Contagionlive (July 13, 2020), *https://www.contagionlive.com/view/fda-fast-tracks-2-covid19-vaccines;*
13. PREP Act Immunity from Liability for COVID 19 Vaccinators, *https://www.phe.gov/emergency/events/COVID19/COVIDVaccinators/Pages/PREP-Act-Immunity-from-Liability-for-COVID 19-Vaccinators.aspx*;
14. Ravelo, J. L., “Is COVAX Part of the Problem Or the Solution?”, DEVEX, 2021, *https://www.devex.com/news/is-covax-part-of-the-problem-or-the-solution-99334*;
15. S. F. Halabi, “Solving the Pandemic Vaccine Product Liability Problem”, *UC Irvine Law Review*,Vol. 12, Issue 1, *https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol12/iss1/7/, 20.11.2022*;
16. The Unequal Scramble for Coronavirus Vaccines — by the numbers, *https://www.nature.com/articles/d41586-020-02450-x*;
17. "Fauci said it will take 12 to 18 months to get a coronavirus vaccine in the US. Experts say a quick approval could be risky." *https://www.businessinsider.com/coronavirus-vaccine-quest-18-months-fauci-experts-flag-dangers-testing-2020-4*;
18. "Pfizer and BioNTech Dose First Participants in the U.S. as Part of Global COVID 19 mRNA Vaccine Development Program. *https://www.pfizer.com/news/press-release/press-release-deta-il/pfizer_and_biontech_dose_first_participants_in_the_u_s_as_part_of_global_covid_19_mrna_vaccine_development_program*;
19. American Medical Association. AMA Guides to the Evaluation of Permanent Impairment, 6th Edition, 2021. *https://ama-guides.ama-assn.org/books/book/4/AMA-Guides-to-the-Evaluation-of-Permanent*;
20. AstraZeneca Resumes US COVID 19 Vaccine Trial; Expects Results Later this Year, *https://www.biopharmareporter.com/Article/2020/10/26/AstraZeneca-resumes-US-COVID 19-vaccine-trial*;
21. Biden Plans to Release Nearly All Available Vaccine Doses to Speed Inoculations, *https://www.nytimes.com/2021/01/08/world/biden-vaccine.html*;
22. Bill Gates and Anthony Fauci: a ‘Formidable, Nefarious’ Partnership**,** *https://childrenshealthdefense.org/defender/rfk-jr-the-real-anthony-fauci-bill-gates/*;
23. COVAX. COVAX commitment agreements, confirmations of intent to participate, and AMC eligible economies – September 21, 2021. *https://www.gavi.org/sites/default/files/covid/pr/COVAX_CA_COIP_List_ COVAX_PR_V5.pdf*;

24. COVID 19 Vaccine Developers Can Limit Liability From Trials, *https://www.law360.com/articles/1279847/COVID 19-vaccine-developers-can-limit-liability-from-trials*;
25. COVID 19 Vaccine Procurement in South Africa: What We Know, What We Don't Know and What We Should Know, *https://www.corruptionwatch.org.za/wp-content/uploads/2021/02/COVID19-Vaccine-Procurement-Quinot-for-CW-210216.pdf*;
26. Declaration Under the Public Readiness and Emergency Preparedness Act for Medical Countermeasures Against COVID 19, 85 Fed. Reg. 15,198 (eff. Feb. 4, 2020, pub. Mar. 17, 2020), *https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/17/2020-05484/declaration-under-the-public-readiness-and-emergency-preparedness-act-for-medical-countermeasures*;
27. Donor Profiles, *https://www.gavi.org/investing-gavi/funding/donor-profiles*;
28. Efficacy Controversy Hits European COVID 19 Vaccine Rollout, *https://www.pharmexec.com/view/efficacy-controversy-hits-european-COVID 19-vaccine-rollout*;
29. European Countries Resume Use of AstraZeneca's COVID 19 Vaccine, Hoping Pause has Not Dented Confidence, *https://www.science.org/content/article/european-countries-resume-use-astrazenecas-COVID 19-vaccine-hoping-pause-has-not-dented*;
30. *For Whose Benefit? Transparency In The Development And Procurement Of COVID 19 Vaccines*, 2021, *https://ti-health.org/content/for-whose-benefit-transparency-in-the-development-and-procurement-of-COVID 19-vaccines/*;
31. Fully Vaccinated Are COVID 'Super-Spreaders,' Says Inventor of mRNA Technology, *https://childrenshealthdefense.org/defender/justin-williams-robert-malone-fully-vaccinated-covid-super-spreaders/*;
32. Governments Sign Secret Vaccine Deals. Here's What They Hide, *https://www.nytimes.com/2021/01/28/world/europe/vaccine-secret-contracts-prices.html*;
33. How drug companies' PR tactics skew the presentation of medical research. *https://www.theguardian.com/science/2011/may/20/drug-companies-ghost-writing-journalism, 19.11.2022*;
34. *https://www.efvv.eu/*;
35. *https://www.federalregister.gov/citation/85-FR-15198*;
36. *https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-(COVID 19)vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=EAIaIQobChMI8Yqj_6eq-gIVkuN3Ch3uLAxVEAAYASAAEgKJNfD_BwE*;
37. *https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax*;

38. Idaho doctor reports “20 times increase” in cancer among those “vaccinated” for covid. *https://naturalnews.com/2021-09-14-idaho-doctor-20times-increase-cancer-vaccinated-covid.html*;
39. In Race for a Coronavirus Vaccine, an Oxford Group Leaps Ahead." *https://www.nytimes.com/2020/04/27/world/europe/coronavirus-vaccine-update-oxford.html*;
40. Liability Issues Related to COVID 19 Vaccine Manufacturing and Global Distribution, *https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11905*;
41. Moderna Speeds Up Timeline for COVID 19 Vaccine, Gets All-Clear for Phase 2 Trial. *https://www.barrons.com/articles/moderna-coronavirus-vaccine-COVID 19-phase-2-approval-fda-51588857786*;
42. Public hearing of the U.S. Senate Health, Education, Labor, and Pensions Committee од 12.5. 2020;
43. Public Readiness and Emergency Preparedness Act (PREP Act), *https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:42%20section:247d-6d%20edition:prelim*;
44. South Africa paying more than double EU price for Oxford vaccine. Jan 21, 2021. *https://www.theguardian.com/world/2021/jan/22/south-africa-paying-more-than-double-eu-price-for-oxford-astrazeneca-vaccine*;
45. Question for written answer E-006615/2020 to the Commission Rule 138, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006615_EN.html*;
46. Transparency & Accountability Is Crucial If A Vaccine Is To Overcome COVID 19, *https://www.transparency.org.uk/coronavirus-COVID 19-vaccine-transparency-accountability-clinicial-trials*;
47. Vaccine Contract Forces a Government to Pay if Pfizer Makes Mistakes, *https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2021-03-10/vaccine-contract-forces-dominican-republic-government-to-pay-if-pfizer-makes-mistakes*;
48. World Health Organization. No fault compensation programme for COVID 19 vaccines is a world first. *https://www.who.int/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-COVID 19-vaccines-is-a-worldfirst*;
49. You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either, *https://www.cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html;Zašto EU nije ranije odobrila vakcine?, https://www.dw.com/sr/za%C5%A1to-eu-nije-ranije-odobrila-vakcine/a-55996095*.

Research-associate Bogdana Stjepanović, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

EXEMPTION FROM CIVIL LIABILITY OF THE MANUFACTURER OF THE VACCINE AGAINST COVID-19 FOR HARMFUL CONSEQUENCES CAUSED BY THE VACCINATION

Summary

Until the advent of vaccines against COVID-19, new vaccines had to go through extensive, multi-year safety testing before being approved and used. Considering that the vaccines against COVID-19 are based on new technologies (mRNA and DNA vaccines), it was expected that the testing process itself would take longer compared to vaccines based on decades of existing technologies. The dramatically accelerated process of manufacturing vaccines against COVID-19 (only few months) has created the prospect that existing vaccines are either ineffective against the virus itself or carry serious health risks, which is reflected in the numerous side effects that followed the vaccination and which continue to occur.

With the appearance of side effects came the question of responsibility for them. Different legal systems regulate the issue of liability for adverse effects caused by vaccination differently. There is a noticeable trend in the world to release vaccine manufacturers from civil liability and to establish a no-fault liability system, with the implementation of special compensation programs for adverse consequences caused by vaccination.

In the paper, we investigate the validity of exemption from civil liability of vaccine manufacturers and the applicability of existing compensation programs for injuries caused by vaccines against COVID-19.

Key words: *COVID 19; Vaccination; Civil liability; Pharmaceutical companies; Compensation programs for adverse effects of vaccination.*

УДК/UDC 27.524:34
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Протосинђел др Јоаким Беженариу

Букурештанска архиепископија, Румунске патријаршије

ПРАВО ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ ДА ПОСЕДУЈЕ И УПРАВЉА ДОБРИМА – КАНОНСКЕ ОДРЕДБЕ

Црква је од свог оснивања спознала потребу да идентификује неопходна средства за издржавање служитеља и за своје активности. Полазећи од етимологије речи и њене класичне дефиниције (од фр. colportage = ширење; дистрибуција књига, штампе; књига по сниженој цени, илустрована, штампана у великом тиражу, на нивоу популаризације; путујућа трговина итд.), аутор у свом раду анализира колико је колпортажа у данашње време попримила у Цркви ширу димензију и карактер вишеструке корисности, како у новчане сврхе, ради повећања финансијских средстава неопходних за црквену делатност, а посебно за мисионарску, културну и добротворну, за ширење богослужбених предмета и популаризацију правоверја кроз књиге, часописе, иконе и друге предмете.

Кључне речи: Црквена колпортажа; Црквена продавница; Продаја богослужбених предмета; Економско-мисионарска делатност; Црквена аутономија.

1. УВОД

Од самога свога заснивања Црква је спознала потребу да идентификује неопходна средства за издржавање својих служитеља и обављање својих делатности. Тако је, на пример, свети апостол Павле плео корпе. Испрва познат као Савле, рођен је у раним годинама хришћанске ере, у Тарсу, главном граду провинције Киликије у Малој Азији, од имућних родитеља Јевреја који су поседовали ткачницу штофова од козје длаке, од чега су израђивали огртаче, корпе и шаторе, којима су трговали. Касније, у 9. веку, Црква се правно организовална и била је призната од стране државе.

Јоаким Беженариу, *bejenariujoachim@gmail.com*.

Овај нови законски контекст појачао је акције специфичне милосрдној љубави Цркве, изражене кроз друштвене, добротворне, образовне, медицинске, и друге активности. Временом оне су наметнуле организовање привредних делатности намењених издржавању Цркве, систематизованих кроз канонске и номоканонске прописе, а касније кроз одредбе статута и правилника сваке аутокефалне православне цркве.

2. СМИСАО И ЗНАЧАЈ

У наше време колпортажа има све значајнију улогу у животу Цркве, тим више што то намеће пројављивање црквенога духовног идентитета, кроз освећење и обнављање света, њена мисионарско-културна и друштвено-добротворна сврха. Међутим, значај колпортаже данас је наглашен и специфичностима тржишне економије у којој се налазимо, као и начелом црквене аутономије у односу на светске секуларне институције с којима Црква сарађује. Као богочовечанска установа Спаситеља нашег Исуса Христа, која обухвата значајан сегмент житеља света, Црква специфично афирмише свој живот и деловање, што се пројављује и кроз вишеструке материјалне облике симболичког изражавања.

Полазећи од етимологије речи и њене класичне дефиниције (од fr. *colportage* = ширење; дистрибуција књига, штампе; јефтина књига, илустрована, штампана у великим тиражима, на нивоу популаризације; путујућа трговина и сл.),[1] колпортажа је попримила у Цркви ширу димензију и карактер вишеструке корисности, и у новчане сврхе, за повећање финансијских средстава неопходних за црквену делатност, а посебно у мисионарске, културне и добротворне сврхе, у распрострањавању богослужбених предмета и популаризацији правоверја кроз књиге, часописе, иконе итд. Можемо рећи да је уцрквењавањем колпортажа попримила већи обим свог садржаја, семантичку еволуцију добијену употребом као термина који означава сложену и потребну делатност црквеног живота.

Делатност колпортаже постала је неопходна Цркви, пре свега због динамичног карактера њене традиције, која светим симболима даје духовну вредност кроз различите облике изражавања, још од рано-хришћанског периода. О изради и дистрибуцији првих икона, распећа, кандила, одежди и култних предмета, богослужбеног материјала (погача, вино, тамјан, уље, свеће и др.), медаљона, хришћанских значака, али и светих штива које је требало преписивати и ширити међу

[1] Сходно: *DEX*, București, Ed. Univers Enciclopedic, București 2015, 198.

писменима, могли бисмо рећи да представљају прве облике црквене колпортаже. Црква је одувек водила рачуна о производњи и дистрибуцији ових специфичних предмета, природно полажући право на монопол над њиховом производњом и дистрибуцијом на подручју, али истовремено преузимајући одговорност за њихов квалитет и аутентичност.

3. СПЕЦИФИЧНОСТ КОЛПОРТАЖЕ У РУМУНСКОЈ ПРАВОСЛАВНОЈ ЦРКВИ

Сходно важећем *Статуту о организовању и функционисању Румунске православне цркве*,[2] црквену колпортажу треба организовати на епархијском, протопрезвитерском, парохијском и манастирском нивоу,[3] дакле на свим структурним нивоима наше Цркве, под централном координацијом Светога синода. Сваки епархијски центар има слободу и одговорност да, у пуном сагласју и у братском заједништву, организује активност колпортаже, под управом највишега форума Румунске православне цркве – Светога синода.

Наша Црква, природно, има право и обавезу да производи, да израђује, дистрибуира и продаје своје специфичне богослужбене предмете, специфичне иконе и књиге, а из тога произлази и одговорност за њихов квалитет и аутентичност.

Црква, дакле, треба да буде једини произвођач и испоручилац култних предмета, чак и ако због недостатка сопствене технологије може да користи за израду услуге световних предузећа или радионица. Тржишни монопол произвођења, дистрибуције и продаје култних предмета потпуно је у власништву Румунске православне цркве, на основу Закона 103/1992 (у погледу искључивог права вероисповести на произвођење култних предмета), сходно којем свака државом призната вероисповест има искључиво право на производњу и продају специфичних предмета. Овај закон није привилегија за већинску националну цркву, него има у виду регулисање посебних делатности сваке вероисповести, будући истовремено и средство делимичног самофинансирања, због високе улоге коју вероисповести имају у животу грађана ове земље и значаја културно-добротворне делатности Румунске православне цркве.

У погледу начина организовања колпортаже у Румунској православној цркви, најпре се морамо осврнути на узорак који пружа Буку-

[2] *Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române*, члан 61слово h, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București 2008, поновно издање 2022.

[3] *Ibid.*, чл. 76, сл. е.

рештанска архиепископија, чији је архипастир сам предстојатељ Румунске православне цркве, Његово блаженство отац патријарх Данијел.

Организовање *Службе за колпортажу* у првој епархији наше Цркве пружа могућност остваривања два главна циља која се имају у виду:

1) Понуда књига и црквених предмета доброг квалитета и по повољним ценама за мисионарско-културну и поучно-духовну делатност, ради повећања побожности верника кроз јавно и приватно богослужење;

2) Остварење значајног процента финансијских прихода за подршку црквене активности у наведене сврхе, претежно у добротворном и мисионарском раду.

Како би требало и како не би требало да се одвија делатност колпортаже у Цркви?

Колпортажа, као административна, духовна, мисионарско-културна и добротворна делатност Цркве, мора се организовати уз њен благослов који даје надлежни архијереј и у потпуној сагласности са одлукама Светог синода. И књиге верско-духовног садржаја и богослужбени предмети морају поштовати правоверно учење, следити поредак у начину њиховог састављања, а за то Црква гарантује. Стога је од велике важности да се култни предмети и књиге израђују, колико је то могуће, у сопственим радионицама Цркве, а када су израђени у приватним радионицама, морају добити благослов надлежног епископа, тако да у потпуности поштују православну традицију, да буду аутентични.

На тај начин Црква следи аутентично очување православног предања, кроз које се изражава њена вера и живљење, али не треба занемарити чињеницу да се израдом, куповином и продајом култних предмета и верских књига могу употпунити приходи, те Црква добија, бар делимично, извесну финансијску аутономију за своју вишеструку делатност.

У делатности колпортаже и не само у њој, Црква мора избегавати и одлучно побијати сваковрсни кич, који често виђамо и у путујућој трговини на тезгама око великих светиња или при освећењу цркава и манастира.

Ево прикладног гледишта које је изразио један служитељ Цркве:

„Исти поредак се мора поштовати и у погледу сликања или израде икона, које такође, обавезно, морају да прате православну ерминију сликарства, да би тако могле стећи статус иконе. Немају све такозване

иконе са тржишта овај статус, многе од њих су, у најбољем случају, слике са религиозним садржајем, а да не помињемо управо ужасне творевине, којима се непримерено приписује назив икона.

Исто тако, књиге верског или духовног садржаја морају носити благослов Цркве, будући издате у издавачким кућама православних епархија у земљи, или чак иако су објављене у другим издавачким кућама, морају имати благослов надлежног епископа. На тај начин Црква не настоји да цензурише садржај дотичне књиге, него проверава поштовање правоверја које та књига исповеда. Ово казујемо зато што су у многе књиге, објављене без благослова Цркве, продрле свакојаке догматске грешке, што наноси велику душевну штету онима који се духовно хране њиховим садржајем. Постоји такође низ таквих књига које гаје лажну и нездраву побожност верника, као што су: „Талисман“, „Сан Мајке Божије“, „Посланица Господа нашег Исуса Христа“ и др., које нису православне књиге, нити гаје православну духовност. Управо због тога такве књиге, објављене без благослова Цркве, не треба ни куповати ни читати, јер погрешним учењем разбољевају душу.

Што се тиче култних предмета или икона израђених без благослова Цркве, потребно је рећи да ни њих не треба куповати, пошто немају то својство, јер не поштују ерминију нити православни поредак њихове израде.“[4]

Ето због чега се данас намеће све већи опрез наше Цркве у погледу организовања колпортаже при богомољама, и да би се верницима понудили аутентични црквени производи, квалитетни и духовно корисни, али и да Црква не би предуго стојала „са испруженом руком“, без организовања своје делатности и ради стицања сопствених прихода, „како не би издржавала паралелне индустрије, које да се богате на рачун верника, а не да користе приходе у добротворне сврхе, нудећи верницима књиге и предмете који не поштују православни поредак“.[5]

Какво значајно место заузима данас колпортажа у животу Цркве види се и из тврдњи човека од културе и теолога Костиона Николескуа:

„Остава и продавница црквених предмета јесу, на неки начин, излог богомоље којој припадају, њених служитеља, заједнице која их ствара и њима управља. Излог, витрина (од fr. *vitre* = прозор) подра-

[4] L. Farcaşiu, ”Colportajul se face numai cu binecuvântarea Bisericii”, у *Ziarul Lumina*, 6 децембар 2010. Доступно на: *http://ziarullumina.ro/sfaturi-practice-in-biserica-colportajul-se-face-numai-cu-binecuvantarea-bisericii--18653.html*, 04.06.2018.

[5] *Ibid*.

зумева провидност. Провидност ка литургијском изражавању, ка вери, ка начину на који се односе према Богу они о којима казује. Обично се настоји да се из тога извуче што је најбоље, покушава се да се привуку гледаоци, а да ипак не буду обманути. У суштини, за неке то може бити прво место мисионарења, изношења позива на чисту веру у Христа. Критеријум састава и сређења треба да буде само један: лепота која слави”.[6]

4. ПРАВО ЦРКВЕ ДА ПОСЕДУЈЕ ИМОВИНУ И ДА УПРАВЉА ИМОВИНОМ

Црква је од почетка постојања у историји оправдавала своје прибегавање привременим добрима само у мери у којој су она била апсолутно потребна за живот заједнице, посебно за помоћ сиромашнима.[7] Управо од апостолских времена Црква је истакла своје право да поседује имовину и поверила црквеној власти право да њоме управља, ради издржавања хришћанских заједница, као и ради помоћи невољнима.[8]

Право управљања имовином Цркве заснива се на обичајном или природном закону, као и на *Светом писму* и Светом Предању. Ово право се не може порећи, све док се Цркви признаје постојање.[9] Црква је духовно друштво по божанском циљу којем тежи, али и људска заједница, са специфичним материјалним потребама.[10]

Самим својим постојањем Црква има право да стиче средства саобразна својствима којима може достићи циљ који јој је одредио Утемељитељ. Остварење опште сврхе налази се потврђено у препоруци нашег Спаситеља Исуса Христа да све делимо са ближњима. Када је рекао ученицима, шаљући их да проповедају Јеванђеље целом свету, да не брину о стицању добара и потребног новца, Спаситељ је имао на уму да ће се људи бринути за храну и за њихове потребе (Лк. 8,3).). То су појмили и поглавари Цркве и верници, и они су матери-

[6] C. Nicolescu, “Colportajul bisericesc, vitrină a stării duhovnicești a unei comunități”, Доступно на: *https://cidadededeus.wordpress.com/2010/06/21/colportajul-bisericesc-vitrina-a-starii-duhovnicesti-a-unei-comunitati/*.

[7] G. Grigoriță, “Prevederi canonice privind dreptul de administrare a bunurilor Bisericii”, *Bunurile Bisericii – ieri și astăzi: actele simpozionului internațional de drept bisericesc de la Centrul social-pastoral „Sfânta Cruce” (Mănăstirea Caraiman), din 16-17 noiembrie 2014*, Ed. Basilica, București 2016, 168.

[8] *Ibid.*, 168.

[9] I. N. Floca, *Drept canonic ortodox, legislație și administrație bisericească*, vol. I, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1990, 452.

[10] I. D. Ivan, *Bunurile bisericești în primele șase secole: situația lor juridică și canonică*, Ed. Basilica, București 2004, 41.

јалним средствима којима је сваки располагао настојали да допринесу отклањању тешкоћа са којима су се сретали у обављању делатности у вези са повереним им задатком.[11]

Природно право Цркве на материјална добра произлази и из *Светог писма Старог и Новог Завета* (упор. Бр 8,8,25; 25,1; 1.Кор. 9,3,17), и из дела Светих Отаца који, коментаришући текстове *Старог и Новог Завета*, с једне стране потврђују ово право, а са друге стране хвале великодушност верника према Цркви. Као религиозно друштво, независно од било ког другог друштва, Црква је морала сама да изнађе неопходна средства за постизање свога циља. Ова средства нису од почетка приказана на детаљан и коначан начин, као што не срећемо ни коначна утврђена начела у погледу организације Цркве, осим учења њеног Утемељитеља.[12]

Текстови светих канона, кроз које су Свети Оци постепено установили ова начела, примењиви су и у погледу имовинских права Цркве, било да су добили облик догматских формулација, било облик дисциплинских кажњавања.[13] Пошто се ширење хришћанства није увек одвијало под истим условима, Црква је морала да води рачуна о специфичном друштвеном уређењу народа које је преобраћала у нову веру.[14]

Кроз историју, начин остваривања права на управљање имовином Цркве еволуирао је у складу са развојем хришћанских заједница и с постојећим правним режимом у државама у којима су оне биле организоване и деловале.

5. СВРХА УПРАВЉАЊА ЦРКВЕНИМ ДОБРИМА (ПАСТИРСКА, ЛИТУРГИЈСКА И ДРУШТВЕНА*)*

Господња заповест „Љуби ближњега свога...“ (упор. Мт 22,39) није једноставна изјава, већ нам показује пут спасења, као што нам казује Свети апостол Петар (2.Пет 3,13). Свети апостоли, добро поимајући реч Божију и проповедајући је, поставили су љубав према људима у темељ свога деловања, у темељ живота првих групација или заједница Новог Закона.[15]

На том темељу су градили и према њему уређивали односе унутар хришћанских заједница, укључујући и породичне или својинске (имо-

[11] I. N. Floca, (1990), 452.
[12] *Ibid.*, 452.
[13] I. D. Ivan, 45.
[14] *Ibid.*, 45.
[15] I. N. Floca, (1990), 452.

винске) односе. Они нису зачели ништа изван подручја деловања хришћанске љубави и нису утврдили друга начела сем овога за организацију примарне Цркве, по поретку друштвеног, материјалног, економског живота. На позив Господа и Његових ученика, око њих су се окупили људи из целокупнога тадашњег друштва и света: робови и слободни, сиромашни и богати, грешни и врлински, Јевреји и Јелини, Римљани и варвари итд.

Слегли су се као синови истог Оца, као браћа, као чланови исте породице, њихова света заједница темељила се и изграђивала на братској љубави, „свези мира“ (Еф 4:3; Кол 3:15). И, као у добро сазданој породици, у којој су сви солидарни и побуђени љубављу међу собом, ко би могао да преступи поредак те да своју љубав не пројави делима (Јак 2,8; 2,17-20), да не докажу своју љубав једни другима на такав начин, а да не буду откривени у лажима (1.Јн 4,20) када су заједничком вером посведочили да љубе Бога?

Природна последица положаја који су они слободно створили и прихватили било је не само топло духовно општење, него и братска помоћ у животним потребама. Међутим, како је изгледао друштвени састав првобитне Цркве, међусобна помоћ њених чланова у почетку је могла имати само облик милостиње, облик који је одржавао класне и народносне разлике. Израз доброчинства биле су агапе, које су, у првој фази, трајале врло кратко.[16]

а) Сврха управљања црквеним добрима за подршку пастирским делатностима

Имовина Цркве је од почетка коришћена и за подршку пастирске делатности. Што се тиче клирика, учење Цркве ускладило се са речима Светог апостола Павла, дозвољавајући служитељима цркве да се издржавају од њених прихода,[17] следећи увек подстрек Спаситеља Исуса Христа, који каже: „[...] на дар добисте, на дар дајте. Не прибављајте злата, ни сребра, ни бакра у своје појасеве, ни торбе на пут, ни две хаљине, ни обуће, нити штапа; јер је радник достојан своје хране“ (Мт 10,8-10).

Следећи новозаветним одредбама, свети канони предвиђају да служитељи Цркве користе приход добијен од управљања имовином Цркве само да би себи обезбедили пристојан живот, а остатак прихода да посвете издржавању богомоља и друштвеним делатностима Цркве.[18] Коментаришући упутство Светога апостола Павла да они

[16] *Ibid.*, 453.
[17] G. Grigoriţă, (2016), 184.
[18] *Ibid.*, 185.

који служе олтару живе од прихода Цркве, свети Јероним истиче обавезу пристојности у животу клирика.[19]

б) Сврха управљања црквеним добрима за подршку култним делатностима

Управљање црквеним добрима обављано је и ради испуњавања култних захтева, за верску службу, као и за одржавање богомоља и њихово опремање специфичним богослужбеним предметима.

ц) Сврха управљања црквеним добрима за подршку друштвено-добротворних делатности

Кроз милостињу се даје делимичан и пролазан израз живљења хришћана по заповести љубави, што значи, у ствари, израз вере у бесмртност и васкрснуће, по призиву Христовом. Самоодрицање у циљу чињења добрих дела оних који су ушли у Цркву тек је било почело, са првим корацима у Дому Господњем. Морало је да расте, а хришћани су добили прилику да га усаврше и покажу из дана у дан све испуњенијим.

У другој фази развоја хришћанског друштва, обављање добротворних акција било је императивна нужност живота целе заједнице, која се више није могла задовољити само милостињом, ма колико она била добро организована. Можда раније него што се могло очекивати, самоодрицање је било потребно одмах конкретизовати у овом свету, за постизање вечног живота и радости. И није каснило да поприми најаутентичнији-јеванђелски облик: одрицање од приватног иметка.[20]

Ово није наметнуто као заповест, већ је препуштено слободној процени хришћана, као што је и примање вере и стицање спасења такође личан, слободан и свестан чин. Међутим, пошто ко је желео ово није могао да одбије оно прво, које се јавља не само као препорука, већ и као морални верски императив. Без одлике друштвене обавезе, правног типа, одустајање од приватног иметка било је морална обавеза са друштвеним валентностима, јер се морално и друштвено није могло раздвојити. Није се могла допустити једна морална норма – као индивидуална и друга морална норма – као друштвена. Обе су тада, као и данас, биле повезане огромном увреженошћу заједничких елемената.

Услед тога Свети апостоли упућују хришћане у Јерусалиму да дају жив и речит доказ љубави према ближњем, одричући се себе у смислу одрицања од свог приватног иметка, а њихова добра да буду

[19] Hieronymus, *Commentariorum in Michaeam Prophetam*, I, cap. III, n. 472 (*PL* 25), col. 1184, *apud* G. Grigoriţă, 185.

[20] I. N. Floca, (1990), 454.

коришћена за потребе свих, целе Цркве. Они који су имали заједничку веру, породицу и заједничку кућу, која је била Црква, уређена по правилима друштвеног живота, они који су се заједно молили, нису могли да одбију бригу и одговорност за своју нову кућу.[21]

Они, који су се одрекли својих старих паганских веровања и обреда, нису могли да се зауставе на средини пута или да сумњају у смисао ових одрицања, могли су само да пристану на други велик корак, на одвајање од материјалних добара, да би усавршили врлину самоодрицања. И заиста, већина је наставила тим путем користећи иметке заједно, да нико не би трпео немаштину. Ово сведочанство њихове вере и љубави кроз дела, које је потпуно „испуњавало Закон“, потресло је стари свет и испунило бригом оне који су своју срећу градили тлачењем својих ближњих. То је било живо и отворено сведочанство убеђења или само прецизне интуиције коју су имали први хришћани, да је љубав према новцу и материјалним добрима извор зла и патњи које су харале светом (1.Тим 6,4,10) . Ова истина је увек проверавана и никада није оповргнута током историје човечанства. Свети апостоли, управљачи које је Христос изабрао и поставио, сматрали су да треба уклонити узрок који одржава неједнакост међу хришћанима, односно приватну својину, како она више не би нарушавала њихово јединство.[22]

Ево како *Свето писмо* представља нови облик друштвеног уређења хришћанске заједнице предвођене Светим апостолима: „А сви који су поверовали беху заједно и имали су све заједничко; продавали су што су стекли и имали. па су то делили свима, како је коме било потребно“ (Дап 2, 44-45). „А у народа који је поверовао било је једно срце и једна душа и нико није говорио да је што од његовог имања његово лично, него им је све било заједничко. [...] Нико међу њима није оскудевао, јер су сви поседници земље или кућа, продавали што су имали, доносили су вредност проданог и стављали пред ноге апостола. Одатле се сваком делило колико је коме било потребно“. (Дап 4, 32, 34-35)

Не треба, наравно, замишљати да са овим новим стањем и поретком нису биле повезане многе бриге и труд. Њих су, под упутством Светих апостола, подносили и испуњавали ђакони и ини служитељи хришћанске заједнице. Свети Оци чувају апостолско предање. Они осуђују богатство као незаконито присвајање добара која у ствари припадају свима, у складу са поретком природе, а тиме и према вољи Божијој. Ово убеђење показује да су Свети Оци у јеванђелском духу

[21] *Ibid.*, 455.
[22] *Ibid.*

схватали поредак организовања Цркве. У том смислу могу се навести многи докази из списа многих Светих Отаца, како са Истока тако и са Запада, као што су: Свети Климент Александријски, Свети Василије Велики, Свети Јован Златоуст, Свети Кипријан, Свети Амвросије, блажени Августин и други. Сви текстови из списа великих учитеља Цркве који се односе на ову тему, истичу њихово уверење да приватна својина која превазилази оно што је неопходно, јесте неправедно присвајање добара која су природа и Бог наменили свима.[23]

Раздавање општих добара свим верницима сваке заједнице било је у наставку обезбеђено, делимично, и у 3. и 4. веку, од стране епископа, и уопште, од служитеља помесних црквених јединица. Поред ове помоћи организоване „преко црквених особа“, односно преко епископа и иних клирика, непосредна и појединачна помоћ никада није прекидана, него увек препоручавана и практикована.[24] Чак се и црквена добра у старим списима често називају „иметком сиротиње“, а не иметком Цркве, ни клира, ни друштва или хришћанске заједнице.

6. КАНОНСКЕ ОДРЕДБЕ

У првим вековима црквена колпортажа може се повезати са обавезом Цркве да управља својим материјалним добрима, као средствима којима да испуни своју дужност „одмарања уморних и жедних“ и да може вредновати врлину хришћанског милосрђа.[25]

Што се тиче управљања црквеним добрима, не налазимо коначне прописе од почетка Цркве. Успостављање прописа је обављано према црквеној имовини: ограниченој имовини, сачињеној углавном од покретних добара, који нису захтевали компликован систем управе, као што је то касније настало, када се имовина црквене заједнице увећала и укључила не само покретна добра, него и некретнине. У почетку није се ни замишљало раздвајање између иметка клирика и иметка Цркве, све је чинило „заједничку кесу“, из које се обезбеђивало издржавање култа, клирика и сиротиње.[26]

Стање незаконитости у којем је Црква била у односу на законе Римског царства није јој допуштало да примењује исте прописе у свим новооснованим заједницама. Зато је тешко тврдити да у прва три века можемо срести систем управљања црквеним добрима, који да пратимо кроз векове, да бисмо видели да ли су га поштовали или нису црквени органи задужени за управљање овим добрима.

[23] *Ibid.*, 455.
[24] *Ibid.*, 455.
[25] I. D. Ivan, 34.
[26] I. N. Floca. (1990), 483.

Постоји чак и прилично велика разлика између стања у првим хришћанским вековима и онога што се дешавало у наредним вековима до данас. Ако се у почетку није могло замислити раздвајање прихода цркава од прихода клирика, због убеђења да између личности клирика, њиховог служења и цркава за које је рукоположен постоји тесна веза, у наредним вековима и данас, у Источној цркви, између ових је успостављена потпуна и строго поштована одвојеност.[27]

У почетку свог деловања Црква није имала много трошкова за потребе богослужења, нити за издржавање својих служитеља, који су тежили да живе више од дела својих руку, по узору на Светог апостола Павла (Дап 20,34; 1.Кор 4,12); узамен било јој је потребно што више добара за помагање сиромашних и свих који су патили.[28]

Након што је број верника порастао и имовина Цркве се повећала са зградама и пространим земљиштем, епископ је био приморан да узима помоћнике за управљање овим добрима. Олакшавање архијерејског задатка у управљању имовином епархије остварено је у два вида: с једне стране, кроз деловање епископовога помоћног особља, деловање извршилаца његових наредби – ђакона, с друге стране, кроз децентрализацију, односно стварањем самосталних независних парохија, чији су свештеници обављали верске службе за дотичне вернике, делујући као стални. Тако су појавом парохија у организацији Цркве, у 3. веку и посебно у 4. веку, када је Црква могла да ужива слободу организовања, свештеници преузели улогу управљања црквеним добрима парохије, а епископу је припало неоспорно право „превентивне“ контроле, односно надзора и упућивања. Потреба за што бољим управљањем црквеним добрима условила је стварање нове функције уз епископа, функције економа. По светим канонима и по римско-византијским законима, утврђене су, уопштено, надлежности сваког органа опуномоћеног да учествује у управљању црквеним иметком.

Навешћемо те органе и њихове надлежности:[29]

а. Епископ

У почетку су се добра која су верници са таквом великодушношћу стављали на располагање Цркви сматрала имовином сиромаха, којом је управљао само епископ, уз помоћ свештеника и ђакона.[30] У 41. канону Апостолских правила, који приказује дисциплину Цркве установљену у првим вековима, засновану на прописима које су устано-

[27] I. D. Ivan, 132.
[28] *Ibid.*, 34.
[29] I. N. Floca, (1990), 484.
[30] *Ibid.*, 484.

вили Свети апостоли, наводи се да епископ представља власт епархије у сваком погледу:

Наређујемо да епископ има власт над црквеним стварима. Њему (епископу) поверене су драгоцене душе људи, то тим пре њему треба да буде поверено старање о новцу, тако да он има власт, са страхом Божјим и сваком побожношћу, њиме да располаже. Уз помоћ свештеника и ђакона треба да даје онима којима је потребно; исто тако (ако је потребно), нека и сам узима за неопходне потребе, како своје тако и браће која су странци, да ни у чему не би трпели оскудицу. Јер, и закон Божји наређује да они који служе олтару, од олтара да се издржавају; јер, ни војник о своме трошку не подиже оружје против непријатеља (погл. 1. Кор. 9,7,13).[31]

Овај канон, како га тумачи архиђакон проф. др Јоан Флока, прописује право архијереја као врховног управитеља и над економским пословима своје епархије и представља, даље, шта је намена црквених добара, као и ко помаже епископу да би се ова имовина достојно користила и то за: издржавање Цркве и њених служитеља, затим сиромаха, странаца или путника. Помоћ која је давана сиромасима и уопште бедницима, дељена је посредством свештеника и ђакона, по наређењу епископа.[32]

Имовином Цркве, колико је у почетку могло да се стекне, управљали су епископи без превише рачуноводствених правила, веома часно, јер је целокупни клир, потребан за душебриштво био груписан око епископа, у епископској саборној цркви. У управљању овом имовином епископу су помагали свештеници и ђакони које је имао при саборној цркви.[33]

Црквена правила светих апостола не дозвољавају да епископ буде позван да полаже рачуна за начин на који управља и користи црквени иметак, јер ће он одговарати пред Богом, који му је то поверио.[34]

Да би истакла епархијску аутономију, Православна Црква, у складу са прописима Светих канона, одувек је тврдила да епископ има потпуну надлежност над добрима своје епархије и да има обавезу да њима управља према потребама Цркве.[35]

---

[31] I. N. Floca, *Canoanele Bisericii Ortodoxe. Note și comentarii*, Sibiu, s.n, 2005, 31.

[32] *Ibid.*, 31.

[33] I. D. Ivan, 134.

[34] *Constituțiile Apostolice*, II, 25, 27, 35, *apud*. I. D. Ivan, 134.

[35] G. Grigoriță, *Sfintele și Dumnezeieștile Canoane în Biserică: între tradiție eclezială și necesitate pastorală: o analiză a izvoarelor teologiei canonice în actualul context ecleziologic*, Ed. Universității din București, București 2017, 63.

У *38. апостолском канону*, прописано је да епископи, у својим епархијама, буду главни управитељи црквеног иметка:

Епископ нека води старање о свим црквеним стварима и нека њима управља, свагда имајући на уму истину о томе да га надзире Сам Бог. Због тога, епископ нека не присваја себи било шта од онога што припада Цркви, нити то сме даривати родбини јер је то Божије. Ако му је родбина сиромашна, нека им помогне као сиротињи, али под тим изговором нека не узима оно што је црквено.[36]

Из овога произилази да епископ треба да брине о свим црквеним добрима и да њима управља као да га надзире сам Бог. Није му дозвољено да присвоји било шта од тога, осим онога што му припада за издржавање, нити да даје рођацима. Јер, ако има сиромашне рођаке, може им помоћи као и осталим сиромасима, али не да под тим изговором отуђује имовину Цркве.[37]

Знамо да се у старој Цркви имовина Цркве називала и „иметком сиромашних“, због тога што је, уз спасење душа верника, вођство Цркве имало за главну дужност старање о отклањању страдања бедницима и обезбеђивању егзистенције свих верника у условима саобразним људском достојанству, па и сиромаха међу неверницима.[38]

40. Апостолски канон утврђује транспарентност управљања црквеним добрима од стране епископа и препоручује да он води инвентарски попис, у којем да тачно буде назначно шта припада њему, а шта епископији:[39]

Нека су тачно познате ствари епископа (ако их поседује) и нека су тачно познате ствари које припадају цркви, како би епископ имао могућност да пред смрт остави коме и како жели оно што је његово, и да се под изговором црквених ствари не оштети оно што припада епископу, који можда има жену и децу, родбину или слугу. Јер, и пред Богом и пред људима, право је да ни Црква не буде оштећена, ако се не зна које су ствари епископа, а родбина, под изговором наследства оштети Цркву, или да се покрене парница и на зао глас изађе упокојени епископ.[40]

Како би се избегле било какве оптужбе, неспоразуми и особито клевете које би могле настати на рачун Цркве или епископа због њихових добара, намеће се обавеза да црквена добра и лична епископова добра буду посебно инвентарисана, да не би дошло до какве

[36] I. N. Floca, (2005), 31.
[37] I. D. Ivan, 134.
[38] I. N. Floca, (2005), 31.
[39] C. Dron, *Valoare actuală a canoanelor*, Tipografia Cărților Bisericești 1928, 32.
[40] I. N. Floca, (2005), 32.

збрке. Епископу се признаје право на сопствена добра, јер у то време епископи нису постављани искључиво из реда монаха, него су, као што канон показује, могли да буду и у браку, да имају жену, децу и друге сроднике, чија су права на наслеђивање епископа призната овим каноном.[41]

Да је епархијском епископу дато апсолутно право управљања иметком дотичне цркве произилази не само из Апостолских канона (38, 40, 41), већ и из других канона. Тако је 7. каноном Гангршког синода одлучено да се све што се чини у погледу плодова донетих за цркву, чини само по налогу епископа, односно само по његовом одобрењу, а онима који неће поштовати ово наређење да се запрети казном анатеме.[42]

Исто тако прописује 8. канон истог сабора у погледу оних који би давали или примали плодове намењене Цркви, осим епископа. Међутим, ови канони помињу и особу која је одређена да се стара о доброчинству, економа.[43]

Такође, и 24. канон Антиохијског сабора предвиђао је за епископа право да управља црквеним иметком.[44]

Али, упркос уверењу да ће епископи брижљиво и савесно чувати добра Цркве, поменути канон предвиђа, истовремено, да се епископова добра одвоје од црквених, са знањем њему подручних презвитера и ђакона, тако да ништа не буде од њих скривено.[45] Овај захтев је још више наглашен у 25. антиохијском канону, где се наводи да епископ који би господарстовао без знања презвитера и ђакона и тајно оштетио имовину Цркве, треба да одговара пред епархијским (митрополитским) синодом.[46]

Наведена два канона уређују право епархијског епископа да управља имовином Цркве, као и потребу да се направи разлика између личне имовине епископа и имовине Цркве.[47]

Ова мера, која је била садржана и у Апостолским канонима 40 и 41, одговарала је новој пракси, јер су епископи после проширења епархија осетили потребу за сталном помоћи. Међу њима посебну улогу су имали савети презвитера. Корисност тог презвитерског саве-

[41] *Ibid.*, 33.
[42] *Ibid.*, 220–221.
[43] I. N. Floca, (1990), 484.
[44] I. N. Floca, (2005), 236–237.
[45] A. Saguna, *Compendiu de drept canonic*, Ed. Tipografiei Arhidiecezană, Sibiu 1885, 121–122.
[46] I. N. Floca, (1990), 485; I. N. Floca, (2005), 237.
[47] G. Grigoriţă, (2017), 209.

та очевидна је приликом упражњења извесне епархије. Привремена управа над овом епархијом поверава се епитропији – чији су чланови изабрани из редова епархијских свештеника (:протојерej, архиђакон или ин клерик, а посебно економ) – који управља епархијом, док се, старањем митрополита, не изабере епископ за упражњену епархију.

Данас свака аутокефална Црква утврђује свој начин управљања епархијом у случају упражњења, кроз одредбе уписане у Организационом статуту. Тако, епископ не може да избегне пропис који налаже 25. Антиохијски канон – да свештеници и ђакони добро знају шта припада Цркви, да се, када епископ пређе Господу, његова лична добра не би помешала са добрима епархије. Његов ауторитет ничим није окрњен ако подноси обрачун о управљању епархијским добрима. Епископ може поседовати личну имовину, али је, ради отклоњења сваке сумње, дужан да њоме управља одвојено од имовине епархије. Приликом постављања епископа, једновремено са преузимањем од економа инвентарског пописа имовине – данас од Епархијског савета – он треба да му прикаже и инвентарски попис своје личне имовине. Само у овом случају може касније да располаже њоме, како му је воља. Ако епископ не испуни ову формалност, сва његова добра, чак и да су била у његовом власништву пре хиротоније, или да су стечена после хиротоније, прелазе без икаквог заостатка у имовину епископије.[48]

б) Свештеник, као управник црквених добара

У прва три века свештеници и ђакони су били груписани при епископу, у саборном храму; ђакони су учествовали у раздели помоћи, свештеници у обављању богослужења. Када је бивало више посла око разделе помоћи, ову делатност су уз ђаконе обдржавали и свештеници. У периодима када је хришћанство било толерисана религија, а посебно почетком 4. века, подизане су нове цркве у сеоским срединама, на дохват руке верника, да не би више морали путовати на велике раздаљине до саборних цркава. У градовима су се још раније, у 3. веку, појавиле цркве на градским периферијама. Око ових цркава су се образовале парохије, као посебне јединице у општој организацији Цркве, у којима је свештеник био постављен за служитеља. Пошто би био постављен од епископа, његово служње попримило би одлику сталности. Улога свештеника као управника црквених добара постаје релевантна тек након што парохије стекну правно признање, када могу да уживају својство правног лица, само у том својству могу бити субјект имовинског права.

[48] I. N. Floca, (1990), 485.

Почевши од Светог цара Константина Великог, осим саборне или централне цркве, може се говорити и о црквама, дакле о парохијама, као правним лицима, с правом да поседују имовину.[49]

Чим Црква буде проглашена парохијом од стране надлежне власти – епископа – управљање њеном имовином припада правно свештенику који је постављен за пароха. Тако управљање добрима поприма локални карактер, а зависност од епископа своди се на превентивну контролу и надзор који је епископ дужан да обавља над свим црквама и верским установама у епархији. Ово право контроле, међутим, нема никакве последице на аутономију коју парохија задржава у односу на епископат у управљању црквеним добрима. Јер улога епископске контроле и надзора своди се на то да свештеници часно управљају и употребљавају добра црквене имовине и њихове приходе у сврху за коју су основани.[50]

в. Ђакон

Ђакон је имао прилично важну улогу у управљању црквеним добрима, али не као самостални управник, него као помоћник епископа, а од 4. века, када су настале парохије, и као помоћник свештеника. У то доба, посебно од 5. века, као помоћник епископу у управљању црквеним добрима, јавља се економ који је, будући изабран из реда клирика (Канон 8, IV Васељенски сабор), могао бити и ђакон. У том својству припадају му надлежности предвиђене за економа.

д) Економ

На почетку црквеног живота, Свети апостоли, сматрајући да није право занемарити реч Божију како би се служило за трпезама, сазвали су народ да изабере седам осведочених људи који ће ову службу достојно обављати, а они су их полагањем руку на њих учинили достојним за ову службу. Следећи овај пример, епископи су, по увећању црквених добара, видевши да више не могу сами испуњавати и духовне обавезе и управљање материјалним добрима, изабрали себи помоћнике да се старају о управљању црквеном имовином, то су звани економи, чији је број био већи или мањи, саобразно величини имовине којом је Црква располагала.[51] Ове управитеље црквених добара – економе – први пут помиње Теофил Александријски (412) у 10. канону, којим је налагано да се, расуђивањем целокупног свеш-

[49] *Ibid.*, 485.
[50] *Ibid.*, 486.
[51] *Ibid.*, 487.

тенства, у цркви постави посебан економ, тако да се приходи Цркве користе према потреби.[52]

Економи се јављају у првој половини 4. века, али не под овим називом, него само помињањем њихових надлежности. Почетком 5. века за епархију постаје обавезна служба црквеног економа, који се бира из редова клирика или монаха дотичне епархије.[53]

Тако, Свети Оци IV Васељенског сабора, 26. каноном, налажу да у свакој епархији буде по један економ.[54]

Из текста канона лако се могу извести овлашћења економа и услови под којима он може бити биран и може деловати у тој служби. Произилази да ће он управљати црквеним иметком не правећи никаквo одвајање између покретне и непокретне имовине. Такође, економ треба да буде изабран из редова клирика Цркве.

Било је ипак случајева када је и сама Црква захтевала да се у ово достојанство изаберу мирјани, из разлога што су световњаци, посебно они који се баве адвокатуром, добро упућени у практична питања и боље ће служити интересима Цркве.[55] Епископу није дозвољено да поставља за економа некога од својих укућана, рођака, браће или синова (25, Антиохијски Канон). Свети Оци су настојавали на томе управо из разлога да се избегну било какве сумње, како би се што боље испунила главна сврха канона. Ипак, ко год да је економ, клирик или мирјанин, он остаје зависан од надлежног епископа и под његовим упутством ће управљати црквеним иметком (Канон 26, IV Васељенски сабор). Ко немаром или присвајањем прихода оштети црквена добра, одговара својим личним иметком.[56] Из текста канона који се односе на установу економа, запажа се да су све епископије биле обавезне да имају економа, а под појмом „епископија“ подразумевала се и митрополија и патријаршија, јер, са административне тачке гледишта, митрополит и патријарх су такође епископи једне епархије.

Свети оци Седмога васељенског сабора, 11. каноном, након одлуке да се канон који заснива економа у свакој епархији задржи непромењен, налажу да, ако митрополит не жели да изабере економа, цариградски патријарх постави економа у тој епархији. Исто тако и мит-

[52] N. Milas, *Canoanele Bisericii Ortodoxe însoțite de comentarii*, vol. I, partea a II-a, trad. Uroș Kovincici și Dr. N. Popovici, Tipografia Diecezană, Arad 1931, 252.

[53] G. Grigoriță, (2016), 170.

[54] I. N. Floca, (2005), 100.

[55] I. N. Floca, (1990), 488.

[56] I. N. Floca, (1990), 488.

рополити, ако подручни епископи не желе да поставе економе у својим црквама.[57]

Значај установе економа у управљању црквеним иметком произилази из саме брижљивости којом су Свети Оци настојали да је задрже и наметну, како би се отклониле злоупотребе које су поједини епископи чинили са добрима епархије.

Исти разлози који су довели до увођења економа уз епископа – ради подршке у управљању црквеним иметком и отклањања сумње у поштење епископа – наметнули су заснивање сличних помоћних тела и при парохијама. Ову улогу су имали и имају такозвани тутори, који се бирају из редова мирјана парохије и управљају парохијским иметком под непосредним надзором пароха, као што економ ради под управом епископа.[58]

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. DEX, București, Ed. Univers Enciclopedic, București 2015;
2. Dron, Constantin, *Valoare actuală a canoanelor*, Tipografia Cărților Bisericești 1928;
3. Farcaşiu, Lucian, „Colportajul se face numai cu binecuvântarea Bisericii”, *Ziarul Lumina*, 6 децембар 2010. Доступно на: <http://ziarullumina.ro/sfaturi-practice-in-biserica-colportajul-se-face-numai-cu-binecuvantarea-bisericii--18653.html>, 04.06.2018.
4. Floca, Ioan N, *Canoanele Bisericii Ortodoxe. Note și comentarii*, Sibiu, s.n, 2005;
5. Floca, Ioan N, *Drept canonic ortodox, legislație și administrație bisericească*, vol. I, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București 1990;
6. Grigoriţă, George, *Sfintele și Dumnezeieștile Canoane în Biserică: între tradiție eclezială și necesitate pastorală: o analiză a izvoarelor teologiei canonice în actualul context ecleziologic*, Ed. Universității din București, București 2017;
7. Grigoriţă, George „Prevederi canonice privind dreptul de administrare a bunurilor Bisericii”, în: Lect. univ. dr. George GRIGORIȚĂ (coord.), *Bunurile Bisericii – ieri și astăzi: actele simpozionului internațional de drept bisericesc de la Centrul social-pastoral „Sfânta Cruce” (Mănăstirea Caraiman), 16-17 noiembrie 2014*, Ed. Basilica, București, 2016;

[57] I. N. Floca, (2005), 188.
[58] I. N. Floca, (1990), 489.

8. Ivan, Iorgu D, *Bunurile bisericești în primele șase secole: situația lor juridică și canonică*, Ed. Basilica, București 2004;
9. Milas, Nicodim, *Canoanele Bisericii Ortodoxe însoțite de comentarii*, vol. I, Tipografia Diecezană, Arad 1931;
10. Nicolescu, Costion, „Colportajul bisericesc, vitrină a stării duhovnicești a unei comunități”, Доступно на: *https://cidadededeus.wordpress.com/2010/06/21/colportajul-bisericesc-vitrina-a-starii-duhovnicesti-a-unei-comunitati/.*;
11. Saguna, Andrei, *Compendiu de drept canonic*, Ed. Tipografiei Arhidiecezană, Sibiu 1885;
12. Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București 2008; поновно издање 2022.

Protosinghel Joachim Bejenariu, LL.D.

Archdiocese of Bucharest, Romanian Patriarchate

THE RIGHT OF ORTHODOX CHURCH TO OWN AND USE PROPERTY– CANONICAL PROVISIONS

Summary

Nowadays, colportage has taken on a wider dimension and a character of multiple benefits, both for monetary purposes, increasing financial sources needed for church activities, especially missionary, cultural and charitable, as well as spreading of liturgical objects and popularization of Orthodoxy through books, magazines, icons and other objects.

Key words: *Colportage in the church; Church store; Sale; Liturgical objects; Economic-missionary activity; Church autonomy*.

УДК/UDC 366.5(497.6)
347.4/.5(497.6)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Виши асистент мр Тијана Баћовић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ОДГОВОРНА ЛИЦА У СЛУЧАЈУ ПОСТОЈАЊА МАТЕРИЈАЛНИХ НЕДОСТАТАКА СТВАРИ У ПРАВУ БиХ

Када је ријеч о заштити потрошача веома значајно питање је коме се потрошач може обратити како би остварио своја права по основу постојања недостатака на продатој ствари. У раду ћемо говорити о одговорним лицима у случају постојања материјалних недостатака на продатој ствари у праву БиХ. С обзиром на то да се у БиХ примјењују два закона о заштити потрошача, Закон о заштити потрошача у БиХ и Закон о заштити потрошача у РС, утврдићемо да ли потрошачи на јединственом подручју БиХ уживају исти ниво заштите када је ријеч о овој проблематици. Указаћемо на потребу хармонизације ових закона са директивама ЕУ којима се штите потрошачи, као посебна категорија купаца, те дати приједлоге за унапређење њихове заштите када је ријеч о одговорним лицима у случају постојања материјалних недостатака.

Кључне ријечи: Потрошач; Трговац; Произвођач; Закон о заштити потрошача у Републици Српској; Закон о заштити потрошача у Босни и Херцеговини.

1. УВОД

Значајно питање у материји одговорности за материјалне недостатке, односно одговорности за несаобразност јесте коме се потрошач може обратити како би остварио своја права? У овом раду утврдићемо ко су одговорна лица у случају постојања недостатака на продатој ствари у правним системима у БиХ, као и по прописима Европске уније те дати приједлоге за унапређење заштите потрошача када је ријеч о одговорним лицима у случају несаобразности.

Тијана Баћовић, *tijana.bacovic@pravni.ues.rs.ba*.

2. ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Као први услов за укључивање у процес европских интеграција, потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица Босна и Херцеговина је преузела обавезу да своје законодавство усклади са правним системом Европске уније.[1] Наведеним споразумом Босна и Херцеговина се обавезала на постепено усклађивање постојећих али и будућих законских рјешења са комунитарним прописима. Како обавеза усклађивања обухвата и област потрошачких уговора, усклађивање са прописима ЕУ извршено је доношењем посебних закона о заштити потрошача. С циљем заштите потрошача у БиХ се данас примјењују одредбе Закона о заштити потрошача у БиХ који се примјењује у Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту БиХ и Закона о заштити потрошача у Републици Српској који се примјењује у овом ентитету.[2]

Поређењем ових закона са прописима ЕУ можемо уочити недостатке које је неопходно отклонити. Већина одредаба Директиве 1999/44, посебно о одговорности за несаобразност робе и гаранцији за робу нису имплементиране у Закон о заштити потрошача у БиХ као ни у Закон о заштити потрошача у Републици Српској, а такође није извршено усклађивање ових закона ни са новом потрошачком Директивом ЕУ 2019/771.[3] С обзиром на чињеницу да је регулатива садржана у овим законима непотпуна, примјењују се одредбе ентитетских закона о облигационим односима у којима су рјешења када је ријеч о овој проблематици идентична и која у многим случајевима одступају од рјешења Директива.[4] На јединственом подручју БиХ потрошачи не

[1] БиХ је у јуну 2008. год. потписала Споразум о стабилизацији и придруживању са Европским заједницама и њиховим државама чланицама којим је преузела обавезу да усклади своје постојеће и будуће законе с правом ЕУ, чл. 70. ст. 1. Споразума.

[2] Први закон о заштити потрошача на нивоу БиХ донесен је 2002. год, *Службени гласник БиХ*, бр. 17/02 и 44/04. Овај Закон стављен је ван снаге доношењем новог Закона о заштити потрошача у БиХ из 2006. год. Од усвајања важећег ЗЗП у БиХ из 2006. године, законодавство о заштити потрошача у БиХ се није мијењало, изузев мање измјене у 2015. години. *Службени гласник БиХ*, бр. 25/2006 и 88/2015. Закон о заштити потрошача у Републици Српској донесен је 2012. године, док су 2014, 2017. и 2021. извршене одређене измјене и допуне, *Службени гласник РС*, бр. 6/2012, 63/2014, 18/2017 и 90/21.

[3] Директива 1999/44/ЕУ о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и гаранцијама за такву робу, *Службени лист ЕУ*, Л 171/12. Донесена је 25.5.1999, а на снагу је ступила 7. 7. 1999; Директива 2019/771/ЕУ о одређеним аспектима уговора о продаји робе, измјени уредбе ЕУ 2017/2394 и Директиве 2009/22/ЕУ те стављању ван снаге Директиве 1999/44/ЕУ, *Службени лист ЕУ*, Л 136/28, од 22.05.2019.

[4] Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 21/92 – пречишћени текст Уставног закона, 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04.

уживају исти степен заштите јер између ЗЗП у БиХ и ЗЗП у РС постоји колизија, што никако не доприноси заштити потрошача (нпр. што се тиче института одговорности за материјалне недостатке ствари, разлике постоје у погледу критеријума за одређивање недостатака, права која потрошачима припадају по том основу, рокова за остваривање права итд).

Потрошачима у БиХ није пружена заштита која је предвиђена Директивама ЕУ јер тренутна рјешења у БиХ нису усклађена са прописима Европске уније што је једна од основних обавеза уколико жели постати пуноправна чланица ЕУ. Имплементација Директива Европске уније у правне системе у Босни и Херцеговини је од велике важности како би се потрошачима на босанско-херцеговачком тржишту осигурао ниво заштите какав имају потрошачи у Европској унији.

Када је ријеч о одговорним лицима у случају постојања материјалних недостатака према прописима о заштити потрошача који се примјењују у БиХ, можемо констатовати да се потрошач ради остварења својих права може обратити трговцу са којим је закључио уговор о купопродаји потрошачке робе. У даљем дијелу рада указаћемо да ли је у БиХ кроз Закон о заштити потрошача у БиХ и Закон о заштити потрошача у Републици Српској извршено адекватно усклађивање са прописима Европске уније када је ријеч о овој проблематици.

3. ОДГОВОРНА ЛИЦА ПРЕМА ПРОПИСИМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Према прописима Европске уније одговорност за несаобразност сноси трговац са којим је потрошач закључио уговор о продаји робе. Недостатак саобразности може бити резултат радње или пропуста произвођача или неког другог лица у претходном ланцу трансакција, па чак и тада крајњи продавац је тај који ће сносити одговорност. С обзиром на то да често узрок недостатка потиче од неког другог лица у дистрибутивном ланцу продаје, у циљу заштите трговца прописима ЕУ предвиђено је право регреса. Директива 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу која регулише ову материју и са којом је извршено усклађивање позитивног

Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист РБиХ,* бр. 2/92, 13/93, 13/94, *Службене новине Ф БиХ,* бр. 29/03, 42/11.

Прије доношења Закона о заштити потрошача, заштита потрошача је остваривана на основу ЗОО. Уколико постоји питање које није регулисано ЗЗП-ом примјењује се ЗОО као пропис који садржи рјешења која су примјењива на све субјекте облигационих односа.

потрошачког права прописује одговорност трговца за несаобразност робе, омогућујући му да се регресира од других лица у дистрибутивном ланцу од којих потиче узрок несаобразности.[5] Овом одредбом настоји се заштитити трговац и спријечити неправедне посљедице до којих може доћи усљед принципа објективне одговорности трговца на којем се Директива заснива. Директива не регулише све услове и врсте те одговорности као ни питање према ком претходнику се такав захтјев може поставити, већ то препушта националним правима али из њених одредаба произлази да такво право трговца у националном праву треба да постоји.[6] Посљедњи трговац који је одговарао потрошачу за материјални недостатак ствари може такав захтјев поставити према оном од кога је он претходно купио ствар са недостатком уколико су за то испуњени услови које предвиђају правила о уговорној одговорности за материјалне недостатке ствари. Странке се могу пењати уз ланац све док одговорност коначно не стигне до стране која је одговорна за неусаглашеност.[7] Како ће по правилу тада бити ријеч о уговору у привреди ти су услови у неким аспектима строжи од услова одговорности трговца из потрошачког уговора. Терет доказивања испуњености услова за регрес сноси крајњи продавац. Уколико је несаобразност дјелимично узрокована радњом или пропуштањем трговца, висина регресног захтјева биће умањена сразмјерно таквом удјелу.[8] Одредба о праву трговца на регрес предвиђена је и новом потрошачком Директивом ЕУ 2019/771 о одређеним аспектима уговора о продаји робе којом је укинута Директива 1999/44. Овакво рјешење сматра се оправданим све док трговац са којим је потрошач закључио уговор постоји и док је солвентан јер у том случају потрошач може да оствари своја права по основу несаобразности. Међутим, проблем настаје уколико трговац престане да постоји или постане инсолвентан.[9] У том случају потрошач не би могао да оствари своје интересе. Уколико за ствар није дата гаранција по основу које би

[5] Директива 1999/44, чл. 3, ст. 1 и чл. 4.

[6] R. Bradgate, C. Twigg-Flessner, Blackstones Guide to Consumer Sales and Associated Guarantees 2003, 227; H. W. Micklitz, N, Reich, P. Rott, *Understanding EU consumer law*, Intersentia 2009, 166; E. Mišćenić, I. Kunda, S. Petrić, V. Butorac Malnar, D. Vrbljanac, S. Winkler, *Europsko privatno pravo, posebni dio*, Zagreb 2021, 41.

[7] D. Fairgrieve, G. Howells, P. Mogelvang-Hansen, G. Straetmans, D. Verhoeven, P. Machnikowski, A. Janssen, R. Schulze, *Product liability directive* u P. Machnikowski, *European product liability*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2016, 104.

[8] А. Шабић, *Права купца ствари са материјалним недостатком*, Сарајево 2014, 177.

[9] А. Дудаш, „Непосредна одговорност произвођача за несаобразност производа у европском и српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021, 949.

могао да оствари своја права од произвођача, потрошач би био онемогућен да оствари своја права.

4. ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА

У Директиви Европске уније 1999/44 није прихваћен приједлог Европске комисије која се залагала за рјешење по којем се потрошач у случају несаобразности може директно обратити и произвођачу.[10] Како је ријеч о Директиви минималне хармонизације, државе чланице су могле да задрже или пропишу строжа правила у циљу боље заштите потрошача, што подразумијева и могућност проширења одговорности за несаобразност и непосредно на произвођача робе. Само су неке од држава чланица ЕУ својим националним законима прописале непосредну одговорност произвођача за несаобразност (Француска, Мађарска, Шпанија, Португал...), док већина држава као одговорно лице у случају несаобразности одређују трговца, омогућујући му право регреса од оног лица од кога потиче разлог несаобразности. Непосредну одговорност произвођача у случају несаобразности не прописује ни Директива ЕУ 2019/771, али у Преамбули наводи да се националним правима држава чланица може установити право потрошача да се у случају несаобразности непосредно обрате било ком лицу у дистрибутивном ланцу, па тако и произвођачу робе.[11] Прописима ЕУ одређује се појам произвођача. Под појмом произвођача подразумијева се не само непосредни произвођач робе, већ и увозник као и особа која се представља као произвођач тако што на робу ставља своје име, заштитни или други знак.[12] Смисао овог је да се оштећеним странама понуди заштита ако имају потешкоће у откривању идентитета стварног произвођача и обезбјеђивању да особа која се представља као произвођач ефективно сноси посљедице свог понашања.[13]

Непосредна одговорност произвођача има своје оправдање зато што у највећем броју случајева узрок несаобразности потиче од произвођача робе те се сматра цјелисходним омогућити потрошачу да се

[10] У Зеленој књизи о гаранцијама за робу широке потрошње и пост-продајним услугама из 1993. године као припремном документу за доношење Директиве 1999/44, било је предвиђено правило о директној одговорности произвођача за несаобразност робе. Green Peper on guarantees for Consumer Goods and after-sales services, Commision of the European Communities, Com (93) 509 final. 87.

[11] Преамбула, бр. 63 Директиве 2019/771.

[12] Директива 1999/4, чл. 1, ст. 2 (д); Директива 2019/771, чл. 2, ст. 4;

[13] D. Fairgrieve, G. Howells, P. Mogelvang-Hansen, G. Straetmans, D. Verhoeven, P. Machnikowski, A. Janssen, R. Schulze, *Product liability directive* u P. Machnikowski, *European product liability*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2016, 64.

директно обрати произвођачу због несаобразности.[14] Сматра се да би било разумније да одговорност сноси онај који је одговоран за недостатак.[15] У правној теорији се истиче потреба да потрошач може тражити поправку робе и директно од произвођача, али га треба спријечити да тражи поправку од произвођача и истовремено смањење цијене од продавца. То не утиче на право на накнаду штете. Захтјев за поправку робе од стране произвођача не смије имати за посљедицу искључивање права на накнаду штете која је настала као резултат неусаглашености.[16] Прописивањем непосредне одговорности произвођача за несаобразност додатно се унапређује ниво заштите потрошача. Потрошач је боље заштићен уколико за остварење својих права може да се директно обрати произвођачу. Предности директног обраћања произвођачу могу се примијетити у случајевима трговине у иностранству, јер би за потрошача било једноставније да се за остварење својих права може обратити овлашћеном заступнику произвођача у мјесту свог пребивалишта, него продавцу у држави у којој је купио производ.[17] Прописивањем директне одговорности произвођача избјегли би се ланчани регресни захтијеви који повлаче високе трошкове и нису ефективни. Одговорност произвођача за несаобразност требало би да буде уговорна, а не деликтна, која би се заснивала на концепцији прећутно закљученог уговора са потрошачем (*implied contract*).[18] Прописивање директне одговорности произвођача за несаобразност гарантује ефективно остварење унутрашњег тржишта.[19] Поставља се питање да ли се произвођачем може сматрати и произвођач сировина и саставних дијелова? Сматра се да не може, јер Директиве ЕУ говоре искључиво о стицању од стране потрошача готовог производа и о произвођачу готовог производа.[20] У теорији се истиче да у случају дијела који је уграђен у финални производ треба се залагати

[14] M. Ebers, A. Janssen, O. Meyer, “Comparative perspective*“, European Perspectives of Producers’ Liability* (eds. M. Ebers, A. Janssen, O. Meyer), Sellier 2009, 5; R. Bradgate, C. Twigg-Flesner, “Expanding the boundaries of liability for qulity defects“ *Journal of Consumer Policy*, Vol. 25, 2002, 345–377 у А. Дудаш, 938.

[15] R. Bradgate, C. Twigg-Flesner (2002), 350.

[16] F. Zoll, J. Watson, K. Poludniak-Gierz, W. Banczyk, G. Richter, J. Estifanos, “Akademik proposal for amending the Directive EU 2019/771 on the European Parliament and of the council of 20 may 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods”, *Transformacje Prawa Prywatnego* 3/22, 151.

[17] А. Шабић, 174.

[18] *Ibid*., 360.

[19] H. W. Miklitz, “The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality“, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 25, 2002, 379–401 у А. Дудаш, 934.

[20] А. Шабић, 176.

за одговорност оног ко је произвео тај дио уколико он представља узрок несаобразности.[21]

У Мађарској је 2013. године у Грађански законик уведена непосредна одговорност произвођача која се односи само на потрошачке уговоре. У случају материјалног недостатка потрошач може да захтијева поправку или замјену директно од произвођача. Потрошач не мора прво да се обрати трговцу ради поправке или замјене производа. Одговорност произвођача је непосредна, а не супсидијарна. О недостатку потрошач треба да обавијести произвођача без одлагања, али најкасније у року од два мјесеца од откривања недостатка. Истеком овог рока не долази до преклузије, али ће потрошач бити дужан да произвођачу надокнади штету проузроковану неблаговременим обавјештавањем. Одговорност произвођача траје двије године. Овај рок се рачуна од дана пуштања у промет производа а не од дана продаје. Сматра се разумним овакво рјешење с обзиром на то што произвођач и потрошач нису у уговорном односу. У правној теорији се сматра да се као тренутак пуштања у промет производа сматра дан кад је конкретан производ изашао из сфере контроле произвођача, а не дан када је произвођач ту врсту робе уопште пласирао на тржиште.[22] Одговорност произвођача је непосредна јер не зависи од тога да ли је потрошач прво тражио остварење својих права од трговца са којим је уговор закључио. Потрошач може паралелно да постави захтјев и продавцу по основу одговорности за материјалне недостатке и произвођачу по основу његове непосредне одговорности за недостатке производа. У случају неоснованог захтјева према једном, може се остварити захтјев према другом, али се захтјеви не могу остварити кумулативно. Произвођач непосредно одговара за недостатак на производу уколико производ у вријеме његовог пуштања у промет није испуњавао прописане стандарде квалитета или није располагао особинама које је произвођач дао у његовом опису. Произвођач се може ослободити одговорности ако докаже да није произвео производ у оквиру своје пословне или самосталне дјелатности, ако се недостатак није могао уочити у тренутку пуштања производа у промет, уколико је недостатак посљедица обавезне примјене прописа или одлуке надлежног органа. На потрошачу је терет доказивања да је производ имао недостатак у тренутку његовог пуштања у промет док је на произвођачу терет доказивања чињенице да постоји околност која искључује његову одговорност. Законик прописује да се у случају промјене

[21] H. W. Micklitz, (2009), 159; Н. Мисита, *Европска Унија, заштита потрошача,* Сарајево 2019, 300.

[22] А. Дудаш, 943–944.

титулара права својине на производу, права по основу недостатака у производу према произвођачу остварује нови власник.[23]

У Португалу је такође у случају несаобразности прописана непосредна одговорност произвођача. Суочен са недостатком усаглашености робе, потрошач се може обратити или трговцу или произвођачу, или обојици истовремено како би остварио своја права. Међутим потрошачу је повољније да своја права остварује од трговца, јер од произвођача може захтијевати само поправку или замјену. Снижење цијене и раскид уговора не могу се захтијевати од произвођача јер са њим потрошач није у уговорном односу. Поред произвођача, за неусаглашеност одговара и његов представник у мјесту пребивалишта потрошача. Режим који се примјењује је режим солидарне одговорности, тако да потрошач може од сваког од њих да захтијева задовољење свог права. Он може да се обрати и једном и другом, а ако један од њих удовољи захтјеву потрошача, други се ослобађа одговорности.[24]

У француском праву у области права продаје постоји правило да купац ствари са недостатком своја права по основу постојања недостатка може остварити не само према свом продавцу, него и према осталим лицима у дистрибутивном ланцу. Купац може директно тужити (тзв. *action directe*) било кога од претходних продаваца производа, па и произвођача као првог продавца са којима није у непосредном уговорном односу.[25] Они према њему одговарају солидарно.[26] Онај ко испуни потрошачев захтјев може се регресирати од оног ко је одговоран за несаобразност.[27] У француском праву истиче се да је правна природа *action directe* уговорна, иако између дужника и повјериоца *action directe* не постоји непосредни уговорни однос.[28] Дакле посљедњи купац производа може тужити због повреде уговора било кога од претходних продаваца. Та тужба се заснива на теорији да сваки продавац преноси на свог купца, заједно са продатом ствари, и уговорна јемства и одговорност. Тако се захтјев за накнаду штете

[23] Вид. А. Дудаш, „Осврт на регулативу саобразности и гаранције у мађарском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2020, 1055–1057.

[24] J. M. Carvalho, “The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal”, *EuCM*L 1/2022, 34.

[25] H. Koziol, “The Interplay of Contract Law and Tort Law”, u *Product Liability, Fundamental Questions in a comparative Perspective,* Helmut Koziol/Michael D Green/Mark Lunney/Ken Oliphant/Yang Lixin (eds), Berlin/Boston 2017, 17.

[26] H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EU Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Munich 2008, 441y A, Дудаш (2021), 937.

[27] S. Whittaker, *Liability for Products*, Oxford 2005, 96–98; H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, 441.

[28] А. Шабић, 431.

према сваком продавцу преноси заједно са робом.[29] Овакво правило у француском праву примјењује се независно од тога да ли се ради о потрошачком уговору или не, односно оваква права има сваки купац независно од тога да ли дјелује у професионалне или приватне сврхе.[30] Иако *action directe* представља јасно одступање од правила о релативном карактеру облигације, пружа већу заштиту купцу.

Одговорност произвођача за несаобразност прописивао је Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2010. год.[31] Она је била супсидијарна и акцесорна, која би наступила тек ако продавац не испуни своје обавезе по основу несаобразности према потрошачу. Међутим, доношењем Закона о Заштити потрошача 2014. године, ова одредба је укинута. Нови ЗЗП Републике Србије, усвојен у септембру 2021. године, не предвиђа непосредну одговорност произвођача за несаобразност, већ задржава одредбу претходног ЗЗП из 2014. године о регресном захтјеву трговца за обавезе према потрошачу по основу несаобразности.[32]

5. ОДГОВОРНА ЛИЦА У ПРАВУ БиХ

Као што смо већ навели, када је ријеч о одговорним лицима у случају постојања материјалних недостатака у правним системима у БиХ, потрошач се ради остварења својих права може обратити трговцу са којим је закључио уговор о купопродаји потрошачке робе. Можемо уочити да није извршено адекватно усклађивање са прописима Европске уније када је ријеч о овој проблематици, јер ЗЗП у БиХ као ни ЗЗП у РС не садрже одредбу о праву трговца на регрес од оног лица од ког потиче узрок несаобразности које предвиђају Директиве ЕУ.

У циљу боље заштите потрошача сматрамо да би било цјелисходно и у босанско-херцеговачком праву увести могућност обраћања потрошача директно произвођачу робе уколико разлог недостатка потиче од њега. У таквом случају треба дозволити потрошачу да у случају несаобразности од произвођача захтијева поправку или замјену робе јер произвођач у већој мјери располаже могућностима да

[29] J. Соколец, *Одговорност за штету од производа*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду1978, 243.

[30] А. Шабић, 431.

[31] Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2010. у чл. 54, ст. 8, је прописивао да се за обавезе трговца услед несаобразности робе, произвођач према потрошачу се налази у положају јемца, што подразумијева његову супсидијарну одговорност.

[32] Закон о заштити потрошача Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 88/21, чл, 51, ст. 1, тач. 10.

изврши поправку или замјену, док би остала права могао да оствари од трговца са којим је закључио уговор о продаји.[33]

БиХ је држава која већину робе увози. Прописивањем непосредне одговорности произвођача заштита потрошача би се проширила и на односе према увозницима или трговцима који продају робу иностраног произвођача.

5. ЗАКЉУЧАК

Иако се потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са Европским заједницама и њиховим државама чланицама обавезала да усклади своје постојеће али и будуће законодавство са правним тековинама ЕУ, Босна и Херцеговина није адекватно одговорила том захтјеву. Закон за заштиту потрошача у БиХ, као ни Закон за заштиту потрошача у РС нису потпуно усклађени са Директивама ЕУ а и између њих самих постоји колизија. Неусклађеност правне регулативе на јединственом простору БиХ има негативан ефекат на права и обавезе како потрошача, тако и трговаца.

У Европској унији законодавство за заштиту потрошача је значајно измијењено. Донијет је велики број нових Директива којима је одговорено на нове тржишне околности. Због тога постоји потреба да буде осигурана усклађеност закона у БиХ са значајним промјенама у оквиру ЕУ са циљем стварања услова за једнак третман, како потрошача тако и трговаца на јединственом простору Босне и Херцеговине и даљег усклађивања са правом ЕУ јер савремено тржиште подразумијева висок и једнак ниво заштите потрошача. Када је ријеч о одговорним лицима у случају постојања недостатака на продатој ствари, односно несаобразности, у циљу боље заштите потрошача требало би поред трговца са којим је потрошач закључио уговор, као одговорно лице одредити и произвођача робе уколико узрок недостатка од њега потиче те омогућити потрошачу да се за остварење својих права (права на поправку или замјену робе) директно обрати произвођачу. У случају дијела који је уграђен у готов производ треба се залагати и за одговорност оног ко је произвео тај дио уколико он представља узрок несаобразности.

[33] А. Дудаш (2021), 932.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bradgate, Robert, Twigg-Flesner, Christian, Blackstones, *Guide to Consumer Sales and Associated Guarantees*, Oxford 2003;
2. Bradgate, Robert, Twigg-Flesner, Christian, “Expanding the boundaries of liability for qulity defects“ *Journal of Consumer Policy* Vol. 25, 2002;
3. Дудаш, Атила, „Осврт на регулативу саобразности и гаранције у мађарском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2020;
4. Дудаш, Атила, „Непосредна одговорност произвођача за несаобразност производа у европском и српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021.
5. Ebers, Martin, Janssen, André, Meyer, Olaf, “Comparative perspective“, *European Perspectives of Producers’ Liability* (eds. M. Ebers, A. Janssen, O. Meyer), Sellier 2009;
6. Zoll Fryderyk, Watson Jonathon, Poludniak-Gierz Katarzyna, Banczyk Wojciech, Richter Gesa, Estifanos Judit, “Akademik proposal for amending the Directive EU 2019/771 on the European Parliament and of the council of 20 may 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods”, *Transformacje Prawa Prywatnego* 3/22;
7. Koziol, Helmut, “The Interplay of Contract Law and Tort Law”, u *Product Liability, Fundamental Questions in a comparative Perspective,* (Helmut Koziol/Michael D Green/Mark Lunney/Ken Oliphant/Yang Lixin (eds), Berlin/Boston 2017;
8. Machnikowski, Piotr, *European product liability*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2016;
9. Мисита, Невенко*: Европска Унија, заштита потрошача*, Сарајево 2019;
10. Мишћенић, Емилиа, *et al., Еуропско приватно право, посебни дио*, Загреб 2021;
11. Miklitz, Hans Wolfgang, “The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality“, *Journal of Consumer Policy,* Vol. 25, 2002;
12. Micklitz, Hans Wolfgang, Reich, Norbert, Rott, Peter, *Understanding EU consumer law* , Intersentia 2009;
13. Соколец, Јернеј, *Одговорност за штету од производа*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 1978,
14. Schulte-Nölke, Hans, Twigg-Flesner, Christian, Ebers, Martin, *EU Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Munich 2008;
15. Carvalho, Jorge Morais, “The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal”, *EuCM*L 1/2022;

16. Whittaker, Simon, *Liability for Products*, Oxford 2005;
17. Шабић, Алмедина, *Права купца ствари са материјалним недостатком*, Сарајево 2014.

Правни прописи

1. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник БиХ*, бр. 17/02 и 44/04;
2. Закон о заштити потрошача у Босни и Хергецовини, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/06, 88/15;
3. Закон о заштити потрошача у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 6/2012, 63/14, 18/17, 90/21;
4. Закон о заштити потрошача Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 88/21;
5. Закон о облигационим односима *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 21/92 – пречишћени текст Уставног закона, 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04;
6. Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист РБиХ* бр. 2/92, 13/93, 13/94, *Службене новине Ф БиХ* бр. 29/03, 42/11;
7. Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране и Босне и Херцеговине, с друге стране;
8. Green Peper on guarantees for Consumer Goods and after-sales services, Commision of the European Communities, Com (93) 509 final;
9. Директива 1999/44/ЕУ Европског парламента и Вијећа од 25. маја 1999. године о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и гаранцијама за такву робу, *Службени лист ЕУ*, Л 171/12 од 25.5.1999;
10. Директива 2019/771/ЕУ Европског парламента и Вијећа од 20, маја 2019. године о одређеним аспектима уговора о продаји робе, измјени уредбе ЕУ 2017/2394 и Директиве 2009/22/ЕУ те стављању ван снаге Директиве 1999/44/ЕУ, *Службени лист ЕУ*, Л 136/28, од 22.05.2019.

Senior Assistant Tijana Baćović, LL.M.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

RESPONSIBLE PARTIES IN CASE OF DEFECTS OF GOODS IN THE LAW OF BIH

Summary

Regarding consumer protection, a crucial question is who the consumer can approach to enforce their rights due to defects in the purchased goods. In this study, we will delve into the entities accountable in situations involving defects in goods as outlined in the legal framework of Bosnia and Herzegovina (BiH). As BiH operates under two distinct laws for consumer protection, namely the Law on Consumer Protection of BiH and the Law on Consumer Protection of Republika Srpska (RS), we will ascertain whether consumers on the entire territory of BiH are afforded an equivalent level of protection in such scenarios. We will underscore the necessity of aligning regulations across BiH and assess their compatibility with EU directives designed to safeguard consumers as a distinct category of purchasers. Furthermore, we will put forth recommendations for enhancing consumer protection, particularly concerning the responsible parties in cases involving material defects.

Key words: *Consumer; Seller; Producer; Consumer Protection Act of Republika Srpska; Consumer Protection Act of Bosnia and Herzegovina*.

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 2 /
CIVIL LAW SECTION 2

УДК/UDC 341.948
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник

Институт за упоредно право, Београд

ДИЛЕМЕ КОЈЕ ПРАТЕ НАЧИНЕ САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА[1]

Правила Међународног приватног права уређују материју сазнања и примене страног права од стране домаћих судова у случајевима са елементом иностраности. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, у члану 13, одређује да ће суд бити у обавези да, по службеној дужности, утврди примену страног права, као и да се достављање садржине страног права може тражити од Министарства правде. Такође, странке могу поднети јавну исправу о садржини страног права. У вези са применом наведене одредбе поставља се много питања, имајући у виду праксу која није, увек, у сагласности како са наведеном одредбом, тако и са основним правилима у овој области. У раду се говори о начинима сазнања страног права, могућности да се обавештење о садржини страног права добије од домаћих институција, као и о ризику када странка доставља исправу о садржини страног права. Осим тога, за правилно сазнање и примену страног права битно је водити рачуна и о начину достављања замолнице органу стране државе, којим се тражи ово обавештење. Такође, у раду се поставља питање да ли је упутно, у сваком случају, применити домаће право, када се не може, из било ког разлога сазнати страно право.

Кључне речи: Страно право; Суд; Елемент иностраности; Достављање; Замолница; Јавна исправа.

Владимир Чоловић, *v.colovic@iup.rs, https://orcid.org/0000-0002-2016-1085*.

[1] Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023.).

1. УВОД

Најважнија чињеница код доношења судске одлуке је правилна примена материјалног права. То питање се, нарочито, поставља у случају постојања елемента иностраности у поступку, када ће колизиона норма домаће земље одредити меродавно право које је суд дужан да примени у поступку. Кад кажемо да је дужан да примени меродавно право, мислимо и на ситуацију када је то право страно, односно, када је неопходно сазнати садржину тог права.

Ако колизиона норма упути на примену страног права у поступку који се води пред домаћим судом, суд мора, по службеној дужности, да сазна садржину страног права, као и да га примени у односном поступку. Значи, суд има два задатака. Први, да сазна страно право и други, да то право примени, на исти начин, као када примењује домаће материјално право. Овде се поставља низ питања, од којих ћемо, на почетку овог рада, издвојити два. Прво, на који начин ће сазнати садржину страног права? Рекли смо, напред, да је суд обавезан да сазна страно право по службеној дужности, што значи да он не може увек захтевати од странака да сазнају и доставе садржину тог права, како би могла да се донесе одлука, што са собом носи и одређене опасности везане за саму садржину страног права. Исто тако, суд се може обратити надлежном органу за послове правосуђа, односно, министарству правде, али и мишљење тог органа га не обавезује. Друго питање се односи на могућност условљавања доношења одлуке могућношћу сазнања страног права. Суд не може да одбије доношење одлуке, уколико не сазна страно право, односно, не може да одбије да донесе одлуку, уколико странке не доставе садржину истог. Суд се, наравно, може обратити и некој од домаћих институција које могу дати мишљење о садржини страног права, али га и то мишљење не обавезује.

Навешћемо, на овом месту, одредбу законодавства Републике Србије, које регулише наведену област. Наиме, код сазнања страног права, суд мора да поштује одредбу члана 13 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље: ЗРСЗ),[2] у којој се одређује да је суд, односно, други надлежни орган, дужан да сазна страно право по службеној дужности. Затим, суд или други орган могу тражити обавештење о страном праву од надлежног органа, односно министарства правде. Најзад, у овој одредби се регулише

[2] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/06 – др. закон.

могућност да странке поднесу јавну исправу о садржини страног права. Из ове одредбе произлази да суд мора да сазна страно право, затим, да може, али не мора да тражи обавештење о томе од министарства правде, као и да странке могу, али не морају, да доставе обавештење о садржини страног права.

С обзиром на многе дилеме које се постављају, пре свега, приликом сазнања страног права, веома је битно да дефинишемо које опције стоје суду на располагању код сазнања страног права, затим, које се опасности крију кад суд покуша да самостално сазна страно право, као и кад странке доставе исправу о страном праву. Суду, наравно, као што смо рекли, стоје на располагању два начина сазнања страног права, ако то чини без помоћи странака. Први начин је да се обрати министарству правде, а други некој од институција у домаћој земљи, која може да достави обавештење о садржини права друге земље. Веома је битно сазнати страно право на правилан начин, како би оно могло да се примени у поступку и како би се донела одлука која не би могла да се напада у другостепеном поступку, због чињенице да постоји сумња да садржина страног права није аутентична, односно, да одребе тог права, које домаћи суд треба да примени, нису на снази у страној земљи. Најисправније је сазнати страно право директно од стране надлежних органа земље тог права. Али, суд самостално не може да покрене поступак међународне правне помоћи ради сазнања страног права. Он то може учинити само ако поднесе захтев министарству правде.

У сваком случају, сазнање страног права, као и примена истог може бити праћено проблемима, који су везани за непоштовање општих правила у овој области. Примена права по *lex fori*, односно, по праву земље где се поставља питање не може доћи у обзир, ако се страно право може сазнати. Исто тако, код сазнања и примене страног права може се поставити питање одступања од примене колизионе норме, када морамо водити рачуна о поштовању јавног поретка, изигравању закона и примени узвраћања, односно, упућивања, чему ћемо посветити пажњу.

2. ТРЕТМАН СТРАНОГ ПРАВА

Да бисмо могли да схватимо због чега суд у нашој земљи мора по службеној дужности да сазна страно право, морамо објаснити третман страног права у земљама континенталног система коме припада и наша земља. Страно право се, у овом систему, схвата као право, што значи да оно, након сазнања, има статус домаћег права, тј. када га суд или други орган мора применити. За разлику од континенталног сис-

тема, у англосаксонском систему се страно право схвата као чињеница, када су странке, које учествују у поступку, дужне да поднесу доказ о садржини тог права, односно, дужне су да поднесу доказ о томе.[3] У континенталном систему, суд увек мора да зна право које примењује, што се односи и на ситуације када је присутан елемент иностраности. Ако суд не примени страно право, иако је колизиона норма одредила да ће се оно примењивати у поступку, као и ако је погрешно применио то право, тада то може бити разлог за подношење жалбе на одлуку суда.[4] Значи, та одлука може бити укинута или преиначена, на исти начин као кад је повређено материјално право у предмету без елемента иностраности.[5] Са друге стране, у англосаксонском систему, ако странке не докажу страно право, односно, ако не доставе садржину истог, тада ће суд применити домаће право. Наиме, страно право се уподобљава са домаћим, па је то разлог примене домаћег права у ситуацији када суду није достављена садржина страног права.[6] Осим тога, овај став се објашњава теоријом стечених права. Наиме, правило домаћег права се у предмету са елементом иностраности примењује на основу претпоставке да је садржина домаћег права једнака садржини страног права.[7] На пример, суд у САД може да прихвати или одбије примену страног права, ако оно није доказано у поступку од стране странака. Осим тога, суд одлучује и о обиму примене страног права, односно, о томе да ли је уопште потребна примена страног права. То значи да суд, самим тим, одбија примену колизионе норме, односно, резултат примене те норме, а то је примена страног меродавног права.[8] Постоје и случајеви, у неким земљама, да суд, ако странке не докажу садржину страног права, одбија правни захтев који је заснован на страном праву.[9] У сваком случају, у англосаксонском систему је основно правило да странке практично асистирају суду код доказивања страног права.[10]

Само сазнавање садржине страног права у континенталном правном систему може произвести две последице, које директно могу утицати на решавање спорова са елементом иностраности. Прва пос-

[3] Е. Муминовић, *Основи Међународног приватног права*, Сарајево 1997, 64.

[4] М. Пак, *Неки проблеми међународне правне помоћи у статусним и имовинским стварима и запажања из праксе судова у Србији*, Београд 1977, 11.

[5] М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 2000, 323.

[6] Е. Муминовић, 65.

[7] М. Пак (2000), 328.

[8] *Ibid*., 329.

[9] М. Пак (1977), 11.

[10] P. Hay, “The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States”, U.S. National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law in Vienna, Austria, 2014, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, 213.

ледица се односи на одуговлачење поступка, с обзиром на чињеницу да поступак међународне правне помоћи може дуже трајати. То се односи на ситуацију и када се суд директно обраћа некој од домаћих институција која је овлашћена за давање обавештења о садржини страног права. Друга последица се односи на случај када суд не сазна страно право. То могу бити ситуације када се суд није ни упуштао у сазнање страног права или није искористио све могућности сазнања страног права. Тада би, по општим правилима, требало применити право по *lex fori*, односно, домаће право, али то може довести до грешке у доношењу одлуке, односно, до ситуације да суд неправилно примени материјално право у поступку. Са друге стране, судови англосаксонских земаља, ако странке не докажу садржину страног права, примењују право по *lex fori*. И континентални, а и англосаксонски правни системи имају своје мањкавости када је у питању начин сазнања и примена страног права, али, ипак, предност морамо дати континенталном, с обзиром да се у том систему полази од претпоставке да суд по службеној дужности мора да примени страно право, што указује на чињеницу да суд познаје страно, као и домаће право, а да је питање самог законодавства односне земље на који начин ће суд сазнати страно право. Друга предност континенталног у односу на англосаксонски правни систем односи се на могућност да и странке могу учествовати у доказивању страног права, тако да суд може да им се обрати, али не може да тиме условљава доношење одлуке у поступку са елементом иностраности. Наравно, доказивање страног права од стране странака носи са собом опасности, као што смо навели.

3. ДОМАЋИ СУД И САЗНАЊЕ СТРАНОГ ПРАВА

Чињеница је да ће сазнање аутентичне садржине страног права бити сигурно ако се покрене поступак међународне правне помоћи, што подразумева обраћање домаћих надлежних органа органима стране државе, који ће им доставити важећу исправу која ће садржати одредбе законодавства стране земље. Исправе, односно јавне исправе су најпоузданији извори података о садржини страног права и издате су од стране надлежног органа стране државе. Различити су органи који ће издавати јавне исправе о садржини свог права. То су, најчешће, министарства правде, али и други органи стране земље. Да бисмо дошли до стране јавне исправе која ће нам доказати садржину страног права, морамо користити правила о начину сазнања страног права, било да су она уређена унутрашњим законодавством или међународним изворима. У сваком случају, морамо имати на уму да се, у

поступку сазнања страног права, користе сви познати извори доказа у једној држави.[11]

Суд треба да утврди вредност и поузданост доказа који су му поднети било од стране министарства правде, било од стране странака, односно од стране других институција којима се обратио.[12] Уколико суд не примени страно право или га примени на погрешан начин, поставља се питање по ком праву ће се поднети редовни и ванредни правни лекови против одлуке.[13] У домаћем праву нема решења у прописима за наведени случај, тако да се може закључити да ће се применити иста правна средства, као и код примене домаћег права.[14] Уосталом, то је правилан закључак, ако узмемо у обзир да суд суди на територији домаће земље и да примењује страно право као домаће.

Сазнање страног права може да буде праћено великим проблемима. Осим тога, сазнање страног права може да захтева много времена, као и да произведе много трошкова. Затим, страно право може да буде погрешно интерпретирано или лоше преведено, у зависности од тога који текст закона стране земље се користи, односно, на ком језику. Најзад, страна права могу да буду из различитих правних система. Зато се и предвиђају решења која омогућавају суду да одустане од сазнања страног права и да примени домаће материјално право, уместо страног.[15] Ако странке подносе доказ о садржини страног права, исправе које подносе морају да испуне три услова: аутентичност, истинитост садржаја и основаност става о садржини страног права.[16] Све три претпоставке су обориве,[17] а то значи да би се могла довести у питање употребљивост тих исправа. Суд не може да донесе закључак о немогућности сазнања или немогућности примене страног права, уколико странке не доставе доказ, односно, исправу.[18]

С обзиром на то да се страним исправама може доказати садржина страног права, морамо да се, кратко, посветимо овој области. Наиме, стране исправе можемо разликовати као јавне и приватне. Да би се стране приватне исправе могле користити у поступку са елементом иностраности у домаћој земљи, оне морају бити уподобљене са јав-

[11] М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, Ниш 1995, 54.

[12] Д. Китић, *Међународно приватно право*, Београд 2016, 163.

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.*, 164.

[15] Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2001, 191.

[16] *Ibid.*, 194.

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid.*

ним. Даћемо дефиницију јавних исправа по Хашкој конвенцији о укидању потребе легализације страних јавних исправа, коју је потписала и наша земља.[19] Наиме, под страним јавним исправама се подразумевају: исправе које је издао орган или службеник државног правосуђа, укључујући и тужилаштво; административне исправе; исправе које је издао или оверио јавни бележник; наводи о упису у јавне књиге.[20] Потврда о исправи се ставља на саму исправу. Та потврда се назива апостил.[21] Морамо истаћи да је овај начин сазнања страног права најсигурнији са становишта његове основаности.

* * *

Осврнућемо се, кратко, на одредбу Нацрта Закона о међународном приватном праву[22] која се односи на сазнање страног права. Иначе, прошло је скоро 9 година (у моменту писања овог рада) од коначног обликовања текста Нацрта, али још увек овај Закон није усвојен. Наиме, наслов поменуте одредбе је „Утврђивање садржине страног права“, што суду или неком другом органу даје шире могућности кад су у питању начини сазнања страног права. Исто као и ЗРСЗ, Нацрт одређује да суд по службеној дужности утврђује страно право и да може затражити обавештење о садржини страног права од стране министарства правде. Међутим, Нацрт предвиђа да суд може тражити и стручно мишљење о страном праву и на друге начине. Сматрамо да је реч „стручно“ непотребна, ако имамо у виду да се и од министарства правде тражи стручно мишљење. Са друге стране, суд може на сваки подобан начин да сазна страно право. Ти начини се могу односити само на директно обраћање домаћим институцијама, с обзиром на то да суд не може покренути поступак међународне правне помоћи. Међутим, из ове одредбе произлази да се суд може обратити и страним институцијама. Да ли ће то суд урадити, зависи од околности. Исто тако, ова одредба садржи и могућност да суд замоли странке да доставе садржину страног права. Најзад, ова одредба Нацрта предвиђа да се странке могу обратити министарству правде са захтевом за достављање обавештења о садржини страног права, као и да могу поднети исправе или стручна мишљења о том праву. Посветићемо пажњу овој одредби. Наиме, ако се странке могу обратити министарству правде са наведеним захтевом, поставља се питање да ли то могу

[19] Закључена 5. 10. 1961. (*Службени лист ФНРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 10/62).

[20] В. Чоловић, *Међународно приватно право*, Бања Лука 2012, 320.

[21] *Ibid.*, 321.

[22] Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, *https://www.-mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna*, 5. 5. 2023.

учинити саме странке или њихови заступници. Осим тога, у неким поступцима поступају јавни бележници, па се поставља питање да ли они могу да се обрате министарству правде и да ли, на основу њиховог захтева, као и на основу захтева заступника или самих странака, министарство правде може покренути поступак међународне правне помоћи или се само може обратити домаћим институцијама.

4. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ОБАВЕШТЕЊИМА О СТРАНОМ ПРАВУ

СФР Југославија је ратификовала Европску конвенцију о обавештењима о страном праву (даље: Конвенција).[23] Конвенцију је донео Савет Европе 7. јуна 1968. године. Овај акт је од изузетног значаја у области сазнања садржине страног права. Конвенција уређује обавезе страна уговорница које се односе на именовање надлежних органа који ће имати обавезу међусобног обавештавања о садржини материјалних норми права својих држава, као и о организацији правосуђа.[24] Самим тим ће се обезбедити ефикасно и брзо утврђивање садржине страних права. Конвенција, наравно, предвиђа формирање посебних органа који ће вршити послове обавештавања, односно, послове везане за пријем замолница, као и за поступање по тим замолницама. Ти органи се у Конвенцији називају агенција за пријем и агенција за пренос.[25] Ови органи директно комуницирају. У случају да агенција за пренос или агенција за пријем нису формиране, тада ће директно комуницирати надлежни правосудни органи односних држава.[26] Конвенција, такође, детаљно уређује и ко може и на који начин да подноси захтев за обавештење, као и на који начин и у ком облику мора бити дат одговор на замолницу органа стране државе. Међутим, проблем који се везује за ову Конвенцију, односи се на њену недовољну примену у пракси, што се, пре свега, односи на мали број ратификација, али и на чињеницу да се њоме предвиђа достављање захтева на језику замољене државе, односно, обавезност састављања одговора на језику замољене државе.[27] Та чињеница успорава достављање одговора, тако да би било много упутније да се регулише достављање, како замолница, тако и одговора на замолницу на једном од неколико понуђених широко распрострањених језика, а што би регулисала

[23] Закон о ратификацији Европске конвенције о обавештењима о страном праву, *Службени лист СФРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 7/91.

[24] Конвенција, чл. 1, ст. 1. Конвенцијом је у истом члану, у ставу 2, одређено да стране уговорнице могу да прошире обим примене исте.

[25] Конвенција, чл. 2.

[26] Конвенција, чл. 5.

[27] Конвенција, чл. 14, ст. 1.

Конвенција. Конвенција предвиђа да одговор мора садржати аутентичне законске текстове, као и судске одлуке. Осим тога, одговор може бити допуњен или другим документима, као што су научни и стручни радови. Наравно, одговор може бити праћен и коментарима и образложењима.[28] Но, интересантно је да одговор неће обавезати правосудни орган из земље из које је захтев послат.[29] То значи да тај правосудни орган не мора да поступи по садржини тог одговора, односно, да неће морати да примени то право. У случају да би састављање одговора на захтев угрозило интересе, односно, суверенитет или безбедност државе, чије право треба да се примени у поступку у другој држави, тада ће се одбити поступање по захтеву.[30] Иначе, постоји могућност приступања трећих држава Конвенцији, односно, држава које нису чланице Савета Европе.[31] Значај Конвенције је у томе што унифицира правила која регулишу поступак обавештавања о садржини страног права, па, самим тим, Конвенција има своје значајно место, без обзира на све проблеме око њене примене. Оно што је веома битно код обавештавања о страном праву, односи се на ефикасност у достављању одговора о садржини тог права. Но, примена Конвенције зависи и од одредаба унутрашњих законодавстава земаља потписница, али и од теоријског става према начину доказивања и примене страног права. Иначе, морамо рећи да садржина Конвенције не одступа од општих правила у овој области. То се односи и на необавезност поступања по одговору који је стигао из замољене државе, што значи да ће се тада употребити други инструменти у сазнању страног права.

5. РЕГУЛИСАЊЕ САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ СТРАНОГ ПРАВА У ЗАКОНОДАВСТВИМА ДРУГИХ ЗЕМАЉА

Поменућемо решења која се налазе у законодавствима појединих земаља које припадају и континенталном и англосаксонском систему. Видећемо да та решења не одступају од одредбе члана 13 ЗРСЗ, као и од општих правила у овој области.

У Мађарској је 2017. донесен Закон о међународном приватном праву,[32] који је ступио на снагу 2. јануара 2018. Иначе, скоро четири деценије је у Мађарској примењивана Уредба са законском снагом о

[28] Конвенција, чл. 7.

[29] Конвенција, чл. 8.

[30] Конвенција, чл. 11.

[31] Конвенција, чл. 18, ст. 1.

[32] Hungarian Act XXVIII of 2017 on private international law, *https://www.ilo.-org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106778&p_country=HUN&p_count=858&p_classification=01.03&p_classcount=5*, 7. 5. 2023.

међународном приватном праву.[33] Одредба члана 6 Закона из 2017. одређује да ће суд примењивати право по службеној дужности, али је предвиђено да ће суд по службеној дужности морати и да сазна садржину страног права. Осим тога, суд је дужан да тумачи страно право у складу са правилима и праксом тог права. Предвиђено је да суд може користити било који начин за утврђивање садржине страног права. Интересантно је да у те начине мађарски законодавац убраја и поднеске странака, мишљења вештака, као и податке које даје министар правде. Уколико суд не може да утврди садржину страног права у одређеном року, који законодавац назива „разумним“, тада ће се примењивати мађарско право. Најзад, ако се не може применити мађарско право, тада ће се примењивати страно право које је „најближе важећем праву“. На први поглед, одредба мађарског Закона је слична одредби ЗРСЗ. Ипак, постоје и разлике које се односе на регулисање начина сазнања страног права, а што се односи на чињеницу да је законодавац у исту раван ставио поднеске странака, мишљења вештака и обавештења које доставља министарство правде. Ако Мађарска прихвата институт страног права, као права које суд мора да сазна по службеној дужности, тада се поставља питање зашто су изједначени поднесци странака са обавештењима министарства правде. Друго питање се односи на мишљења вештака, а што се односи на питање, ко може да буде вештак у овој области. Осим тога, ако суд не може да сазна страно право, предвиђена је примена мађарског права, али и примена другог страног права, које је најближе страном праву које није могло бити утврђено. Суд, и у овом случају, мора да сазна садржину страног права, али пре него што примени исто у поступку, мора да утврди да ли је оно „блиско“ или не страном праву, на које је указала колизиона норма. Због тога можемо поставити питање сврхе ове одредбе.

Швајцарски Савезни закон о међународном приватном праву[34] у члану 16 одређује да ће, такође, суд по службеној дужности утврдити страно право, као и да, у том погледу, може бити затражено учешће странака у поступку. Исто тако, швајцарски законодавац предвиђа, да ће се, у случају немогућности сазнања страног права, применити домаће право. Оно што разликује швајцарски Закон у односу на наш или мађарски, јесте одредба првог става члана 16, да суд, уколико се ради о имовинским стварима, може наложити странкама да докажу садржину страног права. Највероватније је швајцарски законодавац имао у виду да странке у имовинским стварима остварују одређену

[33] Донета 31. 5. 1979.

[34] Swiss Federal Act on Private International Law, *https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/-1988/1776_1776_1776/en*, 30. 4. 2023.

економску корист, али се о имовинским стварима одлучује и у брачним односима, односима родитеља и деце, наслеђивању, итд. Но, чињеница је да законодавац, овде, одредио само могућност суда да то уради, односно, да и у овим случајевима постоји обавеза суда да, по службеној дужности, утврди садржину страног права. Исто тако, видимо да у овој одредби није одређено, коме се суд може обратити кад је у питању сазнање садржине страног права, осим странкама.

Аустријски Савезни закон о међународном приватном праву[35] одређује, у члану 4, да је суд обавезан да сазна страно право, да затражи сарадњу странака, затим обавештење од министарства правде, као и мишљење стручњака. Исто тако, уколико је суд у немогућности да утврди страно право у примереном року, примењује се аустријско право. Интересантан је редослед лица и институција којима се суд може обратити. Прво су наведене странке, затим, министарство правде и, на крају, стручњаци. Наравно, не дозвољава се могућност примене сродног права, у случају немогућности сазнања страног, што аутомастки доводи до примене права по *lex fori*.

У САД је, још увек, на снази Други Зборник права – сукоби закона,[36] који у одредби члана 136, који носи наслов „Обавештење о страном праву и његово доказивање“[37] регулише питања сазнања и примене страног права. Оно што је интересантно, кад је у питању утврђивање страног права у САД, односи се на чињеницу утврђивања потребе сазнања страног права и ако је она утврђена, тада се одређује и начин сазнања страног права, као и последице немогућности сазнања истог. Ипак, ова одредба не помиње обавезу странака да докажу садржину страног права. Одређује се једино да ће се локалним правом утврдити обавеза сазнања страног права, као и последице пропуштања утврђивања његове садржине. Но, суд може употребити и друге инструменте сазнања страног права, тако да страно право не мора увек сазнати од странака. У сваком случају, судија има велика овлашћења у поступку сазнања садржине страног права, што се уређује локалним правом федералне јединице САД. Иначе, основна разлика везана за начин утврђивања садржине страног права, која посто-

[35] Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, *https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426*, 30. 4. 2023.

[36] Усвојен и проглашен од стране Америчког правног института у Вашингтону 23. 5. 1969., М. Живковић, *Међународно приватно право, националне кодификације – прва књига*, Београд 1996, 417.

[37] Члан 136 гласи: „1) Локално право државе форума одређује потребу обавештења о страном праву, начин тог обавештавања и дејство пропуштања давања таквог обавештења. 2) Локално право државе форума одређује како се утврђује садржина страног права и дејство пропуштања утврђивања те садржине.“

ји између континенталног и англосаксонског система, све више губи на значају, ако посматрамо решења у Другом зборнику права САД.

6. САЗНАЊЕ И ПРИМЕНА СТРАНОГ ПРАВА И ОДСТУПАЊЕ ОД РЕДОВНЕ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ

Осим проблема који могу настати приликом сазнања и примене страног права, морамо имати у виду и ситуације које су везане за могуће одступање од примене колизионе норме, односно, одступања од примене меродавног права. Тада говоримо о повреди јавног поретка домаће земље, односно, земље примене меродавног права, затим о изигравању закона, као и о узвраћању, односно, упућивању (*renvoi*).

Уколико меродавно право стране земље вређа јавни поредак домаће земље, као земље примене права, тада се меродавно право неће применити.[38] Иначе, ЗРСЗ садржи уставноправну дефиницију јавног поретка,[39] за коју сматрамо да је непотребна, имајући у виду да се материја Међународног приватног права односи на грађанско право, пре свега.[40] Јавни поредак треба уско тумачити, како би, уопште, могло да дође до примене меродавног права.[41] Не постоји енумерација одредаба које чине јавни поредак, што значи да, од случаја до случаја, треба одредити да ли одредба страног права вређа јавни поредак домаће земље или не. Ради се о веома малом броју одредаба, а ствар је сваке државе како ће дефинисати јавни поредак.

До изигравања закона долази кад се примењује вештачки створена колизиона норма у ситуацији када су промењене чињенице радњама странака, које желе примену неког другог права, а не оног, које би било примењено у редовним околностима. Значи, у питању су недозвољене радње странака.[42] Неки сматрају да и симуловање чињеница доводи до изигравања закона, али, ипак, сматрамо да изигравања закона не може бити без стварне промене тих чињеница.[43] У сваком случају, ако суд утврди да је дошло до изигравања закона, примениће колизиону норму која би, иначе, била примењена. Да би дошло до изигравања закона, мора доћи до избегавања примене домаћих императивних прописа, као и до постојања намере. Намера странака је

[38] J. G. Collier, *Conflict of Laws*, Cambridge University Press 2001, 361.
[39] ЗРСЗ, чл. 4.
[40] В. Чоловић, 94.
[41] В. Чоловић, 95.
[42] В. Кутиков, *Международное частное право на НР България*, София 1976, 278.
[43] В. Чоловић, 85.

веома битна,[44] с обзиром на то да оне морају да желе недозвољену примену неког другог права.

Најзад, код узвраћања и упућивања се ради о примени целокупног права стране земље, а не само материјалног права. Уколико колизиона норма домаће земље упути на страно право, тада морамо применити колизиону норму стране земље, како би њеном применом одредили меордавно право. Ако страна колизиона норма одређује као меродавно, право наше земље, тада ће се оно и применити, без поновне примене домаћих колизионих норми.[45] ЗРСЗ регулише узвраћање, али не и упућивање на право треће земље.[46] Могућност узвраћања ће постојати ако су колизионе норме домаће и стране земље различите, а ако су исте, тада се неће применити овај институт.[47] Осим тога, за примену овог института, потребно је да право стране земље регулише овај институт. Морамо рећи да се у пракси све чешће поставља питање примене *renvoi*.

Три института која представљају тзв. одступања од примене колизионе норме (корекције колизионе норме), представили смо кратко, желећи да покажемо сву сложеност код сазнања и примене страног права. Уколико суд утврди повреду јавног поретка, тада он неће применити страно право које је меродавно, већ домаће право, по правилу *lex fori*. Но, поставља се питање да ли је упутно применити домаће право у датом случају, уколико односни спор не може да буде решен домаћим правом. Тада се поставља питање примене неког другог страног права, које је сродно праву, чије одредбе вређају јавни поредак домаће земље. У том случају, суд домаће земље мора, опет, да покрене поступак сазнања страног права (уз претходно одређивање „сродног“ страног права). Затим, код изигравања закона суд мора да утврди намеру странака и њихову жељу за применом неког другог права, а не оног одређеног по колизионој норми која би се применила да није дошло до промене чињеница. Овде имамо ситуацију да суд два пута покреће поступак сазнања страног права, ако раније не утврди наведену намеру странака. Што се тиче института *renvoi*, наш законодавац јасно регулише обавезу суда да примени страну колизиону норму и да путем ње одреди меродано право, што значи да ће домаћи суд морати, прво, да утврди да ли је колизиона норма стране државе иста или различита од колизионе норме домаће земље, а уко-

[44] К. Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб 2005, 205.

[45] ЗРСЗ, чл. 6.

[46] У ситуацији када би страна колизиона норма упутила на примену права неке треће земље.

[47] В. Чоловић, 90.

лико утврди да је иста, онда ће морати да сазна и примени меродавно право на које је упутила колизиона норма стране државе.

7. КОРАЦИ КОЈЕ СУД МОРА ДА ПРЕДУЗМЕ ПРИЛИКОМ ПРИМЕНЕ КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ И ПОКРЕТАЊА ПОСТУПКА САЗНАЊА И ПРИМЕНЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА

Навешћемо најбитније кораке које суд мора да предузме, уколико решава случај са елементом иностраности, односно, уколико мора да примени колизиону норму:

- пре свега, суд мора да примени колизиону норму. Она је императивна и суд не сме да примени одредбу домаћег закона, ако је у поступку присутан елемент иностраности;
- уколико колизиона норма упути на страно право као меродавно, суд мора, по службеној дужности, да сазна страно право;
- начини сазнања страног права нису јасно предвиђени у законодавству. Суд се може обратити министарству правде које, у том случају, може да се обрати некој од домаћих институција, али може да покрене и поступак међународне правне помоћи, како би се тражило обавештење од надлежног органа односно стране земље, тј. земље чије се право мора применити у поступку;
- суд се може обратити и странкама, али никако не сме условити доношење одлуке достављањем исправе о садржини страног права од стране странака;
- након сазнања садржине страног права, суд мора то право да примени у поступку, што може створити додатне проблеме, које су везане за разумевање страног права.

Навешћемо и проблеме који се могу појавити уколико се страно право сазнаје слањем захтева некој од домаћих институција, као и проблеме који се могу појавити кад се страно право сазнаје путем међународне правне помоћи. Уколико се суд или министарство правде обрати некој од домаћих институција, као што су правни факултет или научни институти, тада се проблеми могу тицати следећег:

- језик на коме је написан текст закона или судске праксе. У многим случајевима се мора ангажовати судски тумач који добро познаје материју правне науке. Текст на изворном језику и превод тог текста на неком од распрострањених језика може бити различит са становишта тумачења и то може створити проблем, поготово у ситуацијама када поједина законодавства припадају другим системима права;

- у поступку сазнања страног права обраћањем домаћој институцији, у међувремену може доћи до промене законодавства у односној земљи, тако да, у тренутку предаје обавештења о садржини страног права или саме примене тог права, одредба тог права може бити укинута или измењена;
- најзад, велики проблем може бити и у недостатку истраживача који се баве овом материјом, односно, који познају законодавства која спадају у друге системе права, ако се обавештење о страном праву тражи од домаћих институција.

Са друге стране, ако се страно право сазнаје путем међународне правне помоћи, може доћи до одуговлачења слања одговора на захтев од стране надлежног органа стране земље, што доводи и до дужег трајања поступка у домаћој земљи. Затим, домаћи надлежни органи морају да поштују правила код достављања замолница, које се односе на садржину страног права, како не би дошло до одбијања поступања по тој замолници од стране надлежних органа стране земље. Чињеница је да најједноставније функционише међународна правна помоћ, кад два органа именована при надлежним министарствима две државе директно комуницирају, ако је то предвиђено међународним уговорима, било да су они мултилатерални или билатерални. Међутим, видимо да се и у пракси других земаља, користе домаће институције или домаћи стручњаци (вештаци) који дају мишљење о садржини страног права.

У вези са тим, поставља се питање и ангажовања стручњака, односно, вештака који има задатак да изради мишљење о примени страног права. У англосаксонском систему, вештака ангажује странка. Можда је важније мишљење вештака о страном праву, него пребацивање терета доказивања садржине страног права на странке.[48] Са друге стране, у Немачкој су судови слободни у доказивању садржине страног права. То се односи и на ситуације, када треба сазнати право које долази из земље која припада другом правном систему, нпр. англосаксонском. У озбиљнијим и сложенијим случајевима, немачки судови ће именовати вештака. Ти вештаци могу бити угледни професори на неком од института. У Енглеској је, нпр. другачије, где ће се предност у сазнању страног права дати управо стручњацима из земље чије право треба сазнати. Ако вештак има пребивалиште у Немачкој, суд ће вештаку послати цео спис, заједно са званичном одлуком, у којој су наведена питања на која вештак мора да одговори. Према

[48] Y. Rotem, “Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof Be Assigned?“, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, no. 2 article 8, 1-1-2014, *https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol14/iss2/8*, 6. 5. 2023.

немачком закону, судски списи се не смеју слати у иностранство. Вештаку се обично даје рок за писмено одговарање на питања, често се одобравају и продужења тог рока. Суд и било која страна могу захтевати од вештака да присуствује рочишту и образложи мишљење. Осим тога, судови често примењују Европску конвенцију о обавештењима о страном праву. Иначе, ова Конвенција се више користи у Немачкој него у већини других држава потписница.[49]

Кад је у питању америчка пракса, истичемо несигурност и недоследност у поступку сазнања и примене страног права. Оно што представља проблем, односи се на начин утврђивања садржине страног права и пропуст странака да обавесте суд да треба да примени страно право. Треба додати и растући тренд у државним органима да треба ограничити примену страног права, што се пре свега односи на права која долазе, нпр. из шеријатског правног система. Осим тога, постоје и случајеви да судови утичу да странке одустану од примене страног права, односно, да су пристале на примену домаћег права, закона суда.[50]

8. ЗАКЉУЧАК

Напред смо, већ, изнели поједине ставове који се тичу начина сазнања садржине страног права. Чињеница је да страно право које домаћи суд примењује као меродавно, мора да буде на снази. У супротном, суд ће погрешно применити материјално право, што је основ за подношење правног лека против одлуке. Иако је сигурно да поступак, без обзира да ли је у њему присутан елемент иностраности или не, мора да буде ефикасан, сигурно је да суд мора да избегне, кад год је то могуће, примену домаћег права у случају немогућности сазнања страног. Због тога је веома битно да и министарство правде или други орган, који је надлежан за послове правосуђа, ефикасно поступи по захтеву суда и покрене поступак међународне правне помоћи. Сигурно је да поступак међународне правне помоћи може бити дуготрајан, односно, да ће домаћи суд дуго чекати на одговор о садржини страног права, али је чињеница да је то једини исправан пут за сазнање страног права. Странке, као и њихови заступници не могу покренути поступак међународне правне помоћи. Они се само могу обратити поје-

[49] G. Dannemann, “Establishing Foreign Law in a German Court” *German Law Archive*, *https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=377*, 7. 5. 2023.

[50] L. E. Teitz, “Chapter 16: The challenge of accommodating foreign law in domestic courts”, *Private International Law, Contemporary Challenges and Continuing Relevance* (eds. F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo), Elgar Monographs in Private International Law, 2019, 434, *https://www.elgaronline.com/display/edcoll/9781789906899/9781789906899.-00030.xml*, 7. 5. 2023.

диним институцијама у домаћој или страној земљи које им могу одговорити на захтев, али и не морају, односно, то могу урадити и на погрешан начин, поготово у ситуацији када домаћа исниституција даје мишљење о садржини страног права, а у току су измене односних законских одредаба у страној земљи. У сваком случају, најефикасније решење би било да у свим стварима са елементом директно комуницирају посебни органи (агенције за пријем и пренос писмена) у поступку сазнања садржине страног права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Варади, Тибор, Бордаш, Бернадет, Кнежевић, Гашо, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2001;
2. Живковић, Мирко, *Међународно приватно право, националне кодификације, прва књига*, Београд 1996;
3. Китић, Душан, *Међународно приватно право*, Београд 2016;
4. Кутиков, В., *Международное частное право на НР България*, София 1976;
5. Муминовић, Един, *Основи Међународног приватног права*, Сарајево 1997;
6. Пак, Милан, *Међународно приватно право*, Београд 2000;
7. Пак, Милан, *Неки проблеми међународне правне помоћи у статусним и имовинским стварима и запажања из праксе судова у Србији*, Београд 1977;
8. Рочкомановић, Милорад, *Међународно приватно право*, Ниш 1995;
9. Сајко, Крешимир, *Међународно приватно право*, Загреб 2005;
10. Hay, Peter, “The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States”, U.S. National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law in Vienna, Austria, 2014, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014;
11. Collier, John G., *Conflict of Laws*, Cambridge University Press 2001;
12. Чоловић, Владимир, *Међународно приватно право*, Бања Лука 2012.

Правни прописи

1. Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426, 30. 4. 2023;
2. Закон о ратификацији Европске конвенције о обавештењима о страном праву, *Службени лист СФРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 7/91;
3. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Слу-*

жбени лист СРЈ, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон;

4. Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, *https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna*, 5. 5. 2023;
5. Swiss Federal Act on Private International Law, *https://www.fedlex.-admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en*, 30. 4. 2023;
6. Хашка конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа, *Службени лист ФНРЈ* – додатак Међународни уговори, бр. 10/62;
7. Hungarian Act XXVIII of 2017 on private international law, *https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106778&p_country=HUN&p_count=858&p_classification=01.03&p_classcount=5*, 7. 5. 2023.

Интернет извори

1 Dannemann, Gerhard, “Establishing Foreign Law in a German Court”, *German Law Archive*, *https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=377*, 7. 5. 2023;

2 Rotem, Yaad, “Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof Be Assigned?”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, no. 2 article 8, 1-1-2014, *https://chicagounbound.uchicago-.edu/cjil/vol14/iss2/8*, 6. 5. 2023:

3 Teitz, Louise Ellen, “Chapter 16: The challenge of accommodating foreign law in domestic courts”, *Private International Law, Contemporary Challenges and Continuing Relevance, Elgar Monographs in Private International Law* (eds. F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo), 2019, *https://www.elgaronline.com/display/edcoll/9781789906899/9781789906899.00030.xml*, 7. 5. 2023.

Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

DILEMMAS ARISING FROM THE WAYS OF FINDING OUT ABOUT AND APPLYING FOREIGN LAW

Summary

Private International Law rules regulate the matter of domestic judicial and other authorities finding out about and applying foreign law in cases involving a foreign element. Article 13 of the Act on the Resolution of Conflicts of Laws with the Regulations of Other Countries stipulates that the court or other authority shall be obliged to determine, ex officio, the

application of foreign law or that the court may request the content of foreign rule from the Ministry of Justice. Also, the parties can submit a public document on the content of foreign law. Applying the abovementioned provision raises many questions which require proper answers, especially bearing in mind that the practice is sometimes contrary not only to provisions of the said law but to basic rules of Private International Law. The paper will discuss the ways of finding out about foreign law, the possibility of receiving information about the content of foreign law from domestic institutions and the risk involved when a party submits a public document about the content of foreign law. In addition, for the correct finding out and application of foreign law, it is important to take care of the delivery of the act to the authority of the foreign state, from which the notification is required. Furthermore, it is essential that the party consider the issue of whether the domestic court or other authority will be able to correctly interpret and apply provisions of the foreign law, without additional information obtained from the authorities of a foreign country. Also, the paper will raise the question of whether it is advisable, in any case, to apply domestic law in a situation where it is not possible to find out about foreign law for any reason.

Key words: *Foreign law; Court; Foreign element; Service of documents; Letter of request; Authentic instrument*.

УДК/UDC 004.738.5:339
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Игор Камбовски

Правни факултет Универзитета „Гоце Делчев“ Штип,
Северна Македонија

ПРАВО И ЕЛЕКТРОНСКА ТРГОВИНА – ДА ЛИ НОРМА ПРАТИ И КОНТРОЛИШЕ ТЕХНОЛОГИЈУ И ИНОВАЦИЈЕ?

Сваку нову освојену или бар додирнуту границу, у свим сферама друштва, карактерише недостатак закона који би регулисали ту „новоосвојену територију“. У прошлости, законодавци су морали да се суоче и повинују изазовима који су произашли из специфичних друштвених услова и специфичне заједнице или нације. Међународно право је премостило јаз, али су често биле потребне године и деценије да се конкретна правна норма формулише, усагласи и стави на снагу. То је било тако пре него што је технологија почела да води нас, наше друштво и наше институције, пре него што је почела наша зависност од света којим управљају компјутери и интернет, у коме је човек морао да пронађе своје место, просперитет и благостање. У последњих 30 година интернет се развио до невиђених размера, што је довело до појаве е-трговине, која је представљала својеврсну револуцију у области пружања комерцијалних услуга. Стварање права је компликован и спор процес, а технолошки напредак је пребрз, па постоји проблем и дилема: да ли право може да прати динамичке промене и развој информационо-комуникационих технологија? Сваки нови закон који правно регулише односе који настају употребом нових технологија брзо застарева и јавља се потреба за његовом ревизијом и изменама и тако унедоглед. Ово доприноси стварању правних норми које су, да би трајале, прешироко постављене или непрецизне, што заузврат повећава правну несигурност, што, опет, обрнуто пропорционално утиче на поверење међу субјектима који учествују у електронској трговини. Такође, техничка достигнућа стварају одређене практичне стандарде много брже него што је закон у стању да их регулише. Дакле, de facto, стандард постаје норма много пре него што закон нормативно подржава такав стандард.

Кључне речи: Електронска трговина; Норма; Технологија.

Игор Камбовкси, *igor.kambovski@ugd.edu.mk*.

1. УВОД

Са појавом интернета 1991. године и његовом комерцијализацијом неколико година касније, многе ствари су се промениле. Уз помоћ свеукупне напредне технологије, према којој се претпоставља да се снага рачунарске технологије и комуникација удвостручује сваких 9–12 месеци, стари начини рада више не функционишу, па се застареле навике и схватања морају променити. Недостатак правног оквира на интернету довео је до незаустављиве експанзије нелегалних садржаја, порнографије, крађе личних података и ауторских права, индустријске шпијунаже, сајбер криминала, па чак и раста међународног сајбер тероризма, док је с друге стране, затекао државе неспремне и без правних механизама у покушају да заштите своје становништво. И у другим крајностима, напори споре и атрофиране музичке и филмске индустрије да се супротставе *YouTube, Spotify* и одређеним *peer-to-peer* платформама и апликацијама, резултирали су огромним развојем мрежних веза преко којих се музика, филмови, књиге, компјутерски програми и софтвери „скидају“ бесплатно и које су апсолутно ван контроле. Ови примери електронског пословања указују на нову врсту комуникације која је рођена појавом интернета – концепт потпуне слободе у дигиталном глобалном селу, да идете било где, добијете шта год желите, радите шта год желите, и све то бесплатно! И, за кратко време, на почетку све је постојало, било доступно и бесплатно на интернету. Али, с друге стране, ништа се не може добити бесплатно, увек се мора платити, човек предузима радње које се могу мерити, проценити, израчунати у новчаној противвредности, и тако мора бити, јер је то одговорност коју човек има, према себи, према друштву и према будућим генерацијама. Коначно, правила игре морају постојати, закони се морају поштовати, иначе може настати непоправљива штета.

2. АКТУЕЛНИ ПРИМЕРИ

Примери друштвених медија (*Facebook, Twiter, Instagram*) и електронских цигарета показују и потврђују овај тренд и тенденцију. Међу њима постоје занимљиве сличности: оба користе напредну технологију у иновативним окружењима која се брзо мењају, и стога их је готово немогуће дефинисати са довољно специфичности да би се омогућило да се дуготрајни регулаторни процес одвија својим током. До тренутка када је пропис коначно одобрен, производ или услуга су се већ трансформисали. Од свог покретања 2004. године, Фејсбук је стално био уплетен у питања приватности података. Фејсбук тврди да није било повреде података, али више судских процеса је доказало

супротно. Фејсбук је предузимао кораке да осигура већу транспарентност у погледу коришћења личних података, чак је и извршни директор Фејсбука Марк Закерберг јавно, али само декларативно, подржао више прописа. У међувремену, према закону, који се назива и „Закон о Фејсбуку“, компаније друштвених медија (*META*) морају да уклоне увредљиве постове и да обришу све личне податке корисника који су били предмет неовлашћеног коришћења од 2007. године до данас или се суочавају са драконским новчаним казнама.[1]

У другој области, потенцијалне користи од преласка са обичних цигарета на е-цигарете (загрејаних дуванских производа) потврђене су извештајем Краљевског колеџа лекара у Великој Британији: „Замена великих размера е-цигаретама или другим никотинским производима који нису дуван… промовисање е-цигарета… као замене за пушење, стога ће вероватно донети значајне здравствене користи у Великој Британији.”[2] Е-цигарете чине део све већег спектра електронских уређаја за испоруку никотина, па се земље широм света боре да регулишу ову нову категорију. Класификација ових артикала варира од потрошачких производа са мало ограничења (Уједињено Краљевство), до класификације као дуванских производа, чак и када многи производи не садрже дуван (Бразил), до потпуне забране. Чини се да су регулатори збуњени технологијом, брзином промене и етичким импликацијама нових производа који се не уклапају у постојеће категорије. У многим земљама су закони о контроли дувана усвојени пре него што су загрејани дувански производи стигли на њихова тржишта, што значи да ови нови производи нису ефикасно регулисани. Владе широм света треба да размотре забрану уређаја за загревање дуванских производа, посебно ако не постоје на њиховом тржишту, или да обезбеде да се њихове постојеће одредбе о контроли дувана примењују и на цигарете и на уређаје. Такође, владе треба да преиспитају своје законе о рекламирању дуванских производа, паковању и означавању, опорезивању и излагању пасивном пушењу, како би се осигурало да се закони правилно спроводе у пракси.[3] Оквирна конвенција СЗО о контроли дувана је усвојена на 8. Конференцији Светске здравствене организације. Овим актом из 2018. се странке и компаније подсећају да „регулишу, укључујући ограничавање или забра-

[1] *https://www.npr.org/2023/04/20/1170987739/facebook-settlement-lawsuit-privacy*, 23. 6. 2023.

[2] *https://www.gov.uk/government/news/e-cigarettes-around-95-less-harmful-than-tobacco-estimates-landmark-review#:~:text=Key%20findings%20of%20the%20review,much%20less%20harmful%20than%20smoking*, 18. 6. 2023.

[3] *Can electronic cigarettes save lives? | World Economic Forum (weforum.org)*, 22. 6. 2023.

ну“ нових дуванских производа, као што су загревани дувански производи, укључујући и „уређаје дизајниране за конзумирање производа“. Дакле, државе би требало да: или у потпуности забране ове производе, или да обезбеде своје законе на начин што ће забранити свако оглашавање, промоцију и спонзорство тих производа, укључујући и уређаје; примене све захтеве за паковање ових дуванских производа, укључујући и уређаје, као што је забрана било каквог обмањујућег паковања и етикетирање, као и постављање здравствених упозорења на слици од најмање 50% обима паковања у односу на стандардну амбалажу; ограниче употребу ових производа на свим затвореним јавним местима и свим другим просторима где је забрањено пушење; забране карактеризацију арома укључујући додавање арома од стране потрошача; и опорезују електронске цигарете по истој стопи као и конвенционалне цигарете.[4]

Регулатива и етичка посвећеност не морају бити заробљени у бинарној опозицији описаној горе. Принцип „придржавај се или објасни“ дозвољава одређену дозу агилности дајући корпорацијама могућност да избегну поштовање норми тако што ће објаснити када се (и како) одређени принцип или правило не односи на њих. Не поричући ни на тренутак да је глобално регулаторно окружење сложено и да ће захтевати техничку специфичност у већини области, не треба потценити додатни изазов потребе да се демонстрира етичка основа. Можда би могла постојати законска одговорност за Фејсбук да покаже како су достојанство и приватност њихових корисника заштићени, или за произвођаче е-цигарета да пруже доказе о утицају на здравље потрошача, уместо да једноставно представљају алгоритме или хемијске формуле које се могу ревидирати од стране „независних“ експерта.

3. Е-ТРГОВИНА И ПРАВО – ХРОНОЛОГИЈА

Са појавом електронске трговине пре више од двадесетак година, постало је нопходно све аспекте, предности и недостатке, облике и моделе е-трговине ставити у одговарајући правни оквир како би било реда у функционисању. Готово све земље у свету донеле су законе који ближе регулишу е-трговину и е-уговарање, док се, с друге стране, у Европи и свету, одвијала изванредна међународна легислативна активност с циљем својеврсног усклађивања закона и правних инструмената. Има резултата, али има и проблема, делом због разлика у привредном окружењу, нешто због припадности различитим правним

[4] *https://www.tobaccofreekids.org/assets/global/pdfs/en/HTP_regulation_en.pdf,* 10. 6. 2023.

породицама и традицијама, али највише због брзог и помало непредвидивог развоја нових технологија.

Директива о електронској трговини је усвојена 2000. године. Током последњих двадесетак година доказала је да је један од најуспешнијих делова законодавства ЕУ. Обезбедила је ефикасан правни оквир за развој дигиталног тржишта у Европској унији. Од усвајања Директиве 2000/31/ЕС („Директива о е-трговини“), појавиле су се нове и иновативне (дигиталне) услуге информационог друштва које су промениле свакодневни живот грађана Уније и обликовале и трансформисале начин на који комуницирају, повезују се и послују. Те услуге су дубоко допринеле друштвеним и економским трансформацијама у Унији и широм света. Истовремено, коришћење ових услуга постало је и извор нових ризика и изазова, како за друштво у целини, тако и за појединце који користе такве услуге. Дигиталне услуге могу да подрже постизање циљева одрживог развоја доприносећи економској, друштвеној и еколошкој одрживости. Корона криза је показала значај дигиталних технологија у свим аспектима савременог живота. Она је јасно показала зависност привреде и друштва од дигиталних услуга и истакла како користи, тако и ризике који проистичу из тренутног оквира за функционисање дигиталних услуга.

Међутим, технолошки напредак који се догодио од њеног усвајања, редефинисао је економске и друштвене околности у којима функционише Директива о електронској трговини. Нова ситуација на тржишту је захтевала нову законодавну активност, као што је већ најавила Европска комисија, која је припремила нову Уредбу о дигиталним услугама.

Хронолошки, легислативнне активности у Европској унији између 2000. и 2022. године одвијале су се у две фазе – до 2015. године се радило по решењима из касних деведесетих и раних две хиљадитих година, да би се, у последњих пет до осам година, дошло до нових решења – Општа уредба о заштити података из 2016. године,[5] Уредба о географском блокирању из 2018. године,[6] Директива о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту из 2019. године,[7] Директива о испоруци дигиталног садржаја и дигиталнх услуга из 2019. године[8] и Уредба о унапређењу правичности и транспарентнос-

[5] *https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj*, 28. 5. 2023.

[6] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32018R0302*, 28. 5. 2023.

[7] *https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj*, 29. 5. 2023.

[8] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0770*, 3.6.2023.

ти за пословне кориснике услуга онлајн посредовања из 2019. године.[9]

Дубоке промене које су се десиле од усвајања Директиве о електронској трговини су биле индуковане, пре свега, невиђеним технолошким напретком у овом периоду, који је редефинисао не само организацију и функционисање тржишта, већ и потребе и очекивања од стране друштва. Најосновнија промена, са становишта тржишне организације, је можда технолошки вођен нови концепт платформске дигиталне економије. То је променило типичну структуру уговора закључених у дигиталном окружењу, од билатералних до тространих и вишестраних, у којем су платформе као Гугл, Амазон, Јутјуб, Букинг, Спотифај, Убер, Пејпал, Фејсбук, Ејплстор постале „чувари капија“ новог дигиталног друштва и постављачи стандарда тржишта. Слично томе, све већа употреба вештачке интелигенције у свим тржишним секторима променила је начин на који се уговорни односи успостављају и извршавају. Ипак, та дехуманизација права и контаката међу људима може бити корисна за друштво (што се јасно показало у време локдауна због пандемије ковид-19), али то такође доноси потенцијално веома негативне последице. Контакти и трансакције се одвијају или без директног контакта између људи, или чак без икаквог учешћа људи (када се користе аутоматизовани ботови).

4. НОВА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА

Иако је Директива о електронској трговини несумњиво један од најуспешнијих делова законодавства ЕУ, циљеви због којих је донета су или испуњени, или их је било потребно редефинисати у новој друштвено-економској реалности. Стога је постала јасна потреба да Европска комисија припреми нову регулативу, такозвану Уредбу о дигиталним услугама. (ДСА) је пропис ЕУ за модернизацију Директиве о е-трговини у вези са нелегалним садржајем, транспарентним оглашавањем и дезинформацијама. Европска комисија га је поднела заједно са Уредбом о дигиталним тржиштима (ДМА) Европском парламенту и Савету 15. децембра 2020. године. ДСА су припремили извршна потпредседница Европске комисије за Европу по мери дигиталног доба Маргрет Вестагер и Европски комесар за унутрашње тржиште Тјери Бретон, као чланови Фон дер Лајенове комисије. Европски креатори политике постигли су 22. априла 2022. споразум о Уредби о дигиталним услугама. Европски парламент је одобрио ДСА заједно са Уредбом о дигиталним тржиштима 5. јула 2022. године. Европски савет је 4. октобра 2022. дао коначно одобрење за Уредбу о

[9] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R1150*, 3.6.2023.

дигиталним услугама. Ово означава последњи корак да ДСА заживи. Од 12. октобра 2022. године, ДМА је објављен у Службеном гласнику и ступио је на снагу 1. новембра 2022. Пре 3. јула 2023. компаније морају доставити Комисији информације о свом броју корисника како би Комисија могла да одреди „чуваре капија“ пре 6. септембра 2023. године. Пружаоци услуга ће тада имати рок до 1. јануара 2024. да се прилагоде његовим одредбама. Популарне онлајн платформе и претраживачи ће морати да испоштују своје обавезе четири месеца након што их као такве одреди Европска комисија.

Треба поздравити овај акт који ће се суочити са тржишним изазовима у новој перспективи. Међутим, пошто је Директива о е-трговини до сада доказала своју способност да ефикасно одговори на такве изазове, требало би пажљиво размотрити која би се од садашњих правила Директиве могла користити у било ком будућем законодавству и које појаве и промене захтевају нове законодавне импулсе за регулисање тржишта. Тренутни правни оквир ЕУ који регулише дигиталне услуге је заснован, пре свега, на Директиви о е-трговини. Нова Уредба не доводи у питање Директиву о е-трговини и надовезује се на одредбе које су у њој постављене, посебно на принцип унутрашњег тржишта из члана 3. Предложена Уредба предвиђа механизам сарадње и координације за надзор обавеза. Што се тиче хоризонталног оквира изузећа од одговорности за пружаоце посредничких услуга, Уредба брише чланове 12–15 у Директиви о е-трговини и репродукује их, задржавајући изузећа од одговорности таквих пружалаца, како их тумачи Суд правде Европске уније. Надовезујући се на кључне принципе наведене у Директиви о е-трговини, који остају на снази и данас, ова Уредба настоји да обезбеди најбоље услове за пружање иновативних дигиталних услуга на унутрашњем тржишту, да допринесе безбедности на мрежи и заштити основних права, и да се успостави чврста и трајна структура управљања за ефикасан надзор пружалаца посредничких услуга.

Прво, критично је са становишта ефикасности будуће регулативе да се сваки будући правни инструмент поклапа са већ постојећим правним шемама. Осим тога, с обзиром на брзину којом се технолошки напредак дешава, као и на његову непредвидивост, важно је да је будућа Уредба о дигиталним услугама конструисана и формулисана на начин који ће бити што је могуће флексибилнији на промене.

Друго, Уредба о дигиталним услугама треба да узме у обзир да услуге информационог друштва тренутно имају потенцијал да дубоко утичу на личне животе грађана. Правила не би требало да приступају услугама информационог друштва из првенствено комерцијалне перспективе, већ би требало да усвоје приступ усредсређен на људе и

људска права. Друга питања која треба размотрити су све већа комерцијализација људског живота, личних података и права на приватност и потенцијалне негативне последице аутоматизованих контаката између субјеката.

Даље, стандарди ЕУ за модерирање садржаја на платформама треба да буду израђени на начин да постану глобални стандард за онлајн просторе, поштујући и балансирајући људска права, као и политичке, економске и друштвене интересе на примерен начин.

Иако одрживост није предмет примарне важности у контексту јединственог дигиталног тржишта, очекивано повећање удела е-трговине на целом тржишту захтеваће од предузећа да преиспитају своје тржишне стратегије у светлу очекиваног повећања одрживости тржишта. Утицај будуће регулативе на одрживост, стога, не треба занемарити.

Правни оквир за креирање и употребу вештачке интелигенције треба да усвоји приступ усмерен на човека, супротстављајући се – колико је то могуће – неизбежној дехуманизацији приступа коју доноси технологија. Требало би да успостави правну шему која обезбеђује да *AI* функционише на поуздан и објашњив начин, да не буде створена на основу уграђене (или наслеђене) дискриминације и да се не користи као инструмент манипулације.

Конкретна законска решења треба да се баве питањем које врсте садржаја могу или морају бити уклоњене од стране хост-провајдера, на начин који обезбеђује адекватан и транспарентан поступак уклањања (увођење правила обавештења и уклањања). Поред тога, статистичке информације о уклањању треба да буду доступне и аутоматске технологије филтрирања треба да буду предмет праћења и надзора. Уз задржавање клаузуле о унутрашњем тржишту и преиспитивање принципа „сигурне луке“, Уредба о дигиталним услугама уводи правила за решавање одговорности оператера платформи за штету када не извршавају своје обавезе, као и за неизвршавање закљученог уговора преко платформе, у специфичним ситуацијама.

Уредба дефинише јасно одговорност за пружаоце посредничких услуга, а посебно онлајн платформе, као што су друштвени медији и тржишта. Одређивањем јасних обавеза „дужне пажње“ за одређене посредничке услуге, укључујући процедуре обавештавања и уклањања незаконитог садржаја и могућност оспоравања одлука платформи о модерирању садржаја, Уредба настоји побољшати сигурност корисника на мрежи у целој Унији и побољшати заштиту њихових основних права. Штавише, обавеза одређених онлајн платформи да примају, чувају и делимично верификују и објављују информације о тргов-

цима који користе њихове услуге, обезбедиће безбедније и транспарентније онлајн окружење за потрошаче. Препознајући посебан утицај великих онлајн платформи на сваку економију и друштво, Уредба поставља виши стандард транспарентности и одговорности у погледу начина на који провајдери таквих платформи модерирају садржај, на оглашавање и на алгоритамске процесе. Њиме се постављају обавезе за процену ризика које њихови системи представљају за развој одговарајућих алата за управљање ризиком, како би се заштитио интегритет њихових услуга од употребе манипулативних техника. Оперативни праг за пружаоце услуга у оквиру ових обавеза укључује оне онлајн платформе са значајним досегом у Унији, за које се тренутно процењује да износи више од 45 милиона прималаца услуге. Овај праг је пропорционалан ризицима које доноси домет платформи у Унији; када се становништво Уније промени за одређени проценат, Комисија ће прилагодити број прималаца који се сматрају за праг, тако да доследно одговара 10% становништва Уније. Поред тога, Уредба о дигиталним услугама ће поставити корегулаторну подршку, укључујући надоградњу постојећих добровољних иницијатива.

Уредба о дигиталним услугама поставља основе за побољшање функционисања јединственог тржишта, позива на амбициозну реформу постојећег правног оквира ЕУ за е-трговину, уз задржавање основних принципа његовог режима одговорности, забране општег надзора и клаузуле о унутрашњем тржишту, за који се сматра да важи и данас. Потврђујући циљеве Директиве о е-трговини, Уредба позива на мере које су у основи заштите потрошача, укључујући детаљан одељак о онлајн тржиштима, и које обезбеђују поверење потрошача у дигиталну економију, уз поштовање основних права корисника. Уредба се такође залаже за правила која ће подржавати конкурентно дигитално окружење у Европи и предвиђа подизање важности Уредбе о дигиталним услугама као стандарда на глобалном нивоу. Приоритети су: прилагођавање правила комерцијалног и грађанског права за комерцијалне субјекте који послују на мрежи, уз позивање на више правичности, транспарентности и одговорности за процесе модерирања садржаја дигиталних услуга, поштовање основних права и гаранције за независно остваривање судског обештећења. Уредба такође укључује захтев за детаљним механизмом „обавештења и уклањања“ који би се бавио нелегалним садржајем, свеобухватним правилима о онлајн оглашавању, укључујући циљано оглашавање, и омогућавањем развоја и коришћења паметних уговора.

Јединствено тржиште дигиталних услуга без граница захтева појачану сарадњу између држава чланица, како би се гарантовао ефикасан надзор и спровођење нових правила утврђених у предложеној

Уредби. Уредба о дигиталним услугама поставља јасну одговорност за државу чланицу која надгледа усаглашеност пружалаца услуга успостављених на њеној територији са обавезама утврђеним предложеном Уредбом. Ово осигурава најбржу и најефикаснију примену правила и штити све грађане ЕУ. Има за циљ да обезбеди једноставне и јасне процесе, како грађанима тако и пружаоцима услуга, да пронађу олакшање у својој интеракцији са надзорним органима. Када се системски ризици појаве широм Уније, предложена Уредба предвиђа надзор и спровођење на нивоу Уније. Ипак, овај приступ је често резултирао игром „мачке и миша“ између регулатора и економских актера. Појединци и корпорације који „поштују“ закон троше огромне количине времена и новца у потрази за „рупама у закону“ како би постигли само техничку усклађеност, док други злоупотребљавају правни оквир како би њихове криминалне активности могле остати неоткривене.[10]

На крају, с обзиром на обим и сложеност глобалне економије, као и наше знање о људској природи, било би крајње наивно ослањати се једноставно на спонтано и добровољно етичко понашање појединаца и корпорација како би се осигурала правичност или побољшало људско достојанство. Ова нова регулатива, и сва друга решења која ће бити донета, у комбинацији са њиховом одговорном применом, неопходно је да усмеравају и регулишу наше понашање и обезбеде владавину права и поштовање закона.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Интернет извори

1. *Technology is changing faster than regulators can keep up - here's how to close the gap | World Economic Forum (weforum.org)*;
2. *https://www.npr.org/2023/04/20/1170987739/facebook-settlement-lawsuit-privacy*;
3. *https://www.gov.uk/government/news/e-cigarettes-around-95-less-harmful-than-tobacco-estimates-landmark-review#:~:text=Key%20findings%20of%20the%20review,much%20less%20harmful%20than%20smoking*;
4. *https://www.tobaccofreekids.org/assets/global/pdfs/en/HTP_regulation_en.pdf*;
5. *https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj*;
6. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32018R0302*;

[10] *Technology is changing faster than regulators can keep up - here's how to close the gap | World Economic Forum (weforum.org)*, 21. 6. 2023.

7. *https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj*;
8. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0770*;
9. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R1150*;
10. *Can electronic cigarettes save lives? | World Economic Forum (weforum.org).*

Full Professor Igor Kambovski, LL.D.

Faculty of Law, University “Goce Delchev” Štip, North Macedonia

LAW AND ELECTRONIC COMMERCE: DOES THE NORM KEEP UP WITH AND CONTROL TECHNOLOGY AND INNOVATION?

Summary

Every newly conquered or at least touched border, in all spheres of society, is characterized by a lack of laws that would regulate that "newly conquered territory." In the past, lawmakers had to face and obey the challenges arising from specific social conditions and specific communities or nations. International law bridged the gap, but it often took years and decades for a particular legal norm to be formulated, agreed upon, and put into effect. But it was so before and during the industrial revolution; before technology began to guide us, our society and our institutions; before our dependence on a world governed by computers and the Internet began, in which man had to find his place, prosperity and well-being. In the meantime, the Internet has developed to unprecedented proportions, leading to the emergence of E-commerce, which brought about a revolution in providing commercial services. The creation of law is a complicated and slow process, and technological advances are too rapid, so there is a problem and a dilemma: can law keep pace with the dynamic changes and development of information and communication technologies? Every new law that governs the relationships arising from new technologies quickly becomes obsolete, and there is a need for its revision and modification, and so on, ad infinitum. This contributes to the creation of legal norms that are too broadly set or imprecise to be lasting, which in turn increases legal uncertainty, which then, inversely proportionally, affects the trust among entities that participate in E-commerce. Also, technical achievements create certain practical standards much faster than the law is able to regulate them. Therefore, a standard de facto becomes a norm long before the law normatively supports such a standard.

Key words: *Electronic commerce; Norm; Technology*.

УДК/UDC 347.772:347.78
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Јелена Ћеранић Перишић, научни саветник

Институт за упоредно право, Београд

УПОТРЕБА ТУЂЕ ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ У КОНТЕКСТУ УМЕТНИЧКОГ ИЗРАЖАВАЊА – ОСВРТ НА ПРЕДМЕТ *ROGERS V. GRIMALDI*

Употреба туђе жигом заштићене ознаке у контексту уметничког изражавања већ дуже време изазива пажњу научне и стручне јавности, а посебно добија на значају са убрзаним развојем дигиталне техлогије и све присутнијим коришћењем жигова у виртуелној реалности, укључујући и метаверзум. Употреба жигом заштићене ознаке од стране трећег лица не представља нужно повреду жига. Ако се жигом заштићена ознака користи за коментаре или критику, такво коришћење се не сматра повредом на основу доктрине поштене употребе. У чувеном предмету из америчке судске праксе, Rogers v. Grimaldi, Суд је изнео мишљење у погледу односа између повреде жигом заштићене ознаке и права на слободно изражавање. Суд је стао на становиште да би Закон требало тумачити тако да се примењује на уметничка дела само тамо где јавни интерес да се избегне забуна потрошача надмашује јавни интерес за слободним изражавањем. Да би успоставио баланс, Суд је установио широко коришћени Роџеров тест (енг. Rogers test) који почива на два фактора. На основу овог теста употреба жига у вези са уметничким делом не повређује право жига све док је назив минимално уметнички релевантан за производ и употреба експлицитно не доводи у заблуду у погледу садржаја, ауторства, спонзорства или одобрења. Развој дигиталне технологије допринео је стварању новог облика социјалне и економске размене у виртуелној реалности, укључујући и метаверзум. Први спорови у вези са жигом заштићеним ознакама у виртуелној реалности и метаварзуму односе се управо на употребу туђих жигом заштићених ознака у контексту уметничког изражавања.

Кључне речи: Жигом заштићена ознака; Уметничко изражавање; Повреда жига; Виртуелна реалност; Метаверзум.

Јелена Ћеранић Перишић, *j.ceranic@iup.rs*.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Према домаћој, у закону утемељеној правној терминологији, *жиг* је назив за субјективно право индустријске својине, које за предмет заштите има ознаку (знак, марку) којом носилац жига обележава свој производ или услугу у привредном промету с циљем њиховог разликовања од исте или сличне робе или услуге другог субјекта.[1] Под *правом жига* подразумева се скуп правних прописа којима се уређује материја правне заштите ознаке жигом. [2]

У колоквијалном језику често се уместо термина *знак* користи *марка*, а у новије време све чешће се наилази и на термин *бренд* (енг. *brand*), чије је значење релативно неодређено и креће се у распону од знака, преко жига, до целокупне репутације одређеног произвођача (енг. *good will*).[3]

Жиг је искључиво имовинско право које овлашћује свог носиоца да другоме збарани или дозволи коришћење ознаке у привредном промету.

Под ознаком се у праву жига сматра свако име или знак који је подобан да у промету служи за разликовање одређене робе или услуге једног привредног субјекта од исте или сличне врсте робе или услуге другог привредног субјекта. Ознака може бити вербална, графичка, тродимензионална или комбинована. Допуштена је и заштита звучних ознака (комбинација тонова), под условом да се могу забележити нотним записом. Интересантно је да се у појединим националним системима могу заштити и мирисне ознаке.[4] Осим тога, ознаке могу бити и фантастичне, тј. састојати се од имена или знака, који сам по себи нема одређено значење, и који је створен ради означавања одре-

[1] „Терминологија коју наш законодавац традиционално користи није најсрећније одабрана, јер је реч жиг хомоним који има и друга значења која су ближе разумевању лаичке публике. С друге стране, правници често користе исту реч да означе не само субјективно право већ и предмет заштите, односно знак. Ова непрецизност у коришћењу речи жиг је толико раширена да се толерише чак и у стручној литератури, те управним и судским одлукама. Нажалост, стручни српски језик није успео да изнедри погоднију реч којом би се описани проблем превазишао.“ (С. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд 2014, 179, фн. 344).

[2] С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 139.

[3] Ј. Ћеранић Перишић, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 11.

[4] Њ. Јовић, „Мирисни жиг“, *Правни живот* 2/2019, 101–114.

ђене робе или услуге. Исто тако, за ознаку се може узети реч из свакодневног говора, односно тело које има општепознато значење.[5]

Означавање робе у привредном промету је комплексан феномен јер обухвата неколико међусобно повезаних функција ознаке: функцију разликовања, функцију указивања на порекло робе или услуга, гарантну функцију и рекламну функцију.[6] Иза употребе жига се, дакле, налазе и однос поверења и претпоставка квалитета, које су титулари жига пажљиво градили усвајањем одређених концепата и стандарда пословања и пласирања производа и услуга, као и традиције квалитета.[7]

Међутим, битно је истаћи да жиг не имплицира потпуни монопол на употребу речи или симбола који чине жигом заштићену ознаку. Сходно томе, ни свако коришћење жигом заштићене ознаке од стране трећег лица не представља повреду жига. Ако се жигом заштићена ознака користи за коментаре или критику, такво коришћење не представља повреду на основу доктрине поштене употребе. Поставља се питање шта се дешава ако туђу жигом заштићену ознаку користе уметници, тј. ако се употребљава у контексту уметничког изражавања? Ово питање посебно добија на значају у светлу коришћења туђих жигом заштићених ознака у виртуелној реланости,[8] укључујући и метаверзум.

„Познато је да технолошке промене мењају фактичке односе у друштву и на тај начин искушавају издржљивост, прилагодљивост и виталност права: истинитост овог исказа може се посебно јасно видети на примеру права интелектуалне својине, чији настанак и развој су у значајној мери повезани са технолошким развојем.“[9]

У раду је најпре анализирана употреба туђе жигом заштићене ознаке у контексту уметничког изражавања, кроз призму пресуде у предмету *Rogers v. Grimaldi* којом је установљен тзв. Роџеров тест. Након тога, размотрене су импликације које ова пресуда има данас, у контексту убрзаног развоја дигиталне технологије и све присутнијег

[5] С. Марковић, Д. Поповић, 140.

[6] *Ibid.*, 140–142.

[7] М. Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 11–12.

[8] Ј. Ћеранић Перишић, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 95–111.

[9] С. Марковић, „Правноекономска природа назива интернет домена“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 12.

коришћења жигова у виртуелној реалности и метаверзуму. Посебна пажња посвећена је предмету *Hermès Int'l v. Rotschild.*

2. УПОТРЕБА ТУЂЕ ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ У КОНТЕКСТУ УМЕТНИЧКОГ ИЗРАЖАВАЊА

Жиг не имплицира потпуни монопол над употребом речи или симбола који чине жигом заштићену ознаку. Упркос томе што су права која проистичу из жига широко постављена, она су превасходно установљена у циљу заштите потрошача од забуне и очувања репутације пословања. То значи да право жига може доћи у сукоб са слободом говора и изражавања.[10] Одувек је постајала извесна „напетост“ између Ланхамовог закона[11] и Првог амандмана[12] који гарантује слободу говора. Уколико би се ограничења Ланхамовог закона у области уметничког изражавања тумачила превише широко, такво тумачење би могло бити у супротности са Првим амандманом. Узимајући у обзир ту могућност, а с циљем избегавања таквог сукоба, судови се опредељују за уско тумачење Ланхамовог закона.

Коришћење жигом заштићене ознаке од стране трећег лица не представља увек повреду жига. Ако се жигом заштићена ознака користи за коментаре или критику, такво коришћење не сматра се повредом на основу доктрине поштене употребе. Занимљиво је питање шта се дешава ако се жигом заштићена ознака не користи за коментаре или критику, већ у контексту уметничког изражавања?[13]

2.1. Предмет *Rogers v. Grimaldi*

У светлу коришћења туђе жигом заштићене ознаке у контексту уметничког изражавања, веома је интересантан и значајан предмет из америчке судске праксе *Rogers v. Grimaldi*.[14] У пресуди у овом предмету, Суд је изнео мишљење у погледу односа између повреде жигом

[10] B. Wassom, A. Underhill, A. Rossow, “Trademark law and the right of publicity in augmented reality”, *Law of Virtual and Augmented Reality* (eds. W. Barfield, M. J. Blitz), Edvard Edgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, 205.

[11] Ланхамов закон из 1946. године регулише право жига на федералном нивоу у Сједињеним Америчким Државама (Lanham Trade-Mark Act of 1946, 50 Stat. 427 (July 5, 1946), codified, as amanded, at 15 U.S.C. § 1051 et seq).

[12] Први амандман предвиђа да Конгрес неће успоставити државну религију и неће спутавати људе у слободи вероиспосвести, те гарантује слободу говора и штампе. Такође, Први амандман гарантује слободу на окупљање и слободу грађана на подношење петиција.

[13] J. Yang, “Trademark Law in the Virtual Realism Landscape”, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, 2/2019, 429–430.

[14] Апелациони суд САД, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

заштићене ознаке и права на слободно изражавање предвиђено америчким Првим амандманом.

Што се меритума спора тиче, позната уметница Џинџер Роџерс (*Ginger Rogers*) тужила је Алберта Грималдија (*Alberto Grimaldi*) и компанију МГМ (*MGM Production*) за продукцију и дистрибуцију филма чувеног италијанског режисера Федерика Фелинија (*Federico Fellini*) „Џинџер и Фред“ (*Ginger and Fred*) из 1986. године. Реч је о филму о Пипу (*Pippo*) и Амелији (*Amelia*), двома италијанских извођача кабареа чији живот опонаша познати пар Фреда Астера (*Fred Astaire*) и Џинџер Роџерс (*Ginger Rogers*). Џинџер Роџерс и покојни Фред Астер били су међу најпознатијим двојцима у историји шоу бизниса који су препознатљиви само на основу њихових имена, посебно када су у пару – Џинџер и Фред. Џинџер Роџерс је тврдила да је филм повредио њена права заштићена Ланхамових актом: право на жиг, право на публицитет, као и да сам филм представља клевету.[15]

2.1.1. Тужба

Убрзо након што је отпочела дистрибуција филма, Џинџер Роџерс поднела је тужбу, тражећи трајну судску забрану филма и новчану одштету. У тужби је тврдила да је тужени (1) прекршио члан 43(а) Ланхамовог закона, стварањем лажног утиска да је филм о њој или да је она спонзорисала, подржала или на други начин била укључена у филм; (2) прекршио право на публицитет у *common law* систему;[16] и (3) извршио клевету и прекршио њено право на приватност приказујући је у лажном светлу. Тужени су били упућени на изрицање пресуде по кратком поступку. Џинџер Роџерс се успротивила предлогу и спровела анкету о томе како тржиште поима наслов фима „Џинџер и Фред“. Истраживање је имало циљ да утврди да ли је наслов „Џинџер и Фред“ довео потенцијалне гледаоце филма у заблуду у погледу везе Џинџер Роџерс са филмом.[17]

---

[15] Y. S. Tseng, “Protecting the First Amendment Rights of Video Games from Lanham Act and Right of Publicity Claims”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 48, 2/2021, 434–466.

[16] Право на публицитет установљено је 1953. године у Сједињеним Америчким Државама. Помиње се први пут у предмету *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, уз кратко објашњење да је то економско, а не лично право. Независно од права на приватност, човек има право на рекламну вредност своје фотографије, као и на одлуку коме ће уступити искључиво право објављивања своје фотографије. У пресуди се не прецизира теоријски основ новог права на публицитет, као ни разлог због кога је ово право уопште неопходно. (M. Leaffer, “The Right of Publicity: A Comparative Perspective”, *Albany Law Review*, Vol. 70, 4/2007, 1357–1374).

[17] Y. S. Tseng, 434–466.

У оквиру предмета *Rogers v. Grimaldi* искристалисала су се два питања: Прво, да ли је коришћење имена славне личности у филму створило лажан утисак да је та славна личност спонзорисала, подржавала или учествовала у филму, кршећи закон? И друго, да ли је коришћење имена славне личности у филму повредило право на приватност те личности у *common law* систему?[18]

2.1.2. Пресуда Окружног суда

Што се тиче првог питања, Суд је сматрао да аспекти спонзорства и подршке, које Роџерсова помиње у тужби, не представљају суштинско питање на основу Ланхамовог закона. Наслов „Џинџер и Фред“ не садржи експлицитне назнаке да је Роџерсова подржала филм или да је имала улогу у његовој продукцији. Резултати анкете претежно су указивали на то да део испитане јавности може извући нетачан закључак да је Роџерсова на неки начин била умешана у филм. Ипак, интерес за слободом уметничког изражавања и потребом примене Ланхамовог закона преовладао је над ризиком од неспоразума.[19] Што се тиче аргумента који доводи у заблуду у вези са садржајем филма, Суд је приметио да мешавина значења, са могућим обмањујућим значењем које није резултат експлицитног погрешног исказа, спречава тужбу на основу Ланхамовог закона за лажни опис садржаја. Над ризиком да ће наслов довести у заблуду неке потрошаче, „преовладао“ је ризик да би потискивање уметнички релеватног, иако двосмисленог наслова, неоправдано ограничило слободу изражавања.[20]

У погледу другог питања, Суд је утврдио да право на приватност Џинџер Роџерс није повређено. У светлу заштите слободе изражавања, не може се очекивати да се позивањем на право на публицитет забрани коришћење имена славне личности у наслову филма, осим ако наслов није потпуно неповезан са филмом или је био једноставно прикривени комерцијални оглас за продају добара или услуга. Наслов „Џинџер и Фред“ је јасно повезан са садржајем филма и није прикривена реклама за продају робе или услуга или колатералних комерцијалних производа. Суд је сматрао да право на публицитет Џинџер Роџерс није повређено. Штавише, филм очигледно није био о Џинџер Роџерс и Фреду Астеру, већ о пару измишљених ликова који су само

[18] Rogers v. Grimaldi – 875F.2d994 (2d Cir. 1989), *https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-rogers-v-grimaldi*, 26. април 2023.

[19] Y. S. Tseng, 434–466.

[20] Апелациони суд САД, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

у својој машти и сентименталним очима измишљене публике били попут Роџерсове и Астера.[21]

Окружни суд је утврдио да Алберто Гималди и МГМ продукција нису одговорани. Џинџер Роџерс жалила се на такву одлуку.

2.1.3. Пресуда Апелационог суда

Апелациони суд је, у жалбеном поступку, резоновао на начин да жалба Џинџер Роџерс представља сукоб између њеног права да заштити своје славно име и права других да се слободно изразе у свом уметничком делу. Конкретно, Суд је одлучивао да ли Џинџер Роџерс може да спречи употребу наслова „Џинџер и Фред“ за измишљени филм који се само индиректно односи на Роџерсову и Астера.[22]

Апелациони суд је потврдио пресуду Окружног суда, уз образложење да би затирање уметнички релеватног, али двосмисленог наслова филма, позивањем на право жига, неоправдано ограничило слободу изражавања.[23] Суд је стао на становиште да члан 43(а) Ланхамовог закона не забрањује минимално ревелеватну употребу имена славне личности у наслову уметничког дела где наслов експлицитно не означава ауторство, спонзорство или подршку славне личности или не доводи у заблуду у погледу тог садржаја.[24]

2.2. Роџеров тест

Дакле, у предмету *Rogers v. Grimaldi* Суд је стао на становиште да би Закон требало тумачити тако да се примењује на уметничка дела само тамо где јавни интерес да се избегне забуна потрошача надмашује јавни интерес за слободним изражавањем. Да би успоставио баланс, тј. равнотежу, Суд је установио широко коришћени Роџеров тест (енг. *Rogers test*) који почива на два фактора. На основу овог теста употреба жига у вези са уметничким делом не повређује право жига све док је (1) назив минимално уметнички релевантан за производ и (2) употреба експлицитно не доводи у заблуду у погледу садржаја, ауторства, спонзорства или одобрења.[25]

---

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.*

[23] Y. S. Tseng, 434–466.

[24] *Ibid.*

[25] M. Mantel, “Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real”, *http://mttlr.org/2019/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/*, 14. април 2023.

Према томе, на основу пресуде у овом предмету претпоставка је да уметници могу слободно да се позивају по имену на жигом заштићену робу и услуге у насловима својих песама, филмова и у другим облицима креативног изражавања.[26]

Роџеров тест, успостављен у предмету *Rogers v. Grimaldi,* судови примењују у свим сличним споровима, другим речима, сваки пут када се појави питање које се тиче сукоба између интереса да се избегне забуна потрошача, с једне стране, и јавног интерса за слободним изражавањем, с друге стране.[27]

С обзиром на то да је стандард постављен Роџеровим тестом у суштини веома „низак“, тужени се пред судом често ослањају, тј. позивају на Роџеров тест. На тај начин, они се врло једноставно „бране“ од тужби титулара жигом заштићених ознака да неовлашћено користе њихове жигом заштићене ознаке. Убрзани техничко-технолошки напредак и све учесталије коришћење туђих жигом заштићених ознака на платформама виртуелне реалности и у метаверзуму допринели су повећању броја тужби за неовлашћено коришћење туђих жигом заштићених ознака, као и позивање тужених на Роџеров тест.

3. УПОТРЕБА ТУЂЕ ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ У КОНТЕКСТУ УМЕТНИЧКОГ ИЗРАЖАВАЊА У МЕТАВЕРЗУМУ

Развој права интелектуалне својине одувек је био повезан са развојем технологије.[28] Употреба туђе жигом заштићене ознаке у контексту уметничког изражавања добија посебно на значају са убрзаним развојем дигиталне технологије. Развој дигиталне технологије допринео је стварању новог облика социјалне и економске размене у виртуелној реалности,[29] укључујући и метаверзум.[30] Метаверзум је колективни, виртуелни, 3Д простор у коме се људи слободно крећу и кому-

[26] B. Wassom, A. Underhill, A. Rossow, 205.

[27] Y. S. Tseng, 434–466.

[28] Д. Поповић, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на Интернету“, *Право и привреда* 4–6/2011, 928.

[29] Виртуелна реалност, као тродимензионална слика коју генеришу рачунари, захваљујући специјалној опреми, омогућава комуникацију на наизглед стваран или физички начин.

[30] Метаверзум се укратко може описати као дигитална реалност повезана у светској мрежи, али са елементима друштвених мрежа, „проширене“ стварности и видео игрица (Шта је метаверзум који нам прави Фејсбук који се неће више тако звати, а и остали?, *https://www.dw.com/sr/%C5%A1ta-je-metaverzum-koji-nam-pravi-fejsbuk-koji-se-vi%C5%A1e-ne%C4%87e-tako-zvati-a-i-ostali/a-59562742*, 25. април 2023.).

ницирају једни с другима преко својих аватара.[31] Генерално, коришћење жигом заштићених ознака у метаверзуму и правне последице тог коришћења још нису правно регулисане у упоредном праву.[32] С обзиром на све учесталије примере коришћења туђих жигом заштићених ознака у виртуелној реланости и метаверзуму, све је више и судских спорова у вези са тиме и односе се управо на њихову употребу у контексту уметничког изражавања.

3.1. Предмет *Hermès v. Rotschild*

Спор који је изазвао највише пажње у вези са употребом ознаке за обележавање токенизоване робе[33] у метаверзуму тиче се модне индустрије. Реч је о жигом заштићеној ознаци чувеног француског произвођача торби и модних аксесоара – Хермес (фр. *Hermès*). Овај бренд један је од најпознатијих светских произвођача луксузне робе, а просечна цена женске торбе Хермес износи неколико хиљада евра. Компанија Хермес је, између осталог, носилац жига Биркин, како се и назива један од најпознатијих модела кожне женске торбе – Биркин торбе, симбола луксуза и престижа.

Уметник Мејсон Ротчајлд (*Mason Rotschild*) употребио је ознаку МетаБиркин (*MetaBirkin*) за обележавање незамењљивих токена који за предмет имају виртуелне торбе, веома сличног изгледа као Хермесове ташне Биркин. Ротчајлдово уметничко дело продато је у јуну 2021. године за 23.500 америчких долара. Након тога, у децембру 2021. године Ротчајлд је лансирао нову колекцију.[34]

Компанија Хермес поднела је тужбу против уметника Мејсона Ротчајлда за повреду жига због производње и продаје незамењљивих токена које је назвао МетаБиркинс, од којих је сваки дигитална слика Хермесове Биркин ташне као да је од крзна.[35] У тужби се такође тврди да продаја ових МетаБиркинс незамењљивих токена нарушава и разводњава Хермесову жигом заштићену ознаку Биркин, лажно указује на порекло незамењљивих токена као да су дигитални производи

[31] The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, *https://www.irglobal.com/article/the-controverse-matter-of-the-metaverse-trade-mark-protection-of-digital-products-in-the-virtual-world/*, 26. април 2023.

[32] Ј. Ћеранић Перишић (2022а), 95–111.

[33] М. Јовановић, „Право жига и незамењиви токени (НФТ)“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 113–129.

[34] Ј. Ћеранић Перишић, „Метаверзум, незамењиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти“, *Право и привреда* 4/2022, 646, DOI: 10.55836/PiP_22402A.

[35] Окружни суд, *Hermès International et al. v. Rothschild* case (Case No. 22-CV-384 (JSR).

које је одобрила компанија Хермес и повређује (нарушава) пословни углед компаније Хермес.[36]

Уметник Мејсон Ротчајлд затражио је одбацивање тужбе, позивајући се на слободу уметности на основу Првог амандмана. Тврдио је да је употреба термина МетаБиркинс заштићена на основу доктрине поштене употребе утврђене у чувеном предмету из америчке судке праксе *Rogers v. Grimaldi*. Ротчајлд је навео да је називање његових производа МетаБиркинс минимално релевантно за његов пројекат испитивања окрутности према животињама у модној индустрији и саме природе луксуза, као и да тај термин експлицитно не доводи у заблуду, без обзира на то да ли су неки посматрачи можда стварно збуњени.[37]

Компанија Хермес се успротивила захтеву за одбацивање тужбе, наглашавајући широку комерцијалну употребу коју је уметник остварио захваљујући МетаБиркин ознаци, укључујући продају других производа под том ознаком. Компанија Хермес је такође нагласила да постоји доказ о стварној заблуди међу потрошачима и посматрачима из индустрије у погледу порекла и ауторизације незамењивог токена МетаБикрин. Ова компанија је указала на уметникове изјаве, укључујући и интервју за *Yahoo! Finance*, у коме је он МетаБиркин назвао дигиталном робом и рекао да не постоји „толика разлика“ између поседовања „луде ташне“ у стварном животу и „могућности да сада то донесете у метаверзум са култним незамењивим токенима“, пожаливши се на продају фалсификованих МетаБиркинс незамењивих токена упоредо са његовим незамењивим токенима.[38] Компанија Хермес је такође нагласила да постоји доказ о стварној заблуди међу потрошачима и посматрачима из индустрије у погледу порекла и ауторизације незамењивог токена МетаБикрин. Пресуда у предмету *Rogers v. Grimaldi* не би требало да се примењује у контексту робе која је у комерцијалној употреби, као што је случај са торбама МетаБиркинс. Чак и ако се примени прецедент из предмета *Rogers v. Grimaldi*, суд би требало да утврди да ли ознака МетаБиркинс доводи јавност у заблуду.[39]

Уметник је у одговору инсистирао на томе да се прецедент *Rogers v. Grimaldi* примењује јер су незамењиви токени МетаБиркинс умет-

[36] Ј. Ћеранић Перишић (2022b), 646.

[37] G. Dunn, “New District Court Decision Provides Useful Guidance on Application of Trademark Law to Virtual Goods”, *https://www.gibsondunn.com/new-district-court-decision-provides-useful-guidance-on-application-of-trademark-law-to-virtual-goods/*, 16. април 2023.

[38] *Ibid.*

[39] Ј. Ћеранић Перишић (2022б), 648.

ничка дела, и требало би подједнако да се односе на сама дела и на говор којим се рекламирају та дела.[40]

У мају 2022. године Суд је донео одлуку којом се одбија предлог за одбацивање тужбе. Применом Роџеровог теста Суд је дошао до закључка да ознака МетаБиркин експилицитно доводи у заблуду, што је довољно да се закључи да Ротчајлдово понашање није заштићено Роџеровим тестом.[41] На одлуку суда јасно је утицала комерцијална природа Ротчајлдових активности, са потенцијалном продајом виртуелне робе у метаверзуму.[42]

3.2. Импликације одлуке у предмету *Hermès Int'l v. Rotschild*

Одлука Окружног суда у Њујорку представља једну од првих одлука у свету у вези са применом права жига на незаменљиве токене и уопште у метаверзуму. Ова одлука пружа одређене смернице у ком правцу ће судови убудуће резоновати приликом оцене тужби за повреду жига незаменљивим токенима. У овом тренутку, у свету постоји велики број спорова у вези са повредом жига незаменљиим токенима, и како време одмиче биће их све више, а одлука у предмету *Hermès Int'l v. Rotschild* сигурно ће бити узета у обзир приликом одлучивања у тим споровима.

До сада је предмет *Hermès Int'l v. Rotschild* показао да дигиталне слике које се тумаче као уметничко дело могу уживати право на слободу изражавања, а коришћење незаменљивих токена с циљем потврђивања аутентичности није релевантно за питање повреде жига. Ипак, незаменљиви токени повезани са дигитално носивим одевним предметима за продају можда не уживају право које проистиче из слободног изражавања према Првом амандаману чија се примена проширује на уметничка дела. Овај судски спор још је у раној фази. Компанија Хермес извојевала је прву победу чињеницом да је захтев за одбацивање тужбе одбијен.[43]

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Извесна тензија између права жига, с једне стране, и слободе изражавања, с друге стране, одувек је постојала. У пресуди у предмету *Rogers v. Grimaldi* Суд је, да би успоставио баланс, равнотежу

[40] G. Dunn.

[41] *Ibid.*

[42] Ј. Ћеранић Перишић (2022б), 650.

[43] Crowell, In the bag (for now): Hermès survives motion to dismiss in MetaBirkin NFT lawsuit, *https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/In-the-bag-for-now-Herm-s-survives-motion-to-dismiss-in-MetaBirkin-NFT-lawsuit-1630415*, 17. април 2023.

између супротстављених интереса, стао на становиште да би Закон требало тумачити тако да се примењује на уметничка дела само тамо где јавни интерес да се избегне забуна потрошача надмашује јавни интерес за слободним изражавањем.

С обзиром на убзран развој дигиталне технологије и употребу жигом заштићених ознака у контексту уметничког изражавања у виртуелној реланости и метаверзуму, неизбежно је да ће се судови све чешће сусретати са оваквим споровима и да ће бити све сложенији. Предмет *Hermès Int'l v. Rotschild* пружа увид у то како судови убудуће могу третирати незаменљиве токене који укључују интелектуалну својину трећих лица.[44]

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Јовановић, Мина „Право жига и незамењиви токени (НФТ)“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022;
2. Јовић, Његослав, „Мирисни жиг“, *Правни живот* 2/2019;
3. Leaffer, Marshall, “The Right of Publicity: A Comparative Perspective”, *Albany Law Review*, Vol. 70, 4/2007;
4. Марковић, Слободан, „Правноекономска природа назива интернет домена“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015;
5. Марковић, Слободан, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд 2014;
6. Марковић, Слободан, Поповић, Душан, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013;
7. Поповић, Душан, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на Интернету“, *Право и привреда* 4–6/2011;
8. Рељановић, Марио, „Одговорност хостинг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017;
9. Tseng, Yen-Shyang, “Protecting the First Amendment Rights of Video Games from Lanham Act and Right of Publicity Claims”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 48, 2/2021;

[44] I. Miller, “Hermès Case Could Determine How Courts Assess Trademark Rights in Connection with NFTs”, *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e8ecb47-96d8-4078-919b-179104a61fd8*, 17. април 2023.

10. Ћеранић Перишић, Јелена, „Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти“, *Право и привреда* 4/2022, 636–654, DOI: 10.55836/PiP_22402A;
11. Ћеранић Перишић, Јелена, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022;
12. Ћеранић Перишић, Јелена, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Београд 2020;
13. Wassom, Brian, Underhill, Amber, Rossow, Andrew, “Trademark law and the right of publicity in augmented reality”, *Law of Virtual and Augmented Reality* (eds. W. Barfield, M. J. Blitz), Edvard Edgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018;
14. Yang, James, “Trademark Law in the Virtual Realism Landscape”, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, 2/2019.

Правни прописи

1. Апелациони суд САД, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989);
2. Lanham Trade-Mark Act of 1946, 50 Stat. 427 (July 5, 1946), codified, as amanded, at 15 U.S.C. § 1051 et seq.;
3. Окружни суд, *Hermès International et al. v. Rothschild* case (Case No. 22-CV-384 (JSR).

Интернет извори

1. Dunn, Gibson, “New District Court Decision Provides Useful Guidance on Application of Trademark Law to Virtual Goods”, *https://www.gibsondunn.com/new-district-court-decision-provides-useful-guidance-on-application-of-trademark-law-to-virtual-goods/*, 16. април 2023;
2. Mantel, Margaret, “Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real”, *http://mttlr.org/2019-/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/*, 14. април 2023;
3. Miller, Ice, “Hermès Case Could Determine How Courts Assess Trademark Rights in Connection with NFTs”, *https://www.lexology.com-/library/detail.aspx?g=3e8ecb47-96d8-4078-919b-179104a61fd8*, 17. април 2023;
4. Rogers v. Grimaldi – 875F.2d994 (2d Cir. 1989), *https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-rogers-v-grimaldi*, 26. април 2023;
5. The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, *https://www.irglobal.com/article/the-controverse-matter-of-the-metaverse-trade-mark-protection-of-digital-products-in-the-virtual-world/*, 26. април 2023;
6. Crowell, In the bag (for now): Hermès survives motion to dismiss in MetaBirkin NFT lawsuit, *https://www.crowell.com/NewsEvents/Alerts-*

Newsletters/all/In-the-bag-for-now-Herm-s-survives-motion-to-dismiss-in-MetaBirkin-NFT-lawsuit-1630415, 17. април 2023;

7. Шта је метаверзум који нам прави Фејсбук који се неће више тако звати, а и остали?, *https://www.dw.com/sr/%C5%A1ta-je-metaverzum-koji-nam-pravi-fejsbuk-koji-se-vi%C5%A1e-ne%C4%87e-tako-zvati-a-i-ostali/a-59562742*, 25. април 2023.

Associate Professor, Principal Research Fellow Jelena Ćeranić Perišić, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE USE OF THIRD-PARTY TRADEMARKS IN THE CONTEXT OF ARTISTIC EXPRESSION – REVIEW OF THE *ROGERS V. GRIMALDI* CASE

Summary

The use of third-party trademarks in the context of artistic expression has been attracting the attention of the scientific and professional public for a long time. This issue is especially gaining importance with the accelerated development of digital technology and the use of trademarks in Virtual Reality, including the Metaverse. The use of a trademark by a third party does not always constitute trademark infringement. If trademark is used for commentary or criticism, such use is not considered infringement under the nominative fair use doctrine. In Rogers v. Grimaldi, the court provided insight into the intersection of trademark infringement and the First Amendment right to free expression. The Second Circuit held in Rogers that “in general, the Act should be construed to apply to artistic works only where the public interest in avoiding consumer confusion outweighs the public interest in free expression.” To balance these two considerations, the Second Circuit articulated the widely used two-factor Rogers test, which requires that the trademark use have “no artistic relevance to the underlying work” or “does not explicitly mislead” as to the source of the work for a finding of infringement. Due to the development of digital technology, a new form of social and economic exchange in virtual reality, including Metaverse, has been created. The first disputes regarding the trademark in virtual reality and the Metaverse relate to the use of third-party trademarks in the context of artistic expression. In this respect, a significant case from US judicial practice is Hermes Int’l v. Rothschild. The decision provides helpful guidance on how courts will treat the issue of the use of third-party trademarks in the context of artistic expression in the future.

Key words: *Trademark; Artistic expression; Trademark infringement; Virtual reality; The Metaverse*.

UDK/UDC 341.96:347.627.2(4-672EU)
341.96:347.627.2(497.6)
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. sci. Anita Duraković

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Prof. dr. sci. Jasmina Alihodžić

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

MEĐUNARODNA NADLEŽNOST U BRAKORAZVODNIM SPOROVIMA U EUROPSKOJ UNIJI I BOSNI I HERCEGOVINI

Pojačana mobilnost stanovništva unutar Europske unije kojoj svjedočimo u današnje vrijeme, kao i činjenica da mladi ljudi danas znatno lakše nego ranije odlučuju sklopiti brak s državljaninom ili državljankom druge države, bez obzira na razlike u jeziku, kulturi i vjeri, dovodi do porasta broja „međunarodnih brakova“. S porastom broja brakova između državljana različitih država, raste i broj razvoda brakova s međunarodnim obilježjem. Zakonodavac Europske unije, svjestan ovoga problema ali i činjenice da svaka unifikacija vodi ka ublažavanju razlika koje neminovno postoje u pravnim sistemima europskih država, poduzeo je određene korake koji su rezultirali donošenjem prvo Bruxellske konvencije II iz 1998. godine, zatim Uredbe 1347/2000 koja je ubrzo zamijenjena Uredbom 2201/2003, te u konačnici donošenjem Uredbe 2019/1111. U svim spomenutim instrumentima materija međunarodne nadležnosti u brakorazvodnim sporovima uređena je na sličan način, odnosno nije bilo značajnijih intervencija, mada je bilo određenih spornih pitanja. Upravo je Sud EU svojim odlukama, posebno odlukom u predmetu C-522/20 otklonio određene dileme koje su gotovo četvrt stoljeća bile predmet brojih diskusija i time pridonio dobrodošlom umirenju na području europskog porodičnog prava, u kojem su posljednjih godina postojale značajne razlike između temeljnih pravnih i političkih uvjerenja država članica. Ova odluka, kao i zakonodavne aktivnosti unutar Europske unije važne su za Bosnu i Hercegovinu s obzirom na njene međunarodne obaveze proistekle iz Sporazuma o stabilizaciji i prid-

Anita Duraković, *anita.durakovic@unmo.ba*.
Jasmina Alihodžić, *jasmina.alihodzic@untz.ba*.

ruživanju. Usporedimo li rješenja Europske unije s onima u Bosni i Hercegovini, jasno nam je u kom pravcu bi trebala ići buduća reforma u ovoj oblasti.

Ključne riječi: Međunarodna nadležnost; Brakorazvodni spor; Odluke Suda EU; Zakonodavne aktivnosti; Prijedlozi *de lege ferenda*.

1. UVOD

Pojačana mobilnost stanovništva unutar Europske unije kojoj svjedočimo u današnje vrijeme, kao i činjenica da se mladi ljudi danas znatno lakše nego ranije odlučuju sklopiti brak s državljaninom ili državljankom druge države, bez obzira na razlike u jeziku, kulturi i vjeri, dovodi do porasta broja „međunarodnih brakova“.[1] Pored niza prednosti koje to sa sobom nosi: upoznavanje druge kulture, jezika, solidarnost i razumijevanje za drugo i drugačije, javljaju se i određeni nedostaci. S porastom broja binacionalnih brakova, raste i broj razvoda braka s međunarodnim obilježjem.[2]

Europski zakonodavac, svjestan ovoga problema, ali i činjenice da svaka unifikacija vodi k ublažavanju razlika koje neminovno postoje u pravnim sustavima europskih država, poduzeo je određene korake koji su rezultirali donošenjem prvo Bruxelleske konvencije II o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima iz 1998. godine,[3] zatim Uredbe Vijeća (EZ) br. 1347/2000 nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima koji se odnose na roditeljsku odgovornost za zajedničku djecu,[4] ubrzo zamijenjene Uredbom Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti (u daljnjem tekstu Uredba 2201/2003).[5] Uredba 2201/2003 počela se primjenjivati 1. 3. 2005. godine. Ona je zamijenjena 25. 6. 2019. kada je donesena Uredba Vijeća

[1] U 2011. od 122 miliona brakova u Europskoj uniji, njih 13% su bili s međunarodnim elementom. *https://epthinktank.eu/2014/05/28/international-parental-child-abduction/*, 29. septembar 2022.

[2] Prema dostupnim podacima, stopa razvoda u Europskoj uniji je porasla s 0,8 na 1000 osoba u 1964. na 1,6 u 2020. *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces*, 29. septembar 2022. Samo u Njemačkoj broj binacionalnih brakova u 2011. godini porastao je sa 6% na 7% od svih zaključenih brakova: 1996. godine taj postotak je iznosio 3%. U 2011. najviše brakova je zaključeno s turskim državljanima (žene 17%, a muškarci 16%). Na drugom i trećem mjestu slijede za žene Talijani i Austrijanci, a za muškarce Poljakinje i Ruskinje kao njihovi bračni partneri. IPRax 3/2012, pod Neueste Informationen, str. II. U Njemačkoj godišnje se razvede 20.000 brakova u kojima je jedan od bračnih partnera strani državljanin. R. Wagner, “Überlegung zur Vereinheitlichung des Internationalen privatrechts in ehesachen in der Europäischen Union“, *FamRZ* 12/2003, 803.

[3] *Sl. list* EU, C 221 od 16. 7. 1998.

[4] *Sl. list EU*, L 160 od 30. 3. 2000.

[5] *Sl. list EU*, L 338 od 23. 12. 2001.

(EU) 2019/1111 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanima s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici djece[6] (u daljem tekstu: Uredba 2019/1111) koja se primjenjuje od 1. 8. 2022. godine.

U okviru primjene prava Europske unije posebno je značajna nadležnost Suda EU da tumači izvore europskog primarnog i sekundarnog prava u postupku prethodnog odlučivanja, a sve s ciljem sprečavanja različite interpretacije komunitarnih propisa, odnosno njihove jednoobrazne primjene. Sudovi država članica, kao redovni sudovi u primjeni propisa Europske unije, mogu tražiti od Suda EU da odluči o pitanju koje se tiče europskog prava, a koje se pojavilo u postupku koji vode, ako je odluka o pitanju nužna za donošenje presude (čl. 267 Ugovora o funkcioniranju EU[7]). Odluka suda je obavezujuća, nije samo prosto mišljenje, ne samo za sud države članice koji je pokrenuo postupak prethodnog odlučivanja već i za druge sudove te države članice ali i svih ostalih država članica.

Odluke Suda EU, kao i zakonodavne aktivnosti unutar Europske unije značajne su za Bosnu i Hercegovinu iz više razloga. Prije svega, Bosna i Hercegovina potpisnica je Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,[8] koji je obavezuje da uskladi vlastito zakonodavstvo sa zakonodavstvom Zajednice (čl. 1, st. 2, tač. d). Pored toga, veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije, te je sasim jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim.

Materija razvoda braka s međunarodnim elementom je u Bosni i Hercegovini uređena Zakonom o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih država u određenim odnosima iz 1982. koji je donijela bivša SFRJ.[9] U to vrijeme smatrao se modernom kodifikacijom međunarodnog privatnog prava.[10] Kako bi održala korak s vremenom, te svojim građanima pružila više pravne sigurnosti u međunarodno obilježenim privatnopravnim odnosima, buduća reforma bosanskohercegovačkog (procesnog) međunarodnog

[6] *Sl. list EU*, L 178/1 od 2. 7. 2019.

[7] *Sl. list EU*, C 202/47 od 7. 6. 2016.

[8] Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane, potpisan je 16. 6. 2008., a stupio na snagu 1. 6. 2015. Cijeloviti tekst Sprazuma na web-stranici Vijeća ministara BiH, *http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA*, 27. 12. 2015.

[9] Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih država u određenim odnosima – ZMPP, *Službeni list SFRJ*, br. 43/1982 i 72/1982. U bosanskohercegovački pravni sistem preuzet je Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakoni. *Službeni list RbiH*, br. 2/1992. Uredba je potvrđena Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, objavljen u *Službeni list RBiH*, br. 13/1994.

[10] E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2006, 24–25.

brakorazvodnog prava trebala bi ići u pravcu približavanja domaćeg prava rješenjima sadržanim u izvorima prava Europske unije.

Nakon što predstavimo rješenja Uredbe 2201/2203 i Uredbe 2019/1111, te odluke Suda EU, osvrnut ćemo se na odredbe ZMPP te ponuditi prijedloge *de lege ferenda*, u skladu sa suvremenim tendencijama u usporednom pravu i rješenjima spomenutih izvora, u mjeri u kojoj je to moguće i prihvatljivo s obzirom na domaće istorijske, etničke, geografske, socijalne, ekonomske i druge posebnosti. U radu ćemo pažnju, kako sam naslov rada sugeriše, usmjeriti na norme o međunarodnoj nadležnosti u brakorazvodnim sporovima.

2. MEĐUNARODNA NADLEŽNOST U BRAKORAZVODNIM SPOROVIMA U EUROPSKOJ UNIJI

Uredbom 2201/2003 uspostavljena su jedinstvena pravila o međunarodnoj nadležnosti za razvod, rastavu i poništaj braka te pravila za sporove o roditeljskoj odgovornosti u međunarodnim situacijama, te olakšano slobodno kretanje odluka, isprava i sporazuma propisivanjem odredaba o njihovu priznavanju i izvršenju u drugim državama članicama.[11] Time je unutar Europske unije napravljen daljnji važan korak u procesu ujednačavanja procesnog međunarodnog porodičnog prava[12] te u tom smislu Uredba 2201/2003 predstavlja istorijski korak u razvoju jedinstvenog europskog pravnog prostora.[13] Njeno donošenje predstavlja još jedan dokaz u prilog stajalištu da se porodičnopravna pitanja smatraju bitnim dijelom europskih integracija i da su države članice, unatoč značajnoj razlici koja postoji između materijalnopravnih, kolizionopravnih i jurisdikcijskih rješenja nacionalnih pravnih poredaka, u stanju postići sporazum o jedinstvenim pravilima koja se odnose na neku od važnih porodičnopravnih situacija s međunarodnim elementom.[14]

---

[11] Više o Uredbi Bruxelles IIa u: A. Duraković, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Europskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar 2016; I. Medić-Musa, *Komentar Uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi*, Osijek 2012.

[12] H. Sikirić, „Bračni predmeti prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti i o ukidanju Uredbe (EZ) 1347/2000“, *Europsko obiteljsko pravo*, Zagreb 2013, 203.

[13] Mc Glynn, *Child Fam. L.O.* 2001, 40. Prema: S. Dornblüth, *Die europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen*, Tübingen 2003, 4.

[14] M. Jäntära-Jareborg, “Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998. Europien Union Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)“, *Yearbook on Private International Law* 1999, 2.

S obzirom da primjena Uredbe 2201/2003, kao i svakog drugog komunitarnog instrumenta, podliježe provjeri kako bi se utvrdili eventualni neodstaci u trenutačnom funkcioniranju donešenih pravila, Europska komisija je 15. 4. 2014., u skladu s čl. 65 Uredbe 2201/2003, podnijela Izvješće[15] u kojem je istakla da je Uredba 2201/2003 instrument koji dobro funkcionira, ali da je njena primjena u praksi pokazala određene slabosti, koje je potrebno otkloniti.[16] Stoga je 30. 6. 2016. Europska komisija prezentirala Prijedlog za reformu Uredbe 2201/2003[17] u kojem je navela da su predmeti povezani s roditeljskom odgovornošću prouzročili određene probleme te ih je potrebno hitno rješavati, dok je u bračnim predmetima utvrđen tek ograničen broj dokaza o postojećim problemima te se pledira za zadržavanje *status quo* stanja.[18] Ovaj proces završen je 25. 6. 2019. kada je donesena Uredba Vijeća 2019/1111 koja se primjenjuje od 1. 8. 2022. godine.

Potpunijem razumijevanju odredaba o međunarodnoj nadležnosti u brakorazvodnim sporovima, koje su sadržane u pomenutim izvorima, pridonio je Sud EU svojim odlukama, a posebno odlukom u predmetu C-522/20. Ovom odlukom Sud EU otklonio je određene dileme koje su gotovo četvrt stoljeća bile predmet brojih diskusija i time doprinijeo dobrodošlom umirenju na području europskog porodičnog prava, u kojem su posljednjih godina postojale značajne razlike između temeljnih pravnih i političkih uvjerenja država članica.

S obzirom na to da su odrebe o međunarodnoj nadležnosti u brakorazvodnim sporovima gotovo jednake u obje uredbe, prezentirat ćemo ih zajedno. Jedina razlika ogleda se u tome što je Uredba 2019/1111 inkorporirala odredbu o isključivoj prirodi nadležnosti u skladu s članovima 3, 4, i 5 iz čl. 6 Uredbe 2201/2003 u odredbu o supsidijarnoj nadležnosti.

[15] Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o primjeni Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000, COM (2014) 225 final.

[16] H. P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner, “Europäisches Kollisionrecht 2014: Jahr des Umbruchs“, *IPRax* 1/2015, 8–10.

[17] Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, te o međunarodnoj otmici djece (preinaka), COM (2016) 411 final, 2016/0190 (CNS).

[18] Više o reformi Uredbe 2201/2003 vid. A. Duraković, „Reforma Uredbe Bruxelles IIa“, *Zbornik radova Pravo i vrijednosti*, Istočno Sarajevo 2019, 400–421.

2.1. Opća međunarodna nadležnost

Uredba sadrži unificirana pravila o međunarodnoj nadležnosti u bračnim predmetima. Njome se određuje izravna nadležnost sudova država članica za donošenje odluka u predmetima koji se odnose na razvod, rastavu i poništenje braka. Čl. 3 Uredbe 2201/2003 i Uredbe 2019/1111 navodi sedam kriterija za uspostavljanje opće međunarodne nadležnosti koji su međusobno izjednačeni, odnosno nijedan nema prednost nad drugim. Postupak se može voditi: a) u državi zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih partnera; u državi posljednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta (ako jedan od njih tu još uvijek redovno boravi); u državi uobičajenog boravišta tuženog, ili; u državi uobičajenog boravišta bilo kojeg bračnog partnera ako sporazumno podnose zahtjev; u državi uobičajenog boravišta podnositelja zahtjeva ako je on (ona) tu boravio najmanje godinu dana neprekidno prije podnošenja zahtjeva; u državi uobičajenog boravišta podnositelja zahtjeva ako je on (ona) tu boravio najmanje šest mjeseci neprekidno prije podnošenja zahtjeva i ako je uz to državljanin dotične države; b) u državi čiji su bračni partneri državljani.

2.1.1. Uobičajeno boravište

Na prvi pogled može se uočiti da na vrhu alternativno postavljenih kriterija stoji uobičajeno boravište dok se državljanstvo povuklo u drugi red. Utvrđivanje uobičajenog boravišta vrši se autonomno za potrebe primjene prava Europske unije prema unutar Europske unije ujednačenim kriterijima. Međutim, Uredba 2201/2003, kao ni njena nasljednica Uredba 2019/1111, ne sadrži autonomnu definiciju ove poveznice. U tu svrhu upućuje na izvješće uz Bruxellesku konvenciju II iz 1998. godine i na definiciju pojma „stalno prebivalište“ koju je dao Sud EU odlučujući u jednom predmetu u vezi s primjenom Bruxelleske konvencije I iz 1968. godine.[19] Prema tom stajalištu, odlučujuće je „mjesto na kojem je osoba svjesno ustanovila stalno i redovno središte svojih životnih interesa, dodijelila mu postojanost, pri čemu se za utvrđivanje tog boravišta trebaju uzeti u obzir sve za to bitne činjenične okolnosti“. Dodatna pojašnjenja pojma „uobičajeno boravište“ vezano za utvrđivanje međunarodne nadležnosti u jednom brakorazvodnom sporu dao je Sud EU u predmetu C-289/20.[20] Sud EU je

[19] Odluka u predmetu P. Fernandez/Commission od 15. 9. 1994., 352/93, Zbirka odluka Europskog suda 1994, I 4301, br. 22. Borrás izvješće, t. 32.

[20] Odluka Suda EU u predmetu C-289/20 od 25. 11. 2021., ECLI:EU:C:2021:955. Činjenice slučaja: IB, francuski državljanin, i FA, njegova supruga, irska državljanka, vjenčali su se 1994. u Brayu (Irska). Imaju troje punoljetne djece. IB je decembra 2018. podnio zahtjev za razvod braka Okružnom sudu u Parizu, Francuska. Sud se jula 2019. i u skladu sa zahtjevima osobe FA, proglasio mjesno nenadležnim, navodeći da samo utvrđenje

istakao da je pojam „uobičajeno boravište” načelno obilježen dvama elementima, odnosno, s jedne strane, namjerom zainteresirane osobe da na određenom mjestu odredi uobičajeno središte svojih interesa i, s druge strane, dovoljno stabilnom prisutnošću na državnom području dotične države članice.[21] Stoga, bračni partner koji se namjerava pozvati na nadležnost iz čl. 3, st. 1, tač. a Uredbe 2201/2003 nužno mora prenijeti svoje uobičajeno boravište na državno područje države članice različite od one prethodnog uobičajenog boravišta i stoga, s jedne strane, izraziti namjeru utvrđivanja uobičajenog središta svojih interesa u toj drugoj državi članici i, s druge strane, dokazati da njegova prisutnost na državnom području te države članice pokazuje dovoljan stupanj stabilnosti.[22] U konačnici, Sud EU je odlučio „da čl. 3, st. 1, tač. a Uredbe 2201/2003 valja tumačiti na način da bračni partner koji vodi život u dvjema državama članicama može svoje uobičajeno boravište imati samo u jednoj od tih država članica, tako da su sudovi države članice na čijem se državnom području nalazi to uobičajeno boravište jedini nadležni za odlučivanje o zahtjevu za raskid bračne veze“.

Uobičajeno boravište kao kriterij za određivanje međunarodne nadležnosti odnosi se ili na oba bračna partnera, ili na tuženog, ili na podnositelja zahtjeva.

Prva kategorija – zajedničko uobičajeno boravište/posljednje zajedničko uobičajeno boravište, kao kriterij za određivanje međunarodne nadležnosti u brakorazvodnom sporu, nije upitna. Sasvim je opravdano da se bračni partneri žele podvrgnuti jurisdikciji one države na čijoj teritoriji žive, odnosno su živjeli, s tim da je u ovom drugom slučaju poveznica dodatno

mjesta rada osobe IB u Francuskoj nije dovoljno da bi se smatralo da je njezina volja bila ondje utvrditi svoje uobičajeno boravište, neovisno o poreznim i administrativnim posljedicama te o životnim navikama koje iz toga proizlaze. IB je podnio žalbu Žalbenom sudu u Parizu ističući da od 2010. obavlja svoje profesionalne djelatnosti u Francuskoj, te da je tu stalno i trajno nastanjen od maja 2017., da se ondje uselio u stan koji pripada njegovu ocu, da ondje vodi društveni život te da on i supruga vode usporedne svakodnevice zbog toga što ona odbija doći živjeti u Francusku, iako ondje redovito boravi, u pariški stan ili kuću za odmor kupljenu 2017. FA tvrdi pak da se nikada nije razmatralo da se porodica preseli u Francusku, te je uobičajeno boravište porodice u Irskoj, a IB nikada nije promijenio svoje boravište, nego je samo promijenio adresu mjesta rada. Sud koji je uputio zahtjev smatra da je pojam „uobičajeno boravište” u smislu čl. 3, st. 1, tač. a, Uredbe 2201/2003 autonoman pojam prava Unije koji zahtijeva tumačenje Suda EU, obraća se Sudu EU s pitanjem: „Kada, kao u ovom slučaju, iz činjeničnih okolnosti proizlazi da jedan od bračnih partnera vodi život u dvjema državama članicama, može li se smatrati, u smislu čl. 3 Uredbe 2201/2003 i radi njegove primjene, da taj bračni partner ima uobičajeno boravište u dvjema državama članicama, tako da su, ako su uvjeti navedeni u tom članu ispunjeni u objema državama članicama, sudovi tih dviju država jednako nadležni za odlučivanje o razvodu?”

[21] Tačka 57.

[22] Tačka 58.

ojačana uvjetom da jedan od njih i dalje ima uobičajeno boravište u toj državi.[23]

Druga kategorija – uobičajeno boravište tuženog vrednovana je kao centralna i *per se* noseća, odnosno samostalna poveznica,[24] posebno ako se ima u vidu da nisu potrebni dodatni uvjeti da je ojačaju, kao što je to slučaj sa uobičajenim boravištem tužioca.[25] Poveznica uobičajeno boravište tuženog ima za cilj zaštitu tuženog od podvrgavanja jurisdikciji države u kojoj ne boravi, odnosno s kojom nije u bliskoj vezi. Utemeljenje međunarodne nadležnosti na tuženikovu boravištu, predstavlja široko prihvaćen koncept i u nacionalnim i u internacionalnim izvorima.

Treća kategorija – uobičajeno boravište podnositelja zahtjeva predstavlja uvođenje *forum actoris,* što se smatralo prijeko potrebnim.[26] Ovaj kriterij predviđen je u četiri slučaja i za razliku od nadležnosti, s obzirom na tuženog, za koju je dovoljno samo uobičajeno boravište tuženog, sud uobičajenog boravišta podnositelja zahtjeva bit će međunarodno nadležan samo ako uz uobičajeno boravište podnositelja zahtjeva s tom državom postoji još neka veza, dakle ako postoji još jedan kvalificirajući kriterij.[27] Ta dodatna pretpostavka može biti: da su u toj državi bračni partneri imali svoje posljednje uobičajeno boravište, a podnositelj zahtjeva još uvijek tu ima svoje boravište, ili da postoji zajednički zahtjev, ili da je uobičajeno boravište podnositelja zahtjeva u toj državi trajalo najmanje jednu godinu, ili da je uobičajeno boravište podnositelja zahtjeva trajalo u toj državi najmanje šest mjeseci ako je on državljanin te države. Posebno interesantne su posljednje dvije pretpostavke: nakon šest mjeseci ako se vratio u državu čiji je državljanin, ili nakon jedne godine ako se odselio u neku drugu državu članicu Europske unije. Naime, prihvaćanje uobičajenog boravišta tužitelja kao kriterija za određivanje nadležnosti sasvim je razumljiv ako se ima u vidu zajamčena sloboda kretanja osoba unutar Europske unije. Ono što je sporno jeste, je li jedna godina dovoljna da se u novoj državi uspostavi „središte životnih interesa“ i je li skraćivanje roka na šest mjeseci ako se

[23] R. Wagner, 806.

[24] W. Hau, “Das System des internationaleEntscheidungszuständugkeit im europäischen Eheverfahrensrecht“, *FamRZ* 21/2000, 1334.

[25] Pored toga, uobičajeno boravište tuženog sadržano je u poveznici: zajedničko redovno boravište, tako da zajedničko uobičajeno boravište kao kriterij, prema nekim autorima, postaje suvišan. T. Rauscher, “Heimatlos in Europa? Gedanke gegen eine Aufgabe des Staatsangörigkeitsprinzip im IPR”, *FS Erick Jayme* 2004, 152; H. Schack, “Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa“, *RabelsZ* 65/2001, 622.

[26] W. Hau, 1334.

[27] T. Helms, “Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in Europäischen Union“, *FamRZ* 23/2002, 1595.

radi o povratku u vlastitu domovinu opravdano.[28] Prema nekim autorima, jedna godina sasvim je dovoljan indikator integracije, a s druge strane jedna godina dovoljno je dugo razdoblje da se razmisli o potrebi ili želji za razvodom braka.[29] Najproblematičnije je skraćivanje roka s jedne godine na šest mjeseci koje je uvjetovano posjedovanjem domaćeg državljanstva podnositelja zahtjeva. Ovaj stav u suprotnosti je s čl. 18 Ugovora o funkcioniranju EU (ex. čl. 12 Ugovora o Europskoj zajednici) koji zabranjuje „bilo kakvu diskriminaciju na temelju državljanstva“.[30] Prema mišljenju pojedinih autora, skraćivanje roka uobičajenog boravka na šest mjeseci dovodi do toga da će podnositelj zahtjeva, u slučaju da se nakon faktičkog prekida bračne zajednice vrati u državu članicu čiji je državljanin, moći u dvostruko kraćem roku postaviti zahtjev (šest mjeseci) nego ako nakon faktičkog prekida bračne zajednice ode u neku drugu državu članicu (dvanaest mjeseci).[31] Stoga, ovakav neravnopravan odnos nema sa stanovišta međunarodnog privatnog i procesnog prava nikakvog opravdanja.[32] Također, diskriminacija na temelju državljanstva suprotna je i čl. 59, st. 2, tač b, Uredbe 2201/2003 koji određuje da je zabranjena svaka diskriminacija građana Europske unije na temelju državljanstva. Većina autora smatrala je kako postoji opravdana pretpostavka i da će Sud EU čl. 2, st. 1, tač. a, crtica 6 Uredbe 1347/2000 proglasiti ništavnom.[33] Međutim, ova odredba u cijelosti je preuzeta u Uredbu 2201/2003 i Uredbu 2019/1111. Jedino opravdanje za ovakav stav europskog zakonodavca nalazi se u činjenici da su redovno boravište i državljanstvo zajedno dovoljno jake indicije koje opravdavaju uspostavljanje nadležnosti suda u znatno kraćem roku nego što je to slučaj kada postoji samo redovno boravište.

Suprotno naprijed izrečenim terijskim stavovima, Sud EU rješio je ovu dilemu te u predmetu C-522/20[34] odlučio da „načelo nediskriminacije na

[28] Tvorci uredbe smatraju da je ova tačka vezivanja pogodna za manipuliranje te da ju je potrebno dodatno ojačati i drugim kriterijima kako bi bila snažna indicija za zasnivanje nadležnosti suda države članice. T. Rauscher, *Kommentar*, München 2010, 84.

[29] M. Levante, *Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz*, St. Gallen/Lachen, 1998, 84. prema S. Rürberg, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionrecht*, Dissertation, Konstanz 2005, 48.

[30] T. Helms, 1596.

[31] H. Schack, 623.

[32] W. Hau, 1333; R. Hausmann, “Neues internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union“, *EuLF* 5/2000/01, 345.

[33] H. Schack, 623; T. Helms, 1596.

[34] Odluka Suda EU u predmetu C-522/20 od 10. 2. 2022., ECLI:EU:C:2022:87. Činjenice slučaja: Dana 9. 11. 2011. OE, talijanski državljanin i VY, njemačka državljanka, vjenčali su se u Dublinu (Irska). OE napustio je zajedničko uobičajeno boravište para, koje se nalazilo u Irskoj, u maju 2018. te od augusta 2019. živi u Austriji. Dana 28. 2. 2020., odnosno nakon razdoblja boravka dužeg od šest mjeseci u Austriji, OE je podnio Općinskom sudu u Döblingu (Austrija) zahtjev za razvod svojeg braka s VY, tvrdeći da državlja-

temelju državljanstva, utvrđeno u čl. 18 UFEU-a, treba tumačiti na način da mu se ne protivi to da je nadležnost sudova države članice na čijem se državnom području nalazi uobičajeno boravište podnositelja zahtjeva, kako je ono predviđeno čl. 3, st. 1, tač. a, šestom alinejom Uredbe 2201/2003, uvjetovana minimalnim trajanjem boravka podnositelja zahtjeva, neposredno prije podnošenja njegova zahtjeva, koje je šest mjeseci kraće od onog predviđenog čl. 3, st. 1, tač. a, petom alinejom te uredbe jer je dotična osoba državljanin te države članice“.

Indikativno je koliko se često može zasnovati nadležnost s obzirom na osobu koja podnosi zahtjev u odnosu na nadležnost vezanu uz osobu protiv koje se podnosi zahtjev, što jasno ukazuje i na lagano odstupanje od, u nacionalnim pravima država članica općeprihvaćenog načela, načela *actor sequitur forum rei*. Osim toga, podnositelj zahtjeva ima mogućnost izbora nadležnog suda. Ova skoro pa neograničena mogućnost biranja nadležnosti dana u ruke podnositelja zahtjeva na traženje triju nordijskih država članica nije, prema nekim autorima, najbolje rješenje jer otvara „i kapiju i vrata“[35] za *forum shopping* i problem dvostruke međunarodne litispendencije.

2.1.2. Državljanstvo

Postupak za razvod braka može se voditi i u državi čiji su bračni partneri državljani. Primjena zajedničkog državljanstva kao kriterija za određivanje nadležnosti u doktrini je problematizirana s dvaju gledišta. Prvi se odnosi na čl. 18 UFEU i „zabranu bilo kakvu diskriminaciju na osnovi državljanstva“, a drugi na problematiku višestrukog državljanstva.

---

nin države članice koja nije država pred čijim se sudom vodi postupak ima pravo, na temelju poštovanja načela nediskriminacije na temelju državljanstva, nakon što je na državnom području te države boravio samo šest mjeseci, neposredno prije podnošenja svojeg zahtjeva za razvod braka, pozvati se na nadležnost sudova navedene države na temelju čl. 3, st. 1, tač. a, šeste alineje Uredbe 2201/2003, što bi značilo neprimjenu pete alineje te odredbe, kojom se zahtijeva razdoblje boravka od najmanje jedne godine neposredno prije podnošenja tog zahtjeva. Sud je odbio taj zahtjev oglašavajući se nenadležnim. OE je protiv tog rješenja podnio reviziju Vrhovnom sudu Austrije. Vrhovni sud odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu EU sljedeća prethodna pitanja: „1. Povređuje li se spomenutim članom (čl. 3, st. 1, tač. a, šesta alineja) Uredbe 2201/2003 zabrana diskriminacije koja se propisuje čl. 18 UFEU-a zato što se njime, ovisno o državljanstvu stranke koja pokreće postupak, u odnosu na petu alineju istog člana, kao uvjet za nadležnost sudova države boravišta predviđa kraće trajanje boravka stranke koja pokreće postupak? 2. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje: Dovodi li takva povreda zabrane diskriminacije do toga da je, u skladu s temeljnim pravilom koje se propisuje čl. 3, st. 1, tač. a, petom alinejom Uredbe 2201/2003, uvjet za pozivanje na nadležnost sudova mjesta boravišta za sve stranke koje pokreću postupak, neovisno o njihovu državljanstvu, boravak u trajanju od dvanaest mjeseci ili u pogledu svih stranaka koje pokreću postupak treba polaziti od uvjeta boravka u trajanju od šest mjeseci?”

[35] J. Pirring, “Europäische justitelle Zusammenarbeit in Zivilsachen – inbesondere das neue Scheidungsübereinkommene“, *ZEuP* 4/1999, 844.

Naime, prema mišljenju pojedinih autora, suprotnost čl. 18 UFEU postoji budući da će bračni partneri u nacionalno mješovitim brakovima biti diskriminirani jer će samo onome tko je u braku s bračnim partnerom istog državljanstva biti dostupan i sud zajedničkog državljanstva i sud uobičajenog boravišta, a onome tko je u braku s osobom različitog državljanstva samo sud uobičajenog boravišta.[36] Drugi autori pak smatraju da ovaj prigovor o nejednakosti nije sasvim uvjerljiv jer kod zajedničkog državljanstva postoji jednaka veza obaju bračnih partnera s istom državom, državom čiji su državljani, što nije slučaj kod nacionalno mješovitih brakova.[37] Osim toga, vrlo uska veza s državom zajedničkog državljanstva proistječe i iz usporednosti nadležnosti i mjerodavnog prava.[38] Naime, sud zajedničkog državljanstva kao mjerodavno pravo za razvod braka primijenit će ili pravo zajedničkog državljanstva ili pravo foruma, odnosno ide se za primjenom domaćeg prava. Prema tome, onaj tko smatra da nejednakost za bračne partnere različitog državljanstva nije pravno opravdana dovodi u pitanje primjenu državljanstva kao legitimne tačke vezivanja za pitanja osobnog statusa unutar europskog pravnog prostora.[39] S druge strane, pojedini autori ne pridaju značaj paraleli između *foruma i ius* koja vodi primjeni domaćeg prava.[40] Smatraju da zajedničko državljanstvo stranaka ne predstavlja sigurniju vezu s njihovom domovinom od dužeg ranijeg zajedničkog boravišta. Stoga, pojedini autori smatraju da ova odredba treba biti preoblikovana,[41] Neki od njih idu i korak dalje te ističu opravdanim svoja očekivanja da će Sud EU proglasiti ništavnom odredbu čl. 3, st. 1, tač. b.[42] Nasuprot njima, pojedini autori smatraju apsurdnim naprijed navedene argumente: nacionalno mješoviti bračni parovi nisu ovom odredbom diskriminirani jer nemogućnost uspostavljanja nadležnosti vezana je, ne uz određeno državljanstvo, već uz nedostatak „zajedničkog“ državljanstva.[43] U svakom slučaju ova odredba je preživjela i sadržana je i u Uredbi 2019/1111.

Drugo, Uredba ne odgovara na pitanje kako postupiti u slučaju višestrukog državljanstva. Naime, moguće je da jedna osoba ima više državljan-

[36] W. Hau, 1336.

[37] T. Helms, 1596.

[38] H. Schack, 623.

[39] T. Helms, 1596.

[40] W. Hau, 1336.

[41] *Ibid*. K. Boele-Woelki, “Brüssell II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen“,*ZfRV* 4/2001, 129.

[42] T. Helms, 1596; H. Schack, 623.

[43] Apsurdan je argument da postoji diskriminacija na osnovu državljanstva ako je njemački sud međunarodno nadležan za razvod njemačkog bračnog para koji živi u New Yorku bez dodatnih veza, a nije nadležan za razvod talijanskog bračnog para koji također živi u New Yorku. T. Rauscher, 94.

stava od kojih je samo jedno aktivno ili efektivno. Sporno je u tom kontekstu pod kojim će pretpostavkama jedno *de facto* neaktivno državljanstvo *de iure* biti promatrano kao neefektivno te neće dovesti do uspostavljanja nadležnosti, odnosno hoće li i kako sud odlučivati o efikasnosti državljanstva vlastitog državljanina.[44] Iz zaštitnoga karaktera odredbe o nadležnosti utemeljenoj na državljanstvu smatra se da bi odredbu čl. 3. st. 1. tač. b. trebalo tumačiti tako da nadležnost postoji u svakoj od jurisdikcija čije državljanstvo bračni partneri imaju.[45] To znači da bi za razvod bračnih partnera, pri čemu oba imaju i njemačko i austrijsko državljanstvo, mogli biti nadležni i njemački i austrijski sudovi. Ako bi u tom slučaju došlo do dvostruke litispendencije, ona bi se rješavala u skladu s čl. 19 Uredbe 2201/2003, odnosno čl. 20 Uredbe 2019/1111. Dakle, kod dvostrukih državljana uvijek treba uzeti u obzir državljanstvo države suda, čak i kada ono nije efektivno. Ovom stajalištu u prilog ide i odluka Suda EU u predmetu C-168/08.[46] Naime, francuski *Court de cassation* odlučujući o priznanju mađarske odluke o razvodu braka, postavio je, između ostalog, pitanje međunarodne nadležnosti mađarskog suda da odlučuje u ovom predmetu s obzirom da su bračni partneri osim mađarskog imali i francusko državljanstvo. Treba li prilikom primjene čl. 3, st. 1, tač. b, prednost dati efektivnom državljanstvu ili prepustiti bračnim partnerima da sami biraju sud jedne ili druge države. Nezavisna advokatica Kokott nakon duže diskusije o ovom pitanju izjasnila se u prilog druge alternative Kasacijskog suda: jednakost državljanstava i sloboda izbora. Ovaj stav bio je prihvaćen i od Suda EU: francuski sudovi bračne partnere ne smiju promatrati isključivo kao francuske državljane već i kao mađarske državljane, te u tom smislu uvažiti nadlež-

[44] W. Hau, 1337.

[45] J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar zu EuGVo und Lugano Übereinkommene*, Heidelberg 2002, 62, prema: H. Sikirić, „Uredba (EZ) br. 2201/2003 i hrvatsko međunarodno procesno pravo“, *Zbornik radova Evropski sodni prostor* 2005, 37.

[46] Odluka Suda EU u predmetu C-168/08 od 16. 7. 2009., ECLI:EU:C:2009:474. Pogledati i: Laszlo Hadadi/ Csilla Marta Mesko, verheiratet Hadadi, *FamRZ* 18, 2009. 1571. Činjenice slučaja: Gosp. Hadadi i gđa Mesko – oboje mađarskoga državljanstva, vjenčali se u Mađarskoj 1979. Emigrirali su u Francusku te postali naturalizirani francuski državljani, ali se nikada nisu odrekli mađarskoga državljanstva. Godine 2002. Hadadi podnosi zahtjev za razvod braka pred sudom u Budimpešti koji donosi odluku o razvodu u maju 2004. Kasnije je i Mesko podnijela zahtjev za razvod braka pred francuskim sudom, dok Hadadi u Francuskoj traži priznanje i izvršenje odluke mađarskoga suda. Drugostupanjski sud u Parizu smatra da se odluka o razvodu braka donesena u Mađarskoj ne može priznati jer je nadležnost budimpeštanskoga suda „klimava”, dok je nadležnost francuskih sudova čvrsta i jasna, budući je Francuska država trajnog boravka ove porodice već 20 godina. Hadadi podnosi žalbu u povodu koje su francuski sudovi uputili zahtjev Sudu EU za tumačenjem međusobnog odnosa kriterija za međunarodnu nadležnost. Pogledati i: M. Župan, „Europski prekogranični obiteljski postupci“, *Precesno – pravni aspekti prava EU*, Osijek 2016, 142.

nost mađarskih sudova u postupku razvoda braka.[47] Autonomno i ujednačeno tumačenje Uredbe 2201/2003 ne trpi privilegije nacionalnih pravila ili uobičajenog nacionalnog tumačenja, te sudovi moraju prihvatiti mogućnost da u istom sporu bude nadležan sud neke druge države članice.[48]

Kada sud zasnuje nadležnost na osnovi jednog od kriterija navedenih u čl. 3 Uredbe 2201/2003, ta nadležnost podliježe načelu *perpetuatio fori*. To znači da pokretanjem parnice sud ostaje trajno nadležan za taj spor iako kod stranaka mogu nastupiti promjene, npr. preseljenjem u drugo boravište koje bi inače moglo utjecati na nadležnost suda.

2.2. Protuzahtjev

Obje Uredbe na poznat način rješavaju odnos zahtjeva i protuzahtjeva, tako što određuju da je sud pred kojim se vodi postupak o zahtjevu na temelju čl. 3 nadležan za odlučivanje i o protuzahtjevu, pod uvjetom da protuzahtjev ulazi u polje primjene Uredbe – čl. 4. U prilog ovakvom rješenju govori više argumenata: ekonomičnost postupka; izbjegavanje kontradiktornih presuda u državi i inozemstvu; rješavanje svih spornih pitanja među strankama u jednom postupku i sl. Ne treba zaboraviti da se podnosilac zahtjeva dobrovoljno podvrgnuo međunarodnoj nadležnosti suda pred kojim je podnio zahtjev, pa nema razloga da se onda pred tim istim sudom ne podnese protiv njega protuzahtjev u vezi s istim predmetom.

2.3. Pretvaranje rastave u razvod braka

Pojedini pravni poreci poznaju institut rastave braka,[49] čak je po pravu nekih država rastava obavezan korak prije razvoda braka i obično se zahti-

---

[47] Po pitanju kriterija zajedničkog državljanstva Sud EU ne nalazi da bi Uredba 2201/2003 nalagala uvažavati samo efektivno zajedničko državljanstvo. Tačke 51, 52 i 55. C. Kohler, W. Pintens, “Entwicklung im europäischen Familien-und Erbrecht 2008 – 2009.“, *FamRZ* 18/2009, 1533.

[48] M. Župan, „Međunarodna nadležnost u obiteljskopravnim stvarima – presjek pravne stečevine Europske unije“ ,*Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Zagreb 2013, 155.

[49] U nizu europskih država, pored instituta razvoda braka, egzistira i rastava braka kao relikt sistema o nerazrješivosti braka. Jedina praktična razlika između odluke o rastavi i odluke o razvodu jeste u pravu bračnih partnera na zaključenje novog braka. Sudska rastava ne daje mogućnost zaključenja novog braka. Institut sudske rastave poznaju zakonodavstva Italije, Grčke, Francuske, Holandije, Danske, Norveške, Portugala, Španjolske. N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, Sarajevo 2007, 102. Vid. Europski portal E-pravosuđa, *Razvod braka i zakonska rastava*, *file:///C:/Users/user/Downloads/26102022_hr.pdf*, 26. oktobar 2022. U kontekstu odnosa rastave i razvoda braka interesantna je odluka Suda EU u predmtu C-386/17 kojom je potvrdio da, u slučaju kada je u jednoj državi (Italiji) ranije pokrenut postupak rastave braka, a u drugoj državi (Rumunjskoj) kasnije pokrenut postupak za razvod braka, čl. 24 Uredbe 2201/2003 treba tumačiti na način da zabranjuju to da

jeva da mora proći određeno vrijeme između rastave i razvoda. Uredba takve situacije prepoznaje i uređuje posebnim pravilima o direktnoj nadležnosti za slučaj da je postavljen zahtjev za izmjenu odluke o rastavi braka u odluku o razvodu braka. U čl. 5 Uredbe 2201/2003 i Uredbe 2019/1111 propisuje se da je sud države članice koji je odlučio o rastavi braka nadležan i za promjenu te odluke u odluku o razvodu braka, ako je to dopušteno po pravu te države članice. Postupak za razvod braka, dakle, moguće je pokrenuti pred sudom koji je nadležan na temelju čl. 3 ili pred sudom koji je odlučio o rastavi, ako je konverzija dopuštena po pravu foruma. Pretvaranje rastave u razvod braka dopušteno je samo ako je to propisano materijalnim pravilima *legis fori*.

2.4. Supsidijarna nadležnost

Ako se ni po jednom kriteriju propisanom u čl. 3, 4 i 5 ne može zasnovati nadležnost sudova jedne od država članica, čl. 6 Uredbe 2019/1111 predviđa „supsidijarnu nadležnost“ koja upućuje na primjenu nacionalnih pravila o nadležnosti svake države. Uredba 2201/2003 je supsidijarnu nadležnost uredila čl. 7, dok se čl. 6 odnosi na isključivu prirodu nadležnosti u skladu s čl. 3, 4 i 5. Međutim, Uredba 2019/1111 je oba pravila objedinila u čl. 6, st. 1 i 2. To je sasvim razumljivo, s obzirom da ograničenje nadležnosti u čl. 6 Uredbe 2201/2003 otvara put primjeni čl. 7 iste Uredbe kojim je uređena tzv. supsidijarna nadležnost.[50] Stoga je važno ova dva člana Uredbe 2201/2003 promatrati zajedno. To je i bio razlog njihovog objedinjavanja u novoj Uredbi 2019/1111.

Protiv bračnog partnera koji ima uobičajeno boravište na području jedne države članice, ili koji je državljanin države članice može se pokrenuti postupak pred sudovima druge države članice samo u skladu sa čl. 3, 4, i 5 (čl. 6, st. 2 Uredbe 2019/1111, odnosno čl. 6 Uredbe 2201/2003).

O mogućnosti primjene unutarnjih pravila o nadležnosti odlučivao je i Sud EU u predmetu C-68/07.[51] Nadležni švedski sud mu se obratio sa pita-

povreda pravila o litispendenciji iz čl. 19 Uredbe 2201/2003, koju je počinio sud pred kojim je postupak započeo kasnije, bude razlog za nepriznavanje sudske odluke koju je donio taj sud, zbog toga što je u suprotnosti s javnim poretkom države članice u kojoj se zahtijeva priznavanje. Naime, bez obzira na to što se u čl. 19 Uredbe 2201/2003 izričito ne upućuje na njezin članak 24, može se zaključiti da taj član treba tumačiti na način da se zabrana preispitivanja nadležnosti suda podrijetla koja se u njemu navodi primjenjuje i na slučaj povrede pravila o litispendenciji.

[50] A. Borrás, *Erläuternder Bericht zu dem Übereikommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen,* Sl. list EU C221/27 od 16. 7. 1998. (u daljnjem tekstu: Borrás izvještaj), tač. 48.

[51] Odluka Sud EU u predmetu C-68/07 od 29. 11. 2007, I - 10405

njem u vezi s čl. 6 i 7 Uredbe 2201/2003, odnosno da li se nadležnost suda u državi članici može zasnovati na temelju unutarnjih pravila u slučaju kada tuženi bračni partner nije državljanin niti jedne države članice, niti ima boravište u nekoj od njih.[52] Prema mišljenju Suda EU, unutarnja pravila o međunarodnoj nadležnosti ne mogu naći primjenu ako je moguće zasnovati nadležnost u drugoj državi članici temeljem čl. 3–5 Uredbe. Dakle, ne možemo izvući zaključak o tome da se međunarodna nadležnost može zasnovati na temelju unutarnjih pravila u svim slučajevima kada tuženi nije državljanin neke države članice, odnosno nema uobičajeno boravište u nekoj od njih. Mogućnost zasnivanja supsidijarne međunarodne nadležnosti postojala bi u slučaju da je supruga npr. napustila Francusku i otišla živjeti u Belgiju (kraće od jedne godine). S obzirom da ovakva činjenična osnova ne pruža mogućnost zasnivanja međunarodne nadležnosti na temelju čl. 3 Uredbe, otvara se prostor za primjenu čl. 7, odnosno za zasnivanje međunarodne nadležnosti primjenom unutarnjih pravila države članice. Dakle, odgovor Suda EU, iako limitiran samo na činjenice konkretnog slučaja, pojasnio je *modus operandi* sistema odredaba o međunarodnoj nadležnosti Uredbe 2201/2003.[53]

U st. 3, čl. 6 Uredbe 2019/1111[54] usvojeno je rješenje, koje u svojoj osnovi ima ideju pravne integracije,[55] a prema kojem podnosilac zahtjeva, koji je državljanin jedne države članice, a ima uobičajeno boravište u drugoj državi članici, može se kao i državljanin te države koristiti pravilima o nadležnosti koja se primjenjuju u toj državi, odnosno državi njegova uobičajenog boravišta. U odnosu na osobu protiv koje se zahtjev podnosi trebaju biti ispunjene dvije pretpostavke: da ona nema uobičajeno boravište niti u jednoj državi članici i nema državljanstvo nijedne države članice. Ako

[52] Švedski sud odlučivao je o nadležnosti u postupku razvoda braka švedske državljanke i kubanskog državljana. Bračni partneri živjeli su u Francuskoj, s tim da je supruga još uvijek živjela tu, a muž je otišao na Kubu. Iz činjeničnog osnova jasno proistječe nadležnost francuskog suda – čl. 3, st. 1, tač. a Uredbe, te nema prostora za primjenu čl. 7, odnosno za zasnivanje supsidijarne nadležnosti na temelju unutarnjih pravila. Švedski sud morao bi se oglasiti nenadležnim u korist nadležnog francuskog suda, s obzirom da nisu ispunjene pretpostavke za zasnivanje njegove nadležnosti (čl. 17).

[53] „Tako nacionalni sud pred kojim se pojavi bračni spor, najprije mora utvrditi može li zasnovati svoju nadležnost na temelju odredaba Uredbe 2201/2003 o općoj i posebnoj međunarodnoj nadležnosti. Ako je odgovor "ne”, sud mora utvrditi može li sud neke druge države članice biti nadležan na temelju navedenih odredaba Uredbe 2201/2003 o međunarodnoj nadležnosti. Samo ako je odgovor i na ovo pitanje “ne”, sud se može osloniti na nacionalne odredbe o međunarodnoj nadležnosti. Dakle, tek u ovom posljednjem slučaju uobičajeno boravište ili državljanstvo tuženika postaju relevantni.” I. Medić-Musa, „Razvod braka i neki njegovi učinci u europskom pravosudnom prostoru“, *Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Osijek 2011, 248

[54] Radi se čl. 7, st. 2 Uredbe 2201/2003.

[55] Borrás izvještaj, tač. 48.

nisu, radi se o situaciji na koju se primjenjuje jedan od osnova za utemeljenje nadležnosti, predviđen u čl. 3 Uredbe.

3. MEĐUNARODNA NADLEŽNOST U BRAKORAZVODNIM SPOROVIMA U BOSNI I HERCEGOVINI

Pravila o međunarodnoj nadležnosti naših sudova u slučaju razvoda braka s međunarodnim obilježjem, propisana ZMPP, po prirodi su jednostrana.[56] Naime, pravila o međunarodnoj nadležnosti odgovaraju samo na pitanje postoji li međunarodna nadležnost domaćih organa, a ako u konkretnom slučaju nisu ostvarene pretpostavke za nju, ova pravila ne govore o tome čiji su organi međunarodno nadležni. Monopol za razvod braka u Bosni i Hercegovini imaju sudovi, i to u Federaciji BiH općinski sudovi, a u Republici Srpskoj okružni sudovi.

Nadležnost domaćih sudova za razvod braka s međunarodnim obilježjem može postojati po nekoliko osnova. Po kriteriju opće međunarodne nadležnosti, sud u Bosni i Hercegovini međunarodno je nadležan ako je prebivalište tuženog bračnog partnera na teritoriji Bosne i Hercegovine – čl. 46, st. 1.[57] Ostali kriteriji o općoj međunarodnoj nadležnosti sudova Bosne i Hercegovine koji polaze od okolnosti da tuženi bračni partner ima boravište u Bosni i Hercegovini (čl. 46, st. 2 i 3) ne dolaze u obzir. Ovaj zaključak proizlazi, *a contrario*, iz odredbe čl. 61, st. 1 u kojoj su taksativno nabrojani slučajevi u kojima postoji nadležnost našeg suda „i kada tuženi nema prebivalište“ u Bosni i Hercegovini.

Kada nije ispunjen kriterij za opću međunarodnu nadležnost, sud u Bosni i Hercegovini bit će međunarodno nadležan kada su ispunjeni kriteriji propisani za posebnu međunarodnu nadležnost.[58] U čl. 61, st. 1 utvrđena su tri kriterija o posebnoj međunarodnoj nadležnosti domaćeg suda u postupku razvoda braka:[59]

1. ako su oba bračna partnera državljani Bosne i Hercegovine bez obzira na to gdje imaju prebivalište, ili

[56] Nazivaju se i jednostranim normama (za razliku od kolizionih pravila koja su dvostrana), ili unilateralnim kolizionim pravilima. Đ. Vuković, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb 1987, 13.

[57] Riječ je, dakle, o međunarodnoj nadležnosti na osnovu veze s tuženim, koja se stoga naziva forum tuženog i predstavlja praktični izraz poznate rimske maksime *actor sequitur forum rei*. Postupak treba da se pokrene u onoj državi gdje je to za tuženog najpogodnije i geografski najbliže. V. Šaula, *Osnovi međunarodnog građanskog procesnog prava Republike Srpske*, Banja Luka 2008, 33.

[58] E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2006, 57.

[59] Svi navedeni kriteriji zahtjevaju da veza s Bosnom i Hercegovinom bude značajna. Vid. T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2010, 506.

2. ako je tužilac državljanin Bosne i Hercegovine i ima prebivalište u Bosni i Hercegovini, ili
3. ako su bračni partneri imali posljednje prebivalište u Bosni i Hercegovini, a tužilac u vrijeme podnošenja tužbe ima prebivalište ili boravište u Bosni i Hercegovini.[60]

Posebna međunarodna nadležnost našeg suda predviđena je i u slučaju kada su bračni partneri strani državljani koji su imali posljednje zajedničko prebivalište u Bosni i Hercegovini, ili ako samo tužilac ima prebivalište u Bosni i Hercegovini, ali samo ako u tim slučajevima tuženi pristane da mu sudi sud Bosne i Hercegovine, i ako je po propisima države čiji su državljani bračni partneri dopuštena ta nadležnost – čl. 62. Tuženi bračni partner svoj pristanak na nadležnost suda Bosne i Hercegovine mogao bi dati već prije podnošenja tužbe, izričito u toku postupka ili prešutno, ako je podnio odgovor na tužbu, a nije osporio nadležnost ili se upustio u raspravljanje (čl. 50 ZMPP). Ako tuženi svoj pristanak ne bi dao, sud bi trebao odbaciti tužbu zbog nenadležnosti našeg pravosuđa. Nadležnost našeg suda u slučaju razvoda braka stranih državljana zavisi i od toga da li propisi države, čiji su državljani bračni partneri, dopuštaju tu nadležnost. To znači da naš sud mora saznati strano pravo, odnosno utvrditi sadržaj stranih pravila o nadležnosti. Ako su bračni partneri državljani različitih država, onda bi nadležnost našeg suda trebala biti dopuštena prema propisima obiju država. Smatra se da propisi strane države dopuštaju nadležnost našeg suda ako je ne isključuju.

Posebna međunarodna nadležnost našeg suda postoji i u slučajevima kada je tužilac domaći državljanin, a pravo države čiji bi sud bio nadležan ne predviđa institut razvoda braka – čl. 63. Smisao ove odredbe jeste u tome da se domaćim državljanima omogući razvod braka u onim slučajevima u kojim, da nije ovoga pravila, to ne bi bilo moguće pred stranim sudom koji bi inače bio nadležan.[61] Uvjet da strano pravo ne predviđa institut razvoda braka ispunjen je ne samo onda kada to pravo uopće ne predviđa taj institut, već i onda kada su kriteriji za razvod, što ih predviđa

[60] U vezi s trećim kriterijem postoje određene teškoće u tumačenju pravog smisla odredbe, a u vezi su s okolnošću da se u odredbi upotrebljava sintagma „posljednje prebivalište“ umjesto „posljednje zajedničko prebivalište“. S obzirom na neuobičajenost upotrijebljene sintagme, neodređenost njena sadržaja i mogućnost različitog tumačenja trebalo bi je shvatiti kao redakcijski neuspjeli pokušaj da se njome izrazi ono što „tradicionalni“ izraz „posljednje zajedničko prebivalište“ bračnih partnera nedvojbeno ukazuje. Tome u prilog govori i čl. 35 Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – ZPP FbiH, *Službene novine FBiH*, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15 koji uređuje mjesnu nadležnost suda u bračnim sporovima i to suda na čijem su području bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište. Vid. M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 213.

[61] *Ibid.*, 217.

strano pravo, u suprotnosti s domaćim javnim poretkom. U slučaju da je moguća nadležnost sudova dvaju ili više država, ovaj uvjet bio bi ispunjen samo onda kada prava država svih tih sudova ne bi poznavala institut razvoda braka.

Isključiva nadležnost suda Bosne i Hercegovine u postupku razvoda braka s međunarodnim obilježjem postoji ako su kumulativno ispunjene dvije pretpostavke: da je tuženi bračni partner državljanin Bosne i Hercegovine i da ima prebivalište u Bosni i Hercegovini – čl. 61, st. 2 ZMPP.

Osim tužbom, razvod braka može se tražiti i zahtjevom za sporazumni razvod braka. S obzirom na to da se navedeni članovi neposredno odnose samo na sporove u kojima je postupak pokrenut tužbom, u kojima postoji tužilac i tuženi, postavlja se pitanje kako kriterije predviđene za takve sporove primijeniti u slučajevima u kojim stranke zajednički iniciraju razvod braka. Odgovor na ovo pitanje relativno je jednostavan. Ako su postavljeni zahtjevi u odnosu na obje strane, npr. posljednje zajedničko prebivalište, onda ti zahtjevi trebaju biti ispunjeni u odnosu na oba bračna partnera. Međutim, u slučajevima u kojima određeni uvjeti trebaju biti ispunjeni u pogledu tužioca ili tuženog, npr. prebivalište tuženog ili državljanstvo i prebivalište tužioca, bit će dovoljno da ti uvjeti budu ispunjeni u pogledu bilo kojeg od bračnih partnera, zato što procesnopravni položaj svakog od njih integrira u sebi procesni položaj i tužioca i tuženog.[62]

U postupcima razvoda braka isključena je mogućnost sporazumnog određivanja međunarodne nadležnosti bilo domaćeg, bilo stranog suda. Ova zabrana proizlazi iz čl. 49, st. 3 koji izričito propisuje zabranu ugovaranja nadležnosti u bračnim sporovima.

Međunarodna nadležnost domaćih sudova može proizlaziti i iz pravila o mjesnoj nadležnosti sadržanih u ZPP FBiH. Naime, u smislu čl. 26.ZPP FBiH predviđeno je da je sud u Federaciji nadležan za suđenje u sporu s međunarodnim elementom kada je njegova nadležnost izričito određena zakonom Bosne i Hercegovine ili Federacije BiH ili međunarodnim ugovorom. Međutim, ako nema izričite odredbe, sud u Federaciji BiH bit će nadležan i kada njegova nadležnost proizlazi iz odredaba ovog zakona o mjesnoj nadležnosti. U čl. 35 ZPP FBiH stoji da je u bračnim sporovima nadležan pored suda opće mjesne nadležnosti – prebivalište tuženog, i sud na čijem su području bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište. Na isti način ovo pitanje riješeno je i u Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske – čl. 35.[63]

---

[62] *Ibid.*, 214.

[63] Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – odluka US, 45/09, 61/13 i 109/21 – odluka US.

4. UNAPRIJEĐENJE BOSANSKOHERCEGOVAČKIH NORMI O MEĐUNARODNOJ NADLEŽNOSTI U BRAKORAZVODNIM SPOROVIMA

Zakonodavne aktivnosti unutar Europske unije te odluke Suda EU značajne su za Bosnu i Hercegovinu iz više razloga. Prije svega, Bosna i Hercegovina potpisnica je Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,[64] čiji je jedan od ciljeva podržati napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne saradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice (čl. 1, st. 2, tač. d). Time je ona očitovala svoje opredjeljenje „za usklađivanjem postojećeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice i nastojanje da osigura postepeno usklađivanje svojih postojećih zakonodavstava i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Zajednice“ (čl. 70).[65] Dodamo li ovim obavezama Bosne i Hercegovine i činjenicu da veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije, postaje jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim. Ovo usklađivanje, u sadržajnom smislu i u praksi, za Bosnu i Hercegovinu ponajprije znači prihvaćanje, usvajanje europskog prava, odnosno njegove pravne stečevine kao pretpostavke koju su morale ispuniti i druge države koje su pristupile Europskoj uniji. U trenutku stupanja u članstvo mora postojati visok stepen kompatibilnosti s pravom Europske unije.[66]

Usporedimo li domaće međunarodno privatno pravo s onim u Europskoj uniji, dolazimo do određenih zaključaka. Domaće kolizione norme znatno odstupaju od pravila sadržanih u spomenutim Uredbama. Odstupanje propisa o međunarodnoj nadležnosti ogleda se u osnovnom kriteriju koji se koristi za uspostavljanje nadležnosti. Sasvim je jasno da je jedno od osnovnih pitanja prilikom buduće reforme bosanskohercegovačkih odredaba o međunarodnoj nadležnosti u brakorazvodnim sporovima radi njihove usklađenosti s europskim pravom, biti prihvaćanje kriterija uobičajenog boravišta uz kriterij prebivališta, ili umjesto njega.

---

[64] Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane, potpisan je 16. 6. 2008., a stupio na snagu 1. 6. 2015. Cijeloviti tekst Sprazuma na web-stranici Vijeća ministara BiH, *http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA*, 27. 12. 2022.

[65] Međutim, i prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čak prije otpočinjanja procesa stabilizacije i pridruživanja (pregovori su započeli 2006. godine), u vrijeme kada na međunarodnoj razini nije postojala obaveza preuzimanja *acquis communautaire,* na nacionalnoj razini 2003. godine uvedena je obaveza za organe Bosne i Hercegovine da prilikom izrade novih propisa vode računa o suglasnosti s europskom pravnom stečevinom. Odluka o procedurama u postupku harmonizacije zakonodavstva BiH sa *acquis communitaire, Službeni glasnik BiH*, br. 44/2003.

[66] J. Alihodžić, *Razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, OFF-SET, Tuzla 2012, 237–240.

Međunarodno privatno pravo Europske unije razvija se u pravcu prihvaćanja uobičajenog boravišta kao primarne tačke vezivanja za određivanje mjerodavnog prava i kao osnovnog kriterija za određivanje međunarodne nadležnosti.[67] To je i razumljivo s obzirom da je primjena državljanskog principa u Europskoj uniji u određenoj mjeri sužena (ali ne i odbačena) uslijed pravila primarnog prava. Ovdje se, prije svega misli, na opću zabranu diskriminacije na osnovu državljanstva sadržanu u čl. 18 UFEU, te posebice odredbe o slobodnom kretanju osoba: sloboda kretanja i boravka – čl. 21, sloboda poslovnog nastana – čl. 49, sloboda pružanja usluge – 56 i sloboda kretanja radnika – čl. 45. Uobičajeno boravište jednostavan je koncept koji podrazumijeva boravljenje na određenoj teritoriji i određenu stalnost tog boravka. Pored toga, koncept prebivališta podložan je različitom tumačenju u okviru nacionalnih zakonodavstava, te bi primjena uobičajenog boravišta umjesto prebivališta otklonila ovaj problem. Favoriziranje uobičajenog boravišta pravda se postojanjem očigledne veze između osobe i države u kojoj je njeno središte života i rada. To posebno vrijedi za razvod braka jer bračni partneri žele se razvesti tamo gdje žive, u okviru tog pravnog sistema.[68] Prihvaćanje uobičajenog boravišta predstavlja odgovor na pojačanu mobilnost europskih građana, potječe integraciju ljudi, pozitivno utječe na njihovu asimilaciju u novu sredinu: svi građani jedne države bivaju podvrgnuti jednakom pravu bez obzira na njihovo državljanstvo. Prilikom izrade Druge Bruxellesske konvencije,[69] prvi put je usvojeno redovno boravište kao kriterij za zasnivanje međunarodne nadležnosti umjesto prebivališta. Ono je okarakterizirano kao činjenica koja ispunjava zahtjev objektivnosti, istaknuto je da je ono u interesu stranaka i da osigurava fleksibilnost pravila u uvjetima mobilnosti pojedinaca, a da ne žrtvuje pravnu sigurnost.[70] Pojam „uobičajeno boravište“ u pravu Europske unije, iako predstavlja centralnu poveznicu svim aktima, nije

[67] Favoriziranje uobičajenog boravišta od strane europskog zakonodavca sasvim je razumljivo ako EU promatramo kao zajednicu država članica od kojih svaka ima zakonodavnu samostalnost te se kod pravnih odnosa povezanih sa više država članica javlja sukob zakona internog karaktera. Možemo je usporediti i sa SFRJ, koja je zbog složene unutarnje strukture, pet republika i dvije autonomne pokrajine, te podjele nadležnosti između federacije i republika (pokrajina), donijela posebna pravila o rješavanju unutarnjeg sukoba zakona. Primarna tačka vezivanja u oblasti bračnih i porodičnih odnosa bilo je prebivalište, a državljanstvo teritorijalne jedinice javljalo se kao supsidijarno rješenje.

[68] T. Rauscher, 733.

[69] Bruxellesska konvencija o nadležnosti i i priznanju i izvršenju presuda u bračnim predmetima (*Sl. list* C 221 od 16. 7. 1998.) služila je kao osnova za izradu Uredbe 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim predmetima i predmetima roditeljska odgovornosti za zajedničku djecu bračnih partnera, a ova je kasnije pretočena u Uredbu 2201/2003.

[70] A. Borrás, izvješće.

svjesno definiran[71], već je određivanje prepušteno sudskoj praksi. Sud EU je, kao što smo ranije spomenuli, oblikovao koncept „uobičajeno boravište“ u predmetu C-522/20 dvama elementima, odnosno, s jedne strane, namjerom zainteresirane osobe da na određenom mjestu odredi uobičajeno središte svojih interesa i, s druge strane, dovoljno stabilnom prisutnošću na državnom području dotične države članice.

Nadalje, pored prava Europske unije, uobičajeno boravište rasprostranjeno je u konvencijskom i usporednom međunarodnom privatnom pravu. Haške konvencije široko primjenjuju ovu poveznicu, te je upravo zahvaljujući njima uobičajeno boravište ušlo i u bosanskohercegovačko međunarodno privatno pravo.[72] Nacionalne kodifikacije međunarodnog privatnog prava nama susjednih država također su prebivalište zamijenile uobičajenim boravištem.[73] Također, reforma međunarodnog privatnog prava započeta u Srbiji ide u pravcu harmonizacije domaćeg prava sa pravom Europske unije što, između ostalog, podrazumijeva prihvaćanje uobičajenog boravišta.[74]

Koncept uobičajenog boravišta sa navedenim karakteristikama i razlozima njegovog uvođenja u pravo Europske unije smatramo prihvatljivim za bilo koju državu, pa tako i za Bosnu i Hercegovinu. Međutim, treba

---

[71] „To ne znači da se postojanje ili nepostojanje uobičajenog boravišta smije utvrđivati prema pravu svake države članice, već se traži da se taj koncept određuje autonomno imajući u vidu kriterije utvrđene unutra EU. Pored prakse sudova potrebno je navesti i Borrás izvještaj (1998) koji upućuje na definiciju pojma „stalno prebivalište“ dano od strane Suda EU u vezi sa primjenom Bruxellesske konvencije iz 1968. godine. Prema toj definiciji odlučujuće je „mjesto u kojem je osoba ustanovila, na postojanom temelju, stalno i uobičajno središte svojih interesa, dodijelila mu postojanost, pri čemu se za utvrđivanje tog boravišta trebaju uzeti u obzir sve bitne činjenične okolnosti.“ – Odluka u predmetu P. M. Fernandez v. Commission of the EC, od 15. 9. 1994., C-452/93, Zbirka odluka Europskog suda 1994I 4301, br. 22. S obzirom da je Uredba Brissel II (zamišljena kao *lex specialis*) potekla od Uredbe Brissel I (zamišljene kao *lex generalis*), općeprihvaćen je stav da bi oba akta trebala slijediti i ista načela. To znači da bi identične izraze trebalo tumačiti na isti način te bi i praksu Suda EU u vezi sa Uredbom Brissel I trebalo uzimati u obzir i u vezi sa Uredbom Brissel II, odnosno Uredbom Brissel IIa (Borrás izvješće (1998), tač. 6. Vid. I. Medić-Musa (2012), 58–59.

[72] Pogledati haške konvnecije kojim je pristupila Bosna i Hercegovina: Haška konvencija o formi testamenta iz 1961., Haška konvencija o mjerodavnom pravu za drumske nesreće iz 1971., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980., Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja za djecu i ostalih oblika porodičnog izdržavanja iz 2007.

[73] Vid. čl. 130 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 1/14, 6/14 – ispr., 11/14 i 47/15 – dr. zakoni. Repubilka Hrvatska u čl. 48 Zakona o međunarodnom privatnom pravu, *Narodne Novine Republike Hrvatske*, br. 101/17, upućuje na odredbe Uredbe 2201/2003;

[74] Više: B. Bordaš, „Harmonizacija domaćeg prava sa pravom Evropske unije na primeru razvoda braka sa stranim elementom“, *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava*, Kragujevac 2011, 169–186.

napomenuti da usvajanje uobičajenog boravišta ne znači automatski eliminaciju drugih kriterija za zasnivanje međunarodne nadležnosti u brakorazvodnim sporovima, kao npr. prebivališta ili državljanstva. Važno je naći balans između obaveza prema Europskoj uniji, trenda koji je primjetan u novijim reformama međunarodnog privatnog prava i trenutne društveno-političke situacije u Bosni i Hercegovini.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uredbe 2201/2003 i 2019/1111 značajan su izvor prava Europske unije koji reguliraju materiju prekograničnog razvoda braka. Njihovo donošenje predstavlja još jedan dokaz u prilog stajalištu da se porodičnopravna pitanja smatraju bitnim dijelom europskih integracija i da su države članice, unatoč značajnoj razlici koja postoji između materijalnopravnih, kolizionopravnih i jurisdikcionih rješenja nacionalnih pravnih poredaka, u stanju postići sporazum o jedinstvenim pravilima koja se odnose na neka od važnih porodičnopravnih situacija s međunarodnim elementom. Cilj obje Uredbe jeste ujednačavanje pravila o nadležnosti država članica u postupcima koji se odnose na razvod braka i uspostavljanje pojednostavljenog mehanizma priznanja odluka, a sve kako bi se omogućilo slobodno kretanje odluka u toj oblasti i doprinijelo ostvarivanju cilja Europske unije: stvaranje prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem će biti garantirano slobodno kretanje ljudi. Svojim rješenjima značajno su poboljšale i olakšale život građana Europske unije, što je od posebnog značaja u današnjem vremenu pojačane mobilnosti stanovništva.

Bosanskohercegovačke norme o međunarodnoj nadležnosti u brakorazvodnim sporovima zasnivaju se na kriterijima poznatim i prihvaćenim u zakonodavstvu Europske unije: foruma zajedničkog državljanstva, foruma tuženika i, pod određenim uvjetima, foruma tužitelja. Stoga je sasvim jasno da će reforma našeg procesnog međunarodnog privatnog prava, radi usklađivanja s pravom Europske unije, ići u pravcu prihvaćanja kao osnovnog, kriterija uobičajenog boravišta uz kriterij prebivališta, ili umjesto njega.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Alihodžić, Jasmina, *Razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, OFF-SET, Tuzla, 2012;
2. Boele-Woelki K,“Brüssell II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen“, *ZfRV* 4/2001;

3. Bordaš, Bernadet, „Harmonizacija domaćeg prava sa pravom Evropske unije na primeru razvoda braka sa stranim elementom“, *Savremena pitanja međunarodnog privatnog prava i evropskog privatnog prava*, Kragujevac 2011;
4. Dika, Mihajlo, Knežević, Gašo, Stojanović, Srđan, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu,* Beograd 1991;
5. Dornblüth, Sisanne, *Die europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen*, Tübingen 2003;
6. Duraković, Anita, „Reforma Uredbe Bruxelles IIa“, *Zbornik radova Pravo i vrijednosti*, Istočno Sarajevo 2019;
7. Duraković, Anita, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Europskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar 2016;
8. Hau, W, “Das System des internationaleEntscheidungszuständugkeit im europäischen Eheverfahrensrecht“, *FamRZ* 21/2000;
9. Hausmann, Rainer, “Neues internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union“, *EuLF* 5/ 2000/01;
10. Helms, Tobias, „Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in Europäischen Union“, *FamRZ* 23/2002;
11. Jäntära-Jareborg, M, “Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998. Europien Union Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)”, *Yearbook on Private International Law*, 1999;
12. Kohler, Christian, Pintens, W, “Entwicklung im europäischen Familien- und Erbrecht 2008. – 2009.“, *FamRZ* 18/2009;
13. Levante, Marco, *Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz*, St. Gallen/Lachen 1998;
14. Ljubanović, Boris, Petrašević, Tunjica et. al., *Procesno – pravni aspekti prava EU*, Osijek 2016;
15. Mansel, H.P, Thorn, K, Wagner, R, “Europäisches Kollisionrecht 2014: Jahr des Umbruchs“, *IPRax* 1/2015;
16. Medić-Musa, Ines, *Komenetar Uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi*, Osijek 2012;
17. Medić-Musa, Ines „Razvod braka i neki njegovi učinci u europskom pravosudnom prostoru“ *Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Osijek 2011;
18. Muminović, Edin, *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2006;
19. Muminović, Edin, *Procesno međunarodno privatno pravo*, Sarajevo 2006;
20. Pirring, J, “Europäische justitelle Zusammenarbeit in Zivilsachen – inbesondere das neue Scheidungsübereinkommene“, *ZEuP* 4/1999;
21. Rauscher, Tomas, *Kommentar*, München 2010;
22. Rauscher, Tomas, “Heimatlos in Europa? - Gedanke gegen eine Aufgabe des Staatsangörigkeitsprinzip im IPR“ *FS Erick Jayme* 2004;

23. Rürberg, S, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionrecht*, Dissertation, Konstanz 2005;
24. Schack, Haimo, “Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa“, *RabelsZ* 65/2001;
25. Sikirić, Hrvoje, „Bračni predmeti prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti i o ukidanju Uredbe (EZ) 1347/2000“, *Europsko obiteljsko pravo*, Zagreb 2013;
26. Sikirić, Hrvoje „Uredba (EZ) br. 2201/2003 i hrvatsko međunarodno procesno pravo“, *Zbornik radova „Evropski sodni prostor*“, 2005;
27. Šaula, Valerija, *Osnovi međunarodnog građanskog procesnog prava Republike Srpske*, Banja Luka 2008;
28. Traljić, Nerimana, Bubić, Suzana, *Bračno pravo*, Sarajevo 2007;
29. Varadi, Tibor, Bordaš, Bernadet, Knežević, Gašo, Pavić, Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2010;
30. Vuković, Đuro, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb, 1987;
31. Wagner, Rolf, “Überlegung zur Vereinheitlichung des Internationalen privatrechts in ehesachen in der Europäischen Union“, *FamRZ* 12/2003;
32. Župan, Mirela, „Međunarodna nadležnost u obiteljskopravnim stvarima – presjek pravne stečevine Europske unije“, *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Zagreb 2013.

Pravni propisi i dokumenti

1. Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – odluka US, 45/09, 61/13 i 109/21 – odluka US;
2. Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih država u određenim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 43/1982 i 72/1982;
3. Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, *Službeni list RBiH*, br. 13/1994;
4. Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – ZPP FbiH, *Službene novine FBiH*, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15;
5. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 1/14, 6/14 – ispr., 11/14 i 47/15 – dr. zakoni;
6. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, *Narodne Novine Republike Hrvatske*, br. 101/17;
7. Odluka o procedurama u postupku harmonizacije zakonodavstva BiH sa acquis communitaire, *Službeni glasnik BiH*, br. 44/2003;
8. Uredba sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakoni. *Službeni list RBiH*, br. 2/1992;
9. Borrás, A, *Erläuternder Bericht zu dem Übereikommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die*

Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, Sl. list EU C221/27 od 16. 7. 1998;

10. Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o primjeni Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000, COM (2014) 225 final;
11. Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, te o međunarodnoj otmici djece (preinaka), COM (2016) 411 final, 2016/0190 (CNS);
12. Sl. list EU, C 221 od 16. 7. 1998;
13. Sl. list EU, L 160 od 30. 3. 2000;
14. Sl. list EU, L 338 od 23. 12. 2001;
15. Sl. list EU L 178/1 od 2. 7. 2019;
16. Sl. list EU C 202/47 od 7. 6. 2016.

Sudska praksa

1. Odluka Suda EU u predmetu C-289/20 od 25. 11. 2021., ECLI:EU:C:2021:955;
2. Odluka Suda EU u predmetu C-522/20 od 10. 2. 2022., ECLI:EU:C:2022:87;
3. Odluka Suda EU u predmetu C-168/08 od 16. 7. 2009., ECLI:EU:C:2009:474;
4. Odluka Suda EU u predmetu C-68/07 od 29. 11. 2007, I-10405.

Internet izvori

1. *https://epthinktank.eu/2014/05/28/international-parental-child-abduction/*;
2. *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces*;
3. Vijeće ministara BiH, *http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default-.aspx?id=1172&langTag=bs-BA*;
4. Europski portal E-pravosuđa, *file:///C:/Users/user/Downloads/2610-2022_hr.pdf*.

Associate Professor Anita Duraković, LL.D.

Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ Mostar

Full Professor Jasmina Alihodžić, LL.D.

Faculty of Law, University of Tuzla

INTERNATIONAL JURISDICTION IN DIVORCE DISPUTES IN THE EUROPEAN UNION AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The increased mobility of the population within the European Union that we are witnessing today, as well as the fact that young people decide to marry a national of another country much more easily than before, regardless of differences in language, culture and religion, lead to a growing number of "international marriages". Consequently, the number of international divorces has also increased. The legislator of the European Union, aware of this problem and the fact that any unification leads to the mitigation of differences which inevitably exist in the legal systems of European countries, took specific steps that resulted first in the adoption of Brussels Convention II from 1998, then Regulation 1347/2000, which was replaced by Regulation 2201/2003, and ultimately, in the adoption of Regulation 2019/1111. In all the instruments mentioned, the matter of international jurisdiction in divorce disputes is regulated similarly; that is, there were no significant interventions, although there were specific disputed issues. It was the Court of Justice of the EU with its decisions, especially the decision in case C-522/20, that removed particular dilemmas which had been the subject of many discussions for almost a quarter of a century and, thereby, contributed to a welcome calm in the area of European family law, where in recent years there have been significant differences between the fundamental legal and political beliefs of member states. This decision and legislative activities within the European Union are important for Bosnia and Herzegovina, given its international obligations arising from the Stabilization and Association Agreement. If we compare the solutions of the European Union with those of Bosnia and Herzegovina, it is evident in which direction the future reform in this area should go.

Key words: *International jurisdiction; Divorce dispute; Decisions of ECJ; Legislative activities; Proposals de lege ferenda.*

UDK/UDC 341:347.615
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

Doc. dr. sci. Katja Drnovšek
Prof. dr. sci Suzana Kraljić

Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

PREŽIVLJANJE OTROK – ANALIZA PRIMEROV Z MEDNARODNIM ELEMENTOM

Že tako kompleksno vprašanje izterjave preživnine, ki je en od ključnih dejavnikov za zagotovitev otrokove koristi v vseh primerih, v katerih otrok ne živi z osebami, ki so ga dolžne preživljati, v mednarodnem okolju pridobiva dodatne dimenzije. Mednarodne konvencije, dvostranski in večstranski sporazumi ter evropska zakonodaja, na čelu s Haaško konvencijo o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin s Haaškim protokolom ter Uredbo Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah, so nedvomno olajšale čezmejno izterjavo preživninskih zahtevkov v primerih, kadar preživninski zavezanec ne prebiva v Republiki Sloveniji. Kljub temu pa se v praksi pojavljajo nekatere nejasnosti, ki begajo udeležence v postopkih. To negotovost gre vsaj deloma pripisati množičnosti uporabljivih pravnih aktov in posledični raznolikosti situacij glede na državo bivališča preživninskega zavezanca in upravičenca, ki še stopnjuje splošno bojazen strank pred mednarodnimi postopki. Prispevek bo podal splošni pregled slovenske ureditve pravice do preživnine in posebnosti izterjave neplačanih preživnin pred slovenskimi sodišči, nato pa se bo osredotočil na analizo slovenske sodne prakse na področju preživnin z mednarodnim elementom, pri čemer bo posebna pozornost namenjena ovrednotenju uporabe evropskih in mednarodnih pravnih aktov pred slovenskimi sodišči ter morebitnim težavam, s katerimi se srečujejo udeleženci v postopkih.

Ključne besede: Pravica do preživnine; Izterjava preživnine; Preživljanje otrok; Čezmejni spor; Preživninski zavezanec; Preživninski upravičenec; Pristojnost.

Katja Drnovšek, *katja.drnovsek@um.si.*
Suzana Kraljić, *suzana.kraljic@um.si.*

1. UVOD

Preživljanje otrok je eden od najpomembnejših elementov starševskih pravic in odgovornosti, saj otrokom zagotavlja materialno in čustveno varnost, posledično pa omogoča njihov zdravi razvoj in sčasoma prehod v uspešno samostojno življenje. V čedalje bolj globaliziranem svetu se povečuje število čezmejnih družinskih zadev, vključno s preživninskimi spori, ki predstavljajo precejšen izziv tako za sodišča kot tudi za udeležence v tovrstnih postopkih, še posebej zaradi ranljivega položaja mladoletnih otrok in zahteve po zaščiti njihovih interesov. Republiko Slovenijo na področju izterjave preživnin poleg nacionalne zakonodaje zavezujejo tudi številni pravni akti EU, mednarodne konvencije in drugi sporazumi, njihova ustrezna uporaba v posameznem primeru pa ni vedno popolnoma jasna. Kot država, ki je bila do vstopa Hrvaške v EU geografsko locirana na sami meji EU, tudi sicer pa je preko gibanj na trgu dela tesno povezana tako z delavci in delodajalci iz držav članic kot tudi nečlanic, se Slovenija srečuje z zelo raznolikimi primeri kar se tiče pristojnosti in uporabljivega prava. Najpomembnejša pravna akta v postopkih z mednarodnim elementom ostajata Haaška konvencija o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin[1] oziroma spremljajočo Haaški protokol[2] ter Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah (v nadaljevanju: Uredba št. 4/2009),[3] ki sta bistveno olajšala čezmejno izterjavo preživninskih zahtevkov. Kljub temu pa so se slovenska sodišča – kot tudi sodišča v drugih državah – pri uporabi teh aktov srečala z nekaterimi splošnimi problemi, ki zmanjšujejo njihovo učinkovitost in odvračajo udeležence od sodnega uveljavljanja svojih pravic.

Članek se bo osredotočil na slovensko izkušnjo z izterjavo neplačanih preživnin za otroke, pri čemer bo najprej podal splošen pregled slovenske ureditve pravice do preživnine in njenega uveljavljanja ter posledice neplačila zapadlih preživninskih obrokov. Predstavljene določbe namreč zavezujejo sodišča in udeležence tako v povsem nacionalnih preživninskih sporih kot tudi sporih z mednarodnim elementom, v katerih se uporabi slovensko pravo. V nadaljevanju se bo osredotočil na sodno prakso sloven-

---

[1] *<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:192:0051:-0070:SL:PDF>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[2] Protokol z dne 23. novembra 2007 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti; *<https://assets.hcch.net/docs/535df2a7-47df-439c-9890-bd6e715b842c.pdf>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[3] Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah, OJ L 7, 10. 1. 2009, 1–79.

skih sodišč v zadevah, kjer preživninski upravičenec in zavezanec bivata v različnih državah, zaradi česar so udeleženci naleteli na kompleksna vprašanja glede pristojnosti slovenskih sodišč, uporabljivega prava ali v katerih so se nakazali drugi problemi, povezani s čezmejnimi spori (npr. uporaba jezika, nezaupanje v tuje pristojne organe ali nepoznavanje tujega prava). Prispevek bo na podlagi predstavitve konkretnih primerov, v katerih se delovanje slovenske zakonodaje prepleta z mednarodnimi instrumenti, izpostavil najpogostejše težave, ki so se dejansko – in ne zgolj hipotetično – pokazale v praksi. Avtorici upata, da bo s tem spodbudil dodaten razmislek o pomanjkljivostih trenutne ureditve in njihovih posledicah za praktično delovanje pravnih instrumentov v čezmejnih preživninskih sporih, hkrati pa podal koristne informacije o slovenski ureditvi na tem področju, ki bodo koristne tako za strokovnjake s področja družinskega prava kot za širšo javnost, ki se zanima za problematiko čezmejne izterjave preživnin za otroke in za zaščito otrokovih pravic na tem področju.

2. PREGLED PRAVNE UREDITVE PREŽIVLJANJA OTROK V REPUBLIKI SLOVENIJI

2.1. Pomen obveznosti preživljanja otroka

Pravice in dolžnosti staršev izhajajo iz 54. člena Ustave Republike Slovenije,[4] ki v prvem odstavku določa, da imajo starši pravico in dolžnost vzdrževati, izobraževati in vzgajati svoje otroke. Ta pravica in dolžnost se staršem lahko odvzame ali omeji samo iz razlogov, ki jih zaradi varovanja otrokovih koristi določa zakon. 137. člen Družinskega zakonika (DZ)[5] natančneje opredeljuje, da morajo starši skrbeti za življenje in zdravje svojih otrok, jih varovati, negovati in vzgajati ter nadzorovati; jim omogočiti zdravo rast, skladen osebnostni razvoj in usposobitev za samostojno življenje in delo; jih preživljati v skladu z zakonom; ter po svojih močeh skrbeti za njihovo šolanje in strokovno izobrazbo glede na njihove sposobnosti, nagnjenja in želje. Obveznosti staršev torej vključujejo tudi obveznost preživljanja otrok kot temeljno dolžnost, ki zagotavlja izpolnjevanje otrokovih temeljnih materialnih in drugih življenjskih potreb, s tem pa predstavlja tudi predpogoj za otrokov razvoj in njegovo eventualno osamosvojitev. Pravica otroka do preživljanja se v marsičem razlikuje od drugih premoženjskopravnih pravic in obveznosti, med drugim po svojem imperativnem značaju (otrok se pravici do preživljanja ne more odpovedati), stro-

[4] *Uradni list RS*, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

[5] *Uradni list RS*, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US in 5/23.

go osebni naravi (ni je mogoče prenesti na drugo osebo niti v času življenja niti za primer smrti), temelji na načelu vzajemnosti, ne zastara (zastarajo lahko samo posamezni neplačani obroki), daje se samo za prihodnost, že plačana preživnina se ne vrača, itd.[6]

Dokler starša živita skupaj, oba prispevata k preživljanju otroka v okviru življenjske skupnosti tako, da mu skupaj zagotavljata bivališče, hrano, obleke, krijeta stroške izobraževanja, prostočasnih aktivnosti, in drugih potreb. Načeloma ga preživljata v skupnem gospodinjstvu, DZ pa v 194. členu dopušča tudi možnost, da ga preživljata na druge načine, kadar bi bilo preživljanje v skupnem gospodinjstvu v nasprotju s koristjo otroka. Drugi načini preživljanja pridejo v poštev npr. pri otrocih, ki so odvzeti staršem in nameščeni k drugi osebi, v rejništvo ali zavod, pa tudi pri otrocih, ki se šolajo v oddaljenem kraju, vsakodnevna dolga vožnja med krajem bivanja in krajem šolanja pa ne bi bila v njihovo korist.[7] Pri tem je smiselno poudariti, da tisti od staršev, ki mu je odvzeta ali omejena starševska skrb, ni oproščen obveznosti preživljanja otroka, prav tako pa niso oproščeni te obveznosti starši, katerih otrok je nameščen k drugi osebi, v rejništvo ali zavod ter starši, katerih otrok je postavljen pod skrbništvo. V takšnih primerih morajo starši otroka preživljati s plačevanjem mesečnih obrokov preživnine (184. člen DZ). Podobno velja za primere, kadar starša otroka ne preživljata v skupnem gospodinjstvu zaradi razpadle življenjske skupnosti; tisti od staršev, ki ne živi z otrokom, mora k njegovemu preživljanju prispevati preživnino v mesečnem znesku (peti odstavek 183. člena DZ).[8]

Obveznost preživljanja je vzajemna, kar pomeni, da mora tudi polnoletni otrok po svojih zmožnostih preživljati starše, če ti nimajo dovolj sredstev za življenje in si jih ne morejo pridobiti, vendar najdlje toliko časa, kot so starši dejansko preživljali njega. Polnoletnemu otroku ni treba preživljati tistega od staršev, ki iz neupravičenih razlogov ni izpolnjeval preživninskih obveznosti do njega (185. člen DZ). Polnoletni otroci lahko prosto izbirajo med več možnostmi glede preživljanja: preživnino lahko plačujejo v denarju, starša lahko vzamejo k sebi v preživljanje (ga preživ-

[6] Za več o tem glej S. Kraljić, *Družinski zakonik s komentarjem*, Poslovna založba MB, Maribor, 2019, 610 in nasl.; K. Zupančič, *Družinsko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1999, 163; S. Kraljić, L. Burkelc Juras, “Child maintenance for adult children who are studying: Slovenian legal regulation and the contemporary case-law”, *The international survey of family law: published on behalf of the International Society of Family Law*, 2016, 411–455.

[7] B. Novak, *Družinsko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2017, 238; Predlog Družinskega zakonika z dne 20. 12. 2016, 21, *<https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/63a46860fbf7173032-be6b1684a9ebc5cd21110e1eed4c737ad1c674c8a1ce5f>* (dostop dne 19. 4. 2023).

[8] Glej tudi S. Kraljić, 610.

ljajo v svojem gospodinjstvu), poskrbijo za preživljanje starša na drug način, npr. s plačevanjem namestitve v socialnovarstvenem zavodu ali z dajanjem preživnine v naravi.[9]

DZ določa tudi obveznost zakonca ali zunajzakonskega partnerja, da preživlja otroka svojega zakonca ali zunajzakonskega partnerja, ki živi z njima, razen če je otroka sposoben preživljati ta ali drugi od staršev (subsidiarna obveznost). Ta obveznost preneha s prenehanjem njegove zakonske zveze ali zunajzakonske skupnosti z otrokovo materjo ali očetom, razen če je razlog za prenehanje smrt otrokovega starša. V tem primeru mora preživeli zakonec ali zunajzakonski partner preživljati otroka svojega umrlega zakonca ali zunajzakonskega partnerja še naprej, vendar samo, če sta živela z otrokom ob prenehanju zakonske zveze ali zunajzakonske skupnosti (187. člen DZ).[10]

2.2. Trajanje obveznosti preživljanja otroka

Prej veljavni Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)[11] je v izvirni različici iz leta 1976 določal, da obveznost staršev, da preživljajo svoje otroke, preneha, ko otrok dopolni 18 let starosti. Polnoletni otroci, ki so želeli nadaljevati šolanje, so se bili zato prisiljeni zanašati na prostovoljno finančno podporo staršev ali pa si zagotoviti lastne prihodke. Polnoletni dijaki in študenti, ki so sredstva za svoje preživljanje pridobivali z delom ob študiju, so se zaradi dodatnih obveznosti in časovnih obremenitev pogosto znašli v neenakem položaju v primerjavi z vrstniki, ki so lahko računali na pomoč staršev, posledično pa so bile otežene njihove možnosti za uspešen zaključek študija. Z novelo ZZZDR-C[12] iz leta 2004 je bila zato med drugim spremenjena določba drugega odstavka 123. člena ZZZDR, ki je starše zavezovala k preživljanju otroka, ki se redno šola (tudi če se redno šola vpisan na izredni študij), tudi po polnoletnosti, vendar največ do dopolnjenega šestindvajsetega leta starosti. Čeprav je spremenjena določba nedvomno bistveno prispevala k izboljšanju finančnega položaja polnoletnih študentov, ki so stremeli k višji izobrazbi in poklicnim kvalifikacijam, je bila hkrati podvržena kritikam zaradi svoje

[9] S. Kraljić, 623–624; B. Novak, 243–244.

[10] Glej tudi S. Kraljić, 625; Novak, 240–242.

[11] *Uradni list SRS*, št. 15/76, 30/86 – ZNP, NPB1, 1/89, NPB2, 14/89, *Uradni list RS*, št. 13/94 – ZN, NPB3, 26/99 – ZPP, NPB4, 70/00 – ZZNPOB, NPB5, 64/01, NPB6, 110/02 – ZIRD, NPB7, 42/03 – odl. US, NPB8, 16/04, NPB9, 69/04 – UPB1, NPB10, 101/07 – odl. US, NPB11, 90/11 – odl. US, NPB12, 84/12 – odl. US, NPB13, 82/15 – odl. US, NPB14, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVI.

[12] Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – ZZZDR-C, *Uradni list RS*, št. 16/04.

nedorečenosti in dejstva, da nekateri študijski programi v Republiki Sloveniji trajajo dlje od drugih (npr. študij medicine traja najmanj šest let).[13]

Nekatere od teh pomislekov je naslovil DZ, ki je v 183. členu natančneje opredelil trajanje preživninske obveznosti staršev. V osnovi morajo starši preživljati svoje otroke do polnoletnosti, tako da v skladu s svojimi zmožnostmi zagotovijo življenjske razmere, potrebne za otrokov razvoj. Po polnoletnosti morajo preživljati tudi:

- otroka, ki je vpisan v srednješolsko izobraževanje, če se redno šola in ni zaposlen ter ni vpisan v evidenco brezposelnih oseb, in sicer le do prvega zaključka srednješolskega izobraževanja oziroma do pridobitve najvišje ravni splošne oziroma strokovne izobrazbe, ki jo je po predpisih s področja srednjega šolstva možno pridobiti.
- otroka, ki je vpisan v višješolski strokovni študij, če se redno šola in ni zaposlen ter ni vpisan v evidenco brezposelnih oseb, in sicer le do prvega zaključka višješolskega strokovnega študija v skladu z določbami zakona, ki ureja višješolsko strokovno izobraževanje.
- otroka, ki je vpisan v visokošolski študij, če se redno šola in ni zaposlen ter ni vpisan v evidenco brezposelnih oseb, in sicer le do prvega zaključka dodiplomskega študija ali do prvega zaključka magistrskega študijskega programa ali enovitega magistrskega študijskega programa v skladu z določbami zakona, ki ureja visoko šolstvo.

Če študijski program, v katerem se otrok šola, traja več kakor štiri leta, se obveznost preživljanja podaljša za toliko, kolikor je daljši študijski program. Obveznost preživljanja v vsakem primeru traja najdlje do otrokovega dopolnjenega 26. leta starosti. Če otrok do takrat ne dokonča študija, do preživljanja kljub temu več ni upravičen. Vredno je poudariti, da je slovenska sodna praksa natančno opredelila vsebino standarda »rednega šolanja«, ki tako ni odvisno od formalnega statusa študenta, pač pa je za obstoj tega pogoja ključno predvsem, da otrok redno in pravočasno opravlja šolske oziroma študijske obveznosti na programu, ki vodi do javno priznane izobrazbe. Do preživnine je zato lahko upravičen otrok, ki ni formalno vpisan v študijski program (npr. ponavlja letnik oziroma mu miruje status zaradi enega od zakonsko predpisanih utemeljenih razlogov, kot so bolezen, nosečnost, skrb za bližnjega), po drugi strani pa do preživljanja ne bo upravičen polnoletni otrok, ki je sicer redno vpisan, vendar ne obiskuje vaj, prejema negativne ocene oziroma drugače ne opravlja svojih obveznosti.[14]

[13] Glej npr. S. Kraljić, L. Burkelc Juras, 411–455.

[14] Vrhovno sodišče RS, sodba II Ips 268/99 z dne 30. 6. 1999; Vrhovno sodišče RS, sklep II Ips 821/2007 z dne 15. 11. 2007; Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 1337/2015 z dne 13. 5. 2015; Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 3713/2005 z dne 7. 9. 2005; Višje

Obveznost preživljanja preneha, če otrok sklene zakonsko zvezo ali živi v zunajzakonski skupnosti; v takšnem primeru so starši otroka dolžni preživljati le, če ga ne more preživljati zakonec ali zunajzakonski partner (subsidiarna obveznost preživljanja otroka) (četrti odstavek 183. člena DZ). Ta določba se nanaša tako na mladoletne kot tudi na polnoletne otroke, seveda pa so polnoletni otroci upravičeni do preživljanja le, če so izpolnjeni tudi vsi drugi zakonski pogoji.[15]

2.3. Višina preživnine

Preživnina se vedno določi individualno, in sicer glede na potrebe upravičenca ter materialne in pridobitne zmožnosti zavezanca (189. člen DZ). Odločitev o višini preživninskega bremena je vrednotna in ne matematična odločitev. Gre za določitev vrednotnega razmerja (ravnotežja) v vrednotnem trikotniku: potrebe upravičenca – preživninska sposobnost preživninskega zavezanca – preživninske sposobnosti drugega starša. Naloga sodišča je, da oriše potrebe otroka. To stori tako, da najprej ugotovi otrokovo starost, upošteva splošno znana dejstva o potrebah otroka takšne starosti ter nazadnje upošteva posebnosti konkretnega otroka. Pri takšnem orisu se opira na dejstva ter oceni okviren znesek, ki je potreben za zagotovitev otrokovih potreb (te niso numerično ugotovljive, pa tudi vsak mesec niso enake). Nato ugotovi, kakšne so preživninske zmožnosti obeh staršev. Sklepni korak pa je določitev preživninskega bremena.[16] Višina mora biti določena glede na potrebe konkretnega otroka in ne, na primer, kot povprečni znesek za kritje potreb otrok določene starosti. Slovenski pravni red ne pozna fiksno določenih zneskov preživnine, ki naj bi bila primerna za določeno starostno skupino.[17]

Pri odmeri preživnine za otroka mora sodišče upoštevati korist otroka, tako da je preživnina primerna za zagotavljanje njegovega uspešnega telesnega in duševnega razvoja. Zajemati mora stroške otrokovih življenjskih potreb, zlasti stroške prebivanja, hrane, oblačil, obutve, varstva, izobraževanja, vzgoje, oddiha, razvedrila in drugih posebnih potreb (190. člen DZ). Pri določanju primerne višine preživnine, mora sodišče upoštevati lestvico temeljnih potreb in dati prednost tistim, ki so bistvene za preživetje. Ko je poskrbljeno za osnovne potrebe, pa lahko sodišče upošteva tudi stroške,

sodišče v Mariboru, sklep I Ip 428/2017 z dne 10. 7. 2017. Glej tudi B. Novak, 234 in S. Kraljić, 619.

[15] Glej tudi S. Kraljić, 612; K. Zupančič, 160; Predlog Družinskega zakonika, 21.

[16] T. Pavčnik, ‘Narava, Ustava in nekatera preživninska vprašanja’, *Pravna praksa,* 10/2014, 11–12; glej tudi S. Kraljić, L. Burkelc Juras, 411–455; S. Kraljić, 627; Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 234/2011 z dne 16. 2. 2011; Višje sodišče v Ljubljani, sodba in sklep IV Cp 58/2013 z dne 30. 1. 2013.

[17] B. Novak, 229; Predlog Družinskega zakonika, 20.

povezane z izpolnjevanjem drugih potreb, kot npr. razvedrilo in prosti čas. Čeprav je otrokove potrebe mogoče razločevati po nujnosti njihovega zadovoljevanja, preživnina namreč ni omejena le na zadovoljevanje potreb, glede katerih je izkazana določena stopnja nujnosti, temveč mora kriti vse potrebe, ki so otroku v korist. Obseg potreb, ki bodo pokrite s preživnino, bo zato odvisen od preživninskih zmožnosti obeh staršev; večje so finančne zmožnosti staršev, večje je lahko njuno finančno breme, in obratno.[18] To lahko navsezadnje privede do t. i. nadstandardnih preživnin, višina katerih je navzgor omejena zgolj s koristjo otroka.[19]

Preživninska zmožnost staršev se pri mladoletnih otrocih presoja strožje. Starši imajo namreč dolžnost, da storijo vse, kar je v njihovi moči, da pridobijo zadostna sredstva za preživljanje svojih otrok. Tako šteje, da na višino preživnine ne more vplivati poslabšanje premoženjskega stanja, ki bi ga preživninski zavezanec sam povzročil (npr. ne prizadeva si poiskati zaposlitve ali razpolaga s premoženjem, da bi se izognil plačilu preživnine). Prav tako delovna nezmožnost ni opravičilo za neplačevanje preživnine, če ima zavezanec drugo premoženje oziroma druge vrste prihodka.[20] Ko bo sodišče presojalo finančne zmožnosti starša, bo zato upoštevalo njihovo redno plačo, pa tudi druga finančna sredstva, redne in izredne prihodke ter splošno finančno stanje.[21]

Preživninska obveznost se razdeli med vse osebe, ki so dolžne koga preživljati, in sicer po njihovih zmožnostih in tudi glede na to, koliko skrbi in pomoči je bil kdo deležen (186. člen DZ). Sodišče mora pri določanju višine preživnine upoštevati premoženjske zmožnosti staršev, pa tudi, kdo nosi večje breme varstva in vzgoje.[22] Preživnina se določi v mesečnem znesku in za naprej, zahteva pa se lahko od dneva vložitve tožbe ali predloga za določitev preživnine. Če se potrebe upravičenca ali zmožnosti zavezanca kasneje spremenijo, sodišče na zahtevo ali predlog upravičenca ali zavezanca zviša, zniža ali odpravi z izvršilnim naslovom določeno preživnino (196. in 197. člen DZ). Sodišče lahko zahtevku ugodi le v primeru bistveno spremenjenih okoliščin (*rebus sic stantibus*).[23] Enkrat letno – v januarju – se njena višina uskladi z indeksom rasti cen življenjskih potreb-

[18] Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 472/2018 z dne 25. 5. 2018; Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 1506/2019 z dne 11. 12. 2019.

[19] Za več o tem glej S. Kraljić, K. Drnovšek, “Maintenance obligations towards adult children in the Republic of Slovenia”, *Porodično pravo u eri globalizacije: zbornik radova*, 2020, 42–57.

[20] Predlog Družinskega zakonika, 20.

[21] K. Zupančič, 159–160; M. Končina Peternel, 'Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori', *Pravosodni bilten* 1/2005, 48; B. Novak, 227.

[22] K. Zupančič, 162; B. Novak, 228.

[23] Za več o tem glej S. Kraljić, 630–631 in B. Novak, 245.

ščin v Republiki Sloveniji. Center za socialno delo pisno obvesti upravičenca in zavezanca o vsakokratni uskladitvi in novem znesku preživnine. Obvestilo centra za socialno delo je skupaj s sodno poravnavo, pravnomočno sodno odločbo ali izvršljivim notarskim zapisom izvršilni naslov (198. člen DZ).

3. POSLEDICE NEPLAČEVANJA PREŽIVNINE

Zaradi ranljivosti položaja preživninskega upravičenca, še posebej mladoletnega, imajo neporavnane preživninske terjatve v slovenskem izvršilnem pravu poseben položaj, vzpostavljene pa so tudi druge pravne možnosti, namenjena uspešnejši izterjavi preživnine, kot je npr. zagotavljanje nadomestila preživnine preko Javnega štipendijskega, razvojnega, invalidskega in preživninskega sklada Republike Slovenije, ter kazenski pregon zavezancev, ki se izogibajo plačevanju.

3.1. Posebnosti izvršbe neplačanih preživnin

Kadar preživninski zavezanec ne plačuje zapadlih preživninskih obrokov, se za izterjavo njegovih obveznosti primarno uporabijo določbe Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ),[24] in sicer pravila za izterjavo denarnih terjatev. Preživninski upravičenec mora vložiti predlog za izvršbo, v katerem morajo biti navedeni: upnik (preživninski upravičenec), dolžnik (preživninski zavezanec), izvršilni naslov, navedba dolžnikove obveznosti (mesečni znesek in dan mesečne dospelosti, stroški, obdobje teka zamudnih obresti), sredstvo ter predmet izvršbe in drugi podatki, ki so potrebni, da se izvršba lahko opravi.[25] Na spletnih straneh Ministrstva za pravosodje, sodišč, nekaterih drugih organov, je dostopen tipski obrazec predloga za izvršbo zaradi izterjave preživnine (z navodili), ki upniku olajša začetek postopka tudi brez pomoči odvetnika ali drugega zastopnika.[26]

Izvršilni naslov je lahko pravnomočna sodna odločba (v kateri je, med drugim, določena preživnina); sporazum staršev o preživnini, potrjen v nepravdnem postopku, ali sodna poravnava; začasna odredba o varstvu in preživljanju skupnih otrok, ki jo izda sodišče na predlog stranke ali po uradni dolžnosti med postopkom v zakonskih sporih in sporih iz razmerij med

[24] *Uradni list RS*, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M, 23/20 – SPZ-B, 36/21, 81/22 – odl. US in 81/22 – odl. US.

[25] Za več o tem glej D. Volk, *Izvršba: izterjava denarnih terjatev*, Poslovna založba MB, Maribor 2015, 55–59.

[26] Obrazci in navodila so dostopni na povezavi <*https://sodisce.si/sodni_postopki-/obrazci/2016050913194578/*> (dostop dne 24. 4. 2023).

starši in otroki; sporazum v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa; ali odločba o pravici do nadomestila preživnine (skupaj z obvestilom Preživninskega sklada o uskladitvi preživnine). Izvršilni naslov je primeren za izvršbo, če so v njem navedeni upnik in dolžnik ter predmet, vrsta, obseg in čas izpolnitve obveznosti. V predlogu za izvršbo ga je treba natančno opredeliti (za sodbo, sklep ali sodno poravnavo je treba navesti sodišče, ki je sodno določbo izdalo, datum izdaje in opravilno številko zadeve; za dogovor o preživnini, sklenjen pred CSD, številko zadeve in datum sklenitve dogovora; za notarski zapis navedbo notarja, številke zadeve in datuma sestave zapisa). Praviloma bo obvezna priloga tudi obvestilo CSD o uskladitvi preživnine, če je že bilo izdano in se je znesek preživnine spremenil. Če se predlaga izvršba za preživnino po upnikovi polnoletnosti, je treba priložiti še dokazilo o rednem šolanju (potrdilo o vpisu) za izterjevano obdobje. Sodna taksa se ob vložitvi predloga ne plača.[27]

Upnik lahko v predlogu za izvršbo predlaga več sredstev izvršbe (prodajo premičnine, prodajo nepremičnine, prenos denarne terjatve, unovčenju drugih premoženjskih oz. materialnih pravic in nematerializiranih vrednostnih papirjev, prodajo deleža družbenika in prenos sredstev, ki so pri organizaciji za plačilni promet). Sodišče bo dovolilo izvršbo za poplačilo terjatve s tistimi sredstvi in na tistih predmetih, ki so navedeni v predlogu, na dolžnikov predlog pa lahko omeji dovoljeno izvršbo tako, da se ta opravi samo na nekatera sredstva ali nekatere predmete, ali pa določi tudi drugo sredstvo izvršbe namesto tistega, ki ga je predlagal upnik, če zadoščajo za poplačilo terjatve.[28]

V izvršilnem postopku je sodišče v skladu z načelom stroge formalne legalitete vezano na izvršilni naslov.[29] Način izpolnitve denarne obveznosti (npr. na roko, na tekoči račun), zaobsežen v izreku sodne odločbe, zaradi pravnomočnosti veže tako stranki postopka kot tudi izvršilno sodišče ob dovolitvi sklepa o izvršbi in pri odločanju o ugovoru. Pravilnost izpolnitve se presoja strogo in dolžnik lahko svojo obveznost pravilno izpolni le na način, kot mu to nalaga izvršilni naslov. Drugačne izpolnitve ni mogoče šteti za pravilno (npr. otroku se kupi draga igrača namesto plačila denarnega zneska) in obveznost ne preneha, razen kadar je bil drugačen način dogovorjen ali ga je odobril zakoniti zastopnik preživninskega upravičenca. Tako soglasje ali odobritev je torej edina izjema, breme dokazovanja

[27] Glej tudi Navodilo za izpolnjevanje tipskega predloga za izvršbo zaradi izterjave preživnine, <*https://sodisce.si/mma_bin.php?static_id=20190404134708*> (dostop dne 24. 4. 2023).

[28] Za več o tem glej D. Volk, 127.

[29] Glej npr. V. Rijavec, *Civilno izvršilno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2003, 63.

takega dejstva v ugovornem postopku pa je na dolžniku.[30] Kljub temu se v slovenski sodni praksi pojavljajo težnje po omilitvi in odstopu od tega stališča v izjemnih in tehtno utemeljenih primerih.

ZIZ postavlja preživninske terjatve v privilegiran položaj v primerjavi z drugimi denarnimi terjatvami. Poleg tega, da imajo prednosti vrstni red pri nekaterih izvršilnih sredstvih (tudi pri izvršbi na nepremičnine, 197. in 198. člen ZIZ),[31] 102. člen ZIZ med omejitvami izvršbe med drugim navaja, da je v okviru izvršbe na dolžnikovo plačo in druge stalne denarne prejemke ter dolžnikova denarna sredstva pri organizacijah za plačilni promet mogoče seči do dveh tretjin prejemkov, na katere se seže z izvršbo, vendar tako, da dolžniku ostane najmanj znesek v višini 76 % minimalne plače, če mora koga preživljati (za terjatve iz naslova zakonite preživnine pa najmanj 50 %).[32] Enaki zneski morajo dolžniku ostati pri izplačevanju upravne izplačilne prepovedi, pri čemer imajo terjatve iz naslova zakonite preživnine tudi prednost pred upravno izplačilno prepovedjo (135. člen ZIZ).

Pravice, iz katerih izvirajo občasne terjatve, načeloma zastarajo v petih letih, odkar je zapadla najstarejša neizpolnjena terjatev, po kateri dolžnik ni izvršil nobene dajatve več. Upnik s tem ne izgubi upnik le pravice zahtevati bodoče občasne dajatve, temveč tudi pravico terjati občasne dajatve, ki so zapadle pred tem zastaranjem. Pravica do preživljanja je izjema od te določbe, saj skladno s tretjim odstavkom 348. člena Obligacijskega zakonika (OZ)[33] pravica do preživljanja, ki gre komu po zakonu, ne more zastarati. Šteje se namreč, da je preživninska pravica tako tesno zvezana z osebnostjo, da zahteva posebno varstvo. To se nanaša na samo pravico preživljanja, ne pa tudi na terjatve občasnih dajatev na tej osnovi.[34] Občasne terjatve – kamor sodijo tudi posamezni mesečni preživninski obroki – ki dospevajo letno ali v določenih krajših časovnih presledkih, zastarajo v treh letih od zapadlosti vsake posamezne dajatve, terjatve, ki so bile ugotovljene s pravnomočno sodno odločbo ali z odločbo drugega pristojnega organa ali s poravnavo pred sodiščem ali drugim pristojnim organom, pa zastarajo v desetih letih (347. in 356. člen OZ). Zastaranje tudi v teh primerih ne teče med starši in otroki (pa tudi ne med zakoncema, zunajzakonskima par-

[30] Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Ip 1310/2020 z dne 30. 9. 2020; Višje sodišče v Ljubljani, sodba in sklep IV Cp 2465/2016 z dne 11. 10. 2016.

[31] D. Volk, 276; Glej tudi A. Drev, 'Prisilna izterjava preživninskih terjatev – odprti problemi v teoriji in praksi', *Pravna praksa* 46/2013, priloga; A. Drev, 'Spremembe v zvezi z izterjavo preživninskih terjatev po noveli ZIZ-J', *Pravna praksa* 35/2014, 6–8.

[32] Za več o tem glej D. Volk, 138–139; V. Rijavec, 156.

[33] *Uradni list RS*, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

[34] J. Šinkovec, B. Tratar, *Obligacijski zakonik: s komentarjem in sodno prakso*, Oziris, Lesce 2001, 319; N. Plavšak, M. Juhart (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, splošni del – 2. knjiga, GV založba, Ljubljana 2003, 474.

tnerjema ali med varovancem in skrbnikom) (358. člen OZ). Zakon namreč upošteva, da med družinskimi člani v mirnem sožitju ni mogoče pričakovati, da bodo drug drugega tožili pred sodiščem.[35] Terjatev, ki izvira iz zakonite obveznosti preživljanja, tudi ne more prenehati s pobotom (316. člen OZ).

Upnik lahko predlaga tudi izvršbo za izterjavo občasnih dajatev iz naslova zakonite preživnine, ki ob vložitvi predloga še niso zapadle, a bodo zapadle v določenih časovnih presledkih v obdobju največ dveh let od vložitve predloga. V tem primeru bo sodišče dovolilo izvršbo tudi za nezapadle mesečne dajatve, a bo ta odložena do nastopa njihove zapadlosti. Dolžnikov dolžnik ali organizacija za plačilni promet bo v takem primeru po zapadlosti posamezne mesečne preživninske dajatve njen znesek plačala na upnikov transakcijski račun, ne da bi bilo treba ponovno vložiti izvršilni predlog. Možni sredstvi izvršbe za izterjavo nezapadlih preživninskih obveznosti sta izvršba na dolžnikove stalne denarne prejemke in izvršba na dolžnikova denarna sredstva pri organizacijah za plačilni promet (106. in 143. člen ZIZ), v zvezi z drugimi sredstvi izvršbe pa ZIZ ne predvideva možnosti, da bi bilo izvršbo mogoče dovoliti tudi za izterjavo bodočih občasnih terjatev.[36]

Sodišče lahko na predlog preživninskega upravičenca dovoli tudi zavarovanje s predhodno odredbo za še ne zapadle zneske zakonite preživnine za zneske, ki bodo zapadli v enem letu, če je mogoče predvideti, da preživninski zavezanec preživnine ne bo plačeval. Domneva se, da je takšna nevarnost podana, če je bilo treba zoper dolžnika že zahtevati izvršbo za izterjavo zapadlega zneska, ali če je bila taka izvršba predlagana (259. člen ZIZ). Na podlagi sklepa o predhodni odredbi sme dolžnikov dolžnik že ob prejemu sklepa o izvršbi zarubiti dolžnikova sredstva v višini celotnega zneska vseh bodočih preživninskih terjatev, za katere je dovoljeno zavarovanje, vendar posameznih zneskov ob njihovi zapadlosti ne sme izplačati upniku, vse dokler za njihovo izterjavo ni dovoljena izvršba. Če izvršba ni predlagana v 15 dneh od zapadlosti posameznega preživninskega obroka (ali v času, ki ga je določilo sodišče), predhodna odredba preneha veljati, dolžnikov dolžnik pa mora znesek, zarubljen na račun tega obroka, sprostiti. Zavarovanje s predhodno odredbo ima učinek predčasne izvršbe, in sicer z opravo prvega izvršilnega dejanja, katerega posledica je pridobitev zastavne pravice na premičninah in pravicah, izplačilna prepoved oziroma zavarovanje vrstnega reda s predznambo zastavne pravice na nepremičninah. S predhodno odredbo tako upnik ne more doseči realizacije pridobljenega zavarovanja, ampak mora v ta namen vedno pravočasno predlagati

[35] J. Šinkovec, B. Tratar, 340; N. Plavšak, M. Juhart, 495–496.
[36] Glej tudi A. Drev, (2013), priloga.

izvršbo. Ker je predhodno odredbo mogoče dovoliti le za terjatve, ki bodo zapadle v enem letu, izvršbo pa za terjatve, ki bodo zapadle v dveh letih, bo upnik na podlagi predhodne odredbe lahko pridobil zavarovanje zgolj za terjatve, ki bodo zapadle v enem letu, in za to obdobje hkrati predlagal tudi izvršbo, za terjatve, ki bodo zapadle kasneje, pa bo lahko predlagal le izvršbo.[37]

Preživninske terjatve imajo poseben položaj tudi v postopku osebnega stečaja preživninskega zavezanca, ki ga ureja Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).[38] Sodijo namreč med prednostne terjatve (390. člen ZFPPIPP), ki se pri poplačilu dolžnikovih obveznosti poplačajo pred navadnimi in podrejenimi terjatvami, vendar za zavarovanimi terjatvami (359. člen ZFPPIPP), prav tako so izvzete iz možnosti odpusta obveznosti dolžniku (408. člen ZFPPIPP). Preživninske terjatve so tudi izjema od splošnega pravila, da po začetku postopka proti insolventnemu dolžniku ni več dovoljeno izdati sklepa o izvršbi ali zavarovanju, morebitni postopek izvršbe ali zavarovanja, ki je bil proti dolžniku začet pred insolventnim postopkom, pa se prekine ali ustavi (131. in 132. člen ZFPPIPP); izvršilni postopek za izterjavo preživninske terjatve je tako dopustno začeti tudi zoper dolžnika, nad premoženjem katerega je uveden postopek osebnega stečaja, začetek postopka osebnega stečaja pa tudi nima vpliva na tek že začetega postopka izvršbe zaradi neplačane preživnine (280. in 281. člen ZFPPIPP).[39]

3.2. Pravica do nadomestila preživnine

Interese preživninskih upravičencev dodatno varuje Zakon o Javnem štipendijskem, razvojnem, invalidskem in preživninskem skladu Republike Slovenije (ZJSRS),[40] na podlagi katerega deluje Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije (v nadaljevanju: Sklad), ki med drugim zagotavlja pravico do nadomestila preživnine otrokom, ki jim je s pravnomočno sodbo, začasno odredbo oziroma dogovorom pri centru za socialno delo določena preživnina, a je preživninski zavezanci ne plačujejo ali jo plačujejo neredno. Višina nadomestila preživ-

[37] A. Drev, (2014), 6–8. Glej tudi A. Drev, (2013), priloga.

[38] *Uradni list RS*, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo, 178/21 – popr., 196/21 – odl. US, 157/22 – odl. US in 35/23 – odl. US.

[39] Za več o tem glej npr. D. Jovanovič, D. Novak Krajšek, D. Volk, *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP): z navzkrižnim navajanjem zakonodaje*, Planet GV, Ljubljana 2008, 47; J. Murgel, 'Vpliv stečaja na izvršbo po ZFPPIPP', *Pravna praksa* 49–50/2008, 10–12; Š. Peršl, 'Osebni stečaj in neplačana preživnina', *Pravna praksa* 7/2020, 19.

[40] *Uradni list RS*, št. 78/06 – uradno prečiščeno besedilo, 106/12, 39/16, 11/18 – ZIZ-L, 139/20 in 17/22.

nine se usklajuje s količnikom uskladitve preživnin in nadomestil preživnin, odvisna pa je od otrokove starosti. za otroka do 6. leta starosti 89,95 EUR, za otroka od 6. do 14. leta starosti 98,93 EUR, za otroka nad 14. letom starosti pa 116,92 EUR. Ko je preživnina nižja od navedenih zneskov, je višina nadomestila preživnine enaka znesku določene preživnine.[41] V mesecu aprilu 2023 je Sklad upravičencem na podlagi 2818 vlog izplačal nadomestila preživnin v skupni vrednosti 379.117,47 EUR za 3446 otrok.[42]

V skladu z 21.a členom ZJSRS je do nadomestila preživnine upravičen otrok:

- ki mu je s pravnomočno sodbo ali začasno odredbo sodišča oziroma z dogovorom pri centru za socialno delo določena preživnina, ki je zavezanec ne plačuje,
- ki je državljan Republike Slovenije in ima stalno prebivališče v Republiki Sloveniji,
- ki je tujec in ima stalno bivališče v Republiki Sloveniji, če je tako določeno z meddržavnim sporazumom ali ob pogoju vzajemnosti,
- ki še ni star 18 let.

Od sprejetja Zakona o spremembi in dopolnitvi Zakona o Javnem štipendijskem, razvojnem, invalidskem in preživninskem skladu Republike Slovenije (ZJSRS-H),[43] ki je začel veljati 24. 10. 2020, lahko pravico do nadomestila preživnine uveljavlja tudi otrok, ki je dopolnil 18 let. Če je otrok starejši od 18 let, njegova pravica do izplačila nadomestila preživnine traja, dokler traja preživninska obveznost, če upravičenec ni v delovnem razmerju (tretji odstavek 21.b člena ZJSRS).

Pojem neplačevanja in nerednega plačevanja je zakonsko določen. Šteje se, da preživninski zavezanec ne plačuje preživnine, če preživnina ni plačana zaporedoma tri mesece ali če jo preživninski zavezanec plačuje neredno. Za neredno plačevanje preživnine po tem zakonu se šteje, če preživninski zavezanec dolguje skupaj vsaj znesek treh povprečnih mesečnih preživnin v zadnjih 12 mesecih pred vložitvijo zahtevka. Mesec, v katerem zastopnik vloži zahtevo, se ne šteje med zadnjih 12 mesecev (prvi in drugi odstavek 21.b člena ZJSRS). Predhodna izvršba od 1. 9. 2022, ko je bila sprejeta novela ZJSRS-I,[44] ni več pogoj za uveljavljanje pravice do nadomestila preživnine, kljub temu pa Skladu dopušča odločanje, brez da bi

[41] *<https://www.srips-rs.si/prezivnine/nadomestila-prezivnin/odlocba-izplacila>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[42] *<https://www.srips-rs.si/sklad/novice/novica/sklad-aprila-izplacal-nadomestila-prezivnin-za-3446-otrok>* (dostop dne 24. 4. 2023). Glej tudi S. Kraljić, 613 in nasl.

[43] *Uradni list RS*, št. 139/20.

[44] *Uradni list RS*, št. 17/22.

pozval preživninskega zavezanca, da se izjavi o neplačanih preživninah (21.c člen ZJSRS). Pravica do nadomestila preživnine se uveljavlja s pomočjo posebnega obrazca, ki ga za otroka vloži njegov zakoniti zastopnik (ali otrok sam, če je že star 18 let). Priložiti mora akt, s katerim je bila določena preživnina, obvestilo CSDja o zadnji uskladitvi višine preživnine in dokazilo, da je preživnino že uveljavljal v izvršilnem postopku (opcija), morebitno potrdilo o šolanju (otrok, ki je dopolnil 18 let) in morebitna druga potrdila.[45]

Terjatve otroka proti preživninskemu zavezancu preidejo na Sklad do višine pravic zagotovljenih po ZJSRS z dnem izvršitve odločbe o priznanju pravic (subrogacija). S prehodom terjatve na Sklad slednji vstopi v razmerju do preživninskega zavezanca v položaj otroka kot upnika do višine sredstev, izplačanih na podlagi odločbe o nadomestilu preživnine, povečanih za pripadajoče obresti in stroške postopkov. Sklad je ta sredstva dolžan izterjati po zakonu (28. člen ZJSRS). Možen je odlog ali obročno poplačilo terjatve, če preživninski zavezanec ni zaposlen in nima drugih dohodkov (na njegovo zahtevo), vendar ne dlje kot za obdobje šestih mesecev. Kadar izvršba ni bila uspešno končana ali ne obeta uspeha, je možen tudi odpis dolga delno ali v celoti (28.a člen ZJSRS).[46]

3.3. Neplačevanje preživnine kot kaznivo dejanje

Neplačevanje preživnine je tudi kaznivo dejanje po 194. členu Kazenskega zakonika (KZ-1),[47] ki določa, da kdor ne daje preživnine za osebo, ki jo po zakonu mora preživljati in za katero je višina njegove preživninske obveznosti določena z izvršilnim naslovom, čeprav bi to zmogel, se kaznuje z zaporom do enega leta. Če je zaradi dejanja iz prejšnjega odstavka ogroženo ali bi lahko bilo ogroženo preživljanje upravičenca ali če se storilec izmika dajati preživnino, se kaznuje z zaporom do treh let. Ob izreku pogojne obsodbe lahko sodišče storilcu naloži, da mora redno plačevati preživnino, lahko pa tudi, da mora poravnati zaostalo preživnino ali druge prisojene obveznosti, nastale s preživljanjem.

Pri navedeni določbi gre za blanketno inkriminacijo; KZ-1 namreč napotuje na uporabo drugega zakona za ugotovitev, koga veže dolžnost preživljanja in kako je opredeljena. Neplačevanje preživnine predstavlja kaznivo dejanje ves čas, dokler obstaja izvršilni naslov in preživninski zavezanec ne plačuje tako določene preživnine. To velja tudi v primeru

[45] <*https://www.srips-rs.si/prezivnine/nadomestila-prezivnin*> (dostop dne 24. 4. 2023).

[46] Glej tudi V. Rijavec, S. Kraljić, “The Maintenance of the Children: Alimony Fund as Saving Grace?”, B. Verschraegen (ur.), *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Vienna 2009.

[47] *Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 – ZZNŠPP in 16/23.

preživnine, ki je bila izterjana v izvršilnem postopku ali kadar je bilo upravičencu izplačano nadomestilo preživnine; ni je namreč plačal zavezanec.[48] Sodna praksa vztraja pri stališču, da za obstoj kaznivega dejanja zadostuje že neplačilo enega obroka preživnine, če je mogoče iz okoliščin sklepati, da storilec preživnine ne namerava plačati. Kaznivo dejanje pa ne bo podano, če oseba objektivno ne more plačevati preživnine (npr. je brezposelna in nima drugih prihodkov).[49]

Za kvalificirano obliko kaznivega dejanja mora biti podana hujša posledica – ogroženost preživljanja upravičenca. Kdaj je preživljanje ogroženo (tj. zavezanec nima dovolj materialnih sredstev, ki mu omogočajo zadovoljevanje osnovnih potreb), je dejansko vprašanje, ki je odvisno od okoliščin konkretnega primera in tudi od subjektivnih značilnosti preživninskega upravičenca in njegovih potreb. Izmikanje zavezanca pa je podano z opustitvijo ali aktivnim ravnanjem, s katerim storilec zavestno teži za tem, da trajno ali začasno onemogoči plačevanje preživnine, ravnanje pa je takšne narave, da je z njim mogoče doseči takšen cilj (npr. se namenoma ne zaposli, skriva premoženje, itd.).[50]

4. ČEZMEJNA IZTERJAVA NEPLAČANIH PREŽIVNIN V SLOVENSKI SODNI PRAKSI

4.1. Pravna ureditev

Temeljni in splošni pravni predpis na področju mednarodnega zasebnega prava Republike Slovenije je Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP),[51] ki vsebuje pravila za določitev mednarodne pristojnosti sodišč RS, uporabe merodajnega prava ter priznavanje in izvrševanje tujih sodnih odločb (1. člen ZMZPP). ZMZPP se uporabi le za razmerja, ki niso urejena v drugem zakonu ali mednarodni pogodbi (4. člen ZMZPP), kar ob upoštevanju 8. člena Ustave Republike Slovenije (ki določa, da morajo biti zakoni in drugi predpisi v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in mednarodnimi pogodbami, ki obvezu-

[48] Višje sodišče v Ljubljani, sodba I Kp 666/2005 z dne 14. 12. 2005.

[49] Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba I Ips 234/2008 z dne 28. 8. 2008; Višje sodišče v Mariboru, sklep IV Kp 12446/2015 z dne 6. 6. 2017; Višje sodišče v Ljubljani, sklep VII Kp 38849/2016 z dne 7. 6. 2017; Višje sodišče v Ljubljani, sklep Kp 1734/93 z dne 11. 1. 1994.

[50] Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba I Ips 465/2006 z dne 22. 3. 2007; Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba I Ips 340/2007 z dne 8. 11. 2007; Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Kp 67/2000 z dne 9. 2. 2000; Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Kp 9/2000 z dne 8. 3. 2000. Glej tudi K. Filipčič, B. Novak, *Veliki znanstveni komentar Posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*, 2. knjiga, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2019, 298–310.

[51] *Uradni list RS*, št. 56/99, 45/08 – ZArbit in 31/21 – odl. US.

jejo Slovenijo, ter da se ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe uporabljajo neposredno) pomeni, da imajo tovrstni mednarodni akti prednost pred ZMZPP.[52]

Med zavezujočimi mednarodnimi konvencijami, ki se nanašajo na preživninsko obveznost, sta ključni predvsem Konvencija o izterjavi preživninskih zahtevkov v tujini z dne 20. 6. 1956 (Newyorška konvencija)[53] in Konvencija o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin z dne 23. novembra 2007 (Haaška konvencija), ki je bila odobrena tudi s Sklepom Sveta EU 2011/432/EU,[54] s spremljajočim Haaškim protokolom iz 2007.[55] Omeniti je vredno še Konvencijo o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, podpisano 30. oktobra 2007 v Luganu (Nova Luganska konvencija),[56] ki ureja odnose med EU, Islandijo, Norveško in Švico.

Tudi na ravni EU veljajo številni pravni viri, ki neposredno urejajo področje mednarodnega zasebnega prava in so zavezujoči tudi za RS kot članico EU. Na družinskem področju so najpomembnejše: Uredba Sveta (EU) 2019/1111 z dne 25. junija 2019 o pristojnosti, priznavanju in izvrševanju odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o mednarodnem protipravnem odvzemu otrok (prenovitev);[57] Uredba Sveta (EU) št. 1259/2010 z dne 20. decembra 2010 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze in prenehanje življenjske skupnosti;[58] Uredba Sveta (EU) 2016/1103 z dne 24. junija 2016 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju pristojnosti, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in izvrševanja odločb na področju premoženjskih razmerij med zakoncema;[59] Uredba Sveta (EU) 2016/1104 z dne 24. junija 2016 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju pristojnosti, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in

[52] Glej tudi M. Repas *et al*. (ur.), *Mednarodno zasebno pravo Evropske unije*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018, 46 in nasl.

[53] *Uradni list SFRJ* – MP, št. 11/81, *<https://www.srips-rs.si/storage/app/-media/PREZIVNINE/Vloge%20in%20obrazci/NY%20konvencija%2049-1960-002-PREVOD.pdf>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[54] Sklep Sveta z dne 9. junija 2011 o odobritvi Haaške konvencije z dne 23. novembra 2007 o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin v imenu Evropske unije, OJ L 192, 22. 7. 2011, 39–50, *<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/-LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:192:0051:0070:SL:PDF>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[55] Protokol z dne 23. novembra 2007 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti; *<https://assets.hcch.net/docs/535df2a7-47df-439c-9890-bd6e715b842c.pdf>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[56] Konvencija o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, OJ L 339, 21. 12. 2007, 3–41.

[57] OJ L 178, 2.7.2019, 1–115.

[58] OJ L 343, 29. 12. 2010, 10–16.

[59] OJ L 183, 8. 7. 2016, 1–29.

izvrševanja odločb na področju premoženjskopravnih posledic registriranih partnerskih skupnosti;[60] ter seveda Uredba št. 4/2009 – preživninska uredba. Zaradi primarnosti prava EU se bodo nacionalni predpisi na zadevnem področju urejanja uporabili le redko (kadar so izpolnjeni pogoji za uporabo posameznih pravnih aktov EU), določbe ZMZPP pa zato pridejo v poštev le takrat, kadar se za spor (v celoti ali delno) ne uporablja nobena od evropskih uredb ali mednarodnih konvencij.[61]

Uredba št. 4/2009 zajema čezmejne zahteve za izterjavo preživnine, ki izhajajo iz družinskega razmerja, starševstva, zakonske zveze ali svaštva. Določa skupna pravila za celotno EU, katerih cilj je zagotoviti izterjavo preživninskih zahtevkov, tudi kadar je zavezanec ali upravičenec v drugi državi EU. Uredba št. 4/2009 v prizadevanjih za zagotovitev učinkovite in hitre izterjave preživnin določa devet standardnih obrazcev, s katerimi naj bi se olajšala komunikacija med osrednjimi organi in omogočila predložitev zahtevkov po elektronski poti. Uredba se uporablja v vseh državah članicah EU, Danska pa je s posebno izjavo v letu 2009 na podlagi vzporednega sporazuma z Evropsko unijo potrdila svoj namen za izvajanje vsebinskih določb Uredbe. Vsaka država mora imenovati osrednji organ, ki je odgovoren za zagotavljanje pomoči strankam pri določitvi in izterjavi preživnine ter za medsebojno sodelovanje.[62] V Republiki Sloveniji je ta organ Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije, ki se na svoji spletni strani označuje kot osrednji, posredovalni in sprejemni organ v postopkih mednarodne izterjave preživnin, torej v primerih, ko živi preživninski zavezanec ali preživninski upravičenec v drugi državi. Udeleženci v preživninskih sporih se lahko na sklad obrnejo v primerih, ko preživninski upravičenec prebiva na ozemlju ene od držav članic Evropske unije oziroma podpisnice Konvencije o izterjavi preživninskih zahtevkov v tujini, preživninski zavezanec pa prebiva oziroma ima premoženje ali pridobiva dohodke na ozemlju druge države članice Evropske unije oziroma podpisnice konvencije. Prek medsebojnega sodelovanja in izmenjave podatkov osrednjih organov držav članic EU oziroma podpisnic konvencije se zagotovi izvedba postopka za izterjavo preživnine v

[60] OJ L 183, 8. 7. 2016, 30–56.

[61] M. Repas *et al.*, 53.; J. Kramberger Škerl, 'Evropsko čezmejno sodelovanje v družinskih zadevah', 47. Dnevi slovenskih pravnikov, 14. in 15. oktober 2021, Portorož, 6–7/2021, 876–885.

[62] J. Blažič, M. Pristavec Đogić, A. Eror, *Neplačevanje preživnin: Primerjalni pregled*, Ljubljana, 39/2015, 5, <*https://fotogalerija.dz-rs.si/datoteke/Publikacije/Zborniki_RN/-2015/Neplacevanje_prezivnin.pdf*> (dostop dne 24. 4. 2023); glej tudi S. Kraljić v M. Repas *et al.*, 574 in nasl.; EU Monitor, Regulation 2009/4 – Jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, <*https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vitgb-giplxzn*> (dostop dne 24. 4. 2023); J. Kramberger Škerl, 876–885.

državi, kjer prebiva oziroma pridobiva dohodke preživninski zavezanec.[63] Uredba 4/2009 ima v odnosih med državami članicami EU prednost pred konvencijami in sporazumi, ki se nanašajo na zadeve, urejene s to uredbo, vključno s Haaško konvencijo.[64] Po drugi strani pa Haaški protokol, ki je inkorporiran v Uredbo št. 4/2009, za večino primerov določa pravo, ki se uporablja v preživninskih zadevah, za vse sodne odločbe o preživninah, ki jih izdajo sodišča držav članic, pa je zagotovljen prost pretok v Evropski uniji in jih je mogoče brez dodatnih formalnosti izvršiti v vseh državah članicah.[65]

Čeprav so našteti (in drugi) pravni akti brez dvoma pripomogli k učinkovitejši izterjavi čezmejnih preživnin z odpravo nekaterih nejasnosti glede mednarodne pristojnosti, uporabljivosti nacionalnega prava in veljavnosti odločb tujih organov, se enako kot ostali podobni mednarodni in evropski instrumenti, ki se lotevajo čezmejnih postopkov in čezmejnega sodelovanja med organi različnih držav, srečujejo s številnimi izzivi. Ti so logična posledica raznolikosti pravnih sistemov in neusklajenosti nacionalnih pravil, ki ne frustrirajo le udeležencev v postopkih, pač pa tudi sama sodišča, od katerih se pričakuje, da poznajo tudi tuje pravo. Kljub temu, da so obravnavani mednarodni instrumenti namenjeni prav tesnejšemu sodelovanju med pristojnimi organi, je to sodelovanje v praksi pogosto nezadostno zaradi nepoznavanja jezika, nezaupanja v lastno znanje, strahu pred novostmi, administrativnih ovir in drugih razlogov. Konkretno na področju čezmejne izterjave preživnin se lahko udeleženci soočijo tudi z ovirami zaradi razlik v ureditvi izvršilnih postopkov v različnih državah (prisilni ukrepi, zahteve glede dokazovanja, večja ali manjša aktivnost na strani strank ali sodišča, itd.), pa tudi zaradi pogosto oteženega pridobivanja informacij o udeležencih (npr. finančno stanje preživninskega zavezanca, prebivališče udeležencev, itd.). Prava neuke stranke pogosto težko predvidijo, katero pravo se bo uporabilo ali katero sodišče bo pristojno, po drugi strani pa je v nekaterih primerih mogoč tudi t. i. *forum shopping* in hitenje na sodišče, da bi prehiteli nasprotnega udeleženca in dosegli ugodnejši razplet.[66]

---

[63] Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije, *Izterjava preživnine iz tujine*, *<https://www.srips-rs.si/prezivnine/izterjava>* (dostop dne 24. 4. 2023).

[64] S. Kraljić v M. Repas et al., 583.

[65] J. Blažič, M. Pristavec Đogić, A. Eror, 5.

[66] Za več o delovanju in učinkovitosti relevantnih pravnih aktov glej npr. P. Beaumont *et al.*, *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Bloomsbury Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014; L. Walker, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015; M. Barnes, D. Hammond, *International Child Maintenance and Family Obligations: A Practical Guide*, Family Law LexisNexis, 2013.

Slovenska sodišča niso nobena izjema glede spopadanja z izzivi, povezanimi s čezmejno izterjavo preživnin za otroke. V nadaljevanju bodo zato obravnavani konkretni primeri pomislekov, s katerimi se je že soočila slovenska sodna praksa, med katerimi prevladujejo dvomi glede pristojnosti slovenskih sodišč za odločanje o preživninski obveznosti in v tem smislu predvsem pomen pojma »običajno prebivališče«, vprašanja glede dopustnosti vsebinske presoje tujih odločb, s katerimi so sodišča drugih držav preživninskemu zavezancu naložila plačevanje preživnine, pa tudi klasične težave, ki so skupne vsem vrstam čezmejnih postopkov in niso omejene zgolj na preživninske spore (npr. nerazumevanje jezika postopka in s tem povezani stroški, nezaupanje v tujo zakonodajo ali delovanje tujih organov, ter zastoji v postopku kot posledica slabega oziroma nezadostnega sodelovanja med organi različnih držav).

4.2. Sodna praksa slovenskih sodišč

4.2.1. Pristojnost sodišča – pojem običajnega prebivališča

Čeprav uporabljivi pravni akti določajo različne razloge, zaradi katerih se lahko sodišče v čezmejnih preživninskih sporih izreče za nepristojno, je v sodni praksi slovenskih sodišč največ nejasnosti povezanih s pojmom običajnega prebivališča kot ključne okoliščine za ugotovitev pristojnosti po Uredbi št. 4/2009 in drugih relevantnih instrumentih. Običajno prebivališče namreč ne ustreza nujno uradno prijavljenemu naslovi, temveč gre za kraj, kjer je otrok integriran v družbeno in družinsko okolje. Ob upoštevanju vseh okoliščin primera (npr. trajanje bivanja, pogoji bivanja, razlogi za bivanje na določenem kraju, razlogi za preselitev v drugo državo bivanja, kraj in pogoji za šolanje, znanje jezikov, družinske in socialne vezi v državi, itd.) ga ugotovi nacionalno sodišče, ki pa se lahko pri presoji sreča s kontradiktornimi navedbami udeležencev, pomanjkanjem informacij in drugimi ovirami, ki otežujejo informirano odločitev.

a) Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 2750/2017 z dne 24. 1. 2018

Tožnik je s sklicevanjem na spremenjene okoliščine zahteval znižanje preživnine, določene s sodbo slovenskega sodišča. Sodišče prve stopnje je tožbo zavrglo s sklicevanjem na 3. člen Uredbe št. 4/2009, ki določa, da ima sodno pristojnost v preživninskih zadevah sodišče kraja, kjer ima tožena stranka običajno prebivališče oziroma sodišče kraja, kjer ima upravičenec običajno prebivališče. Ugotovilo je namreč, da zakonita zastopnica živi z mladoletnim tožencem v Avstriji, kjer je tudi zaposlena, toženec pa tam obiskuje vrtec, zaradi česar je zaključilo, da ima toženec v Avstriji svoje običajno prebivališče. Tožnik se je na odločitev pritožil, saj naj bi njegov sin v času vložitve tožbe v resnici živel v Sloveniji, šele kasneje pa

naj bi njegova zakonita zastopnica prijavila stalno prebivališče v Avstriji. Ker otrok tam biva šele nekaj mesecev, ni državljan Republike Avstrije, družinske vezi razen vezi s svojo materjo pa v tej državi nima, njegovo trenutno prebivališče ne bi smelo šteti za običajno prebivališče v smislu preživninske uredbe. Pojem običajno prebivališče je namreč treba razlagati tako, da to prebivališče ustreza kraju, ki pomeni integracijo otroka v družbeno in družinsko okolje. Treba je upoštevati dolžino, rednost, pogoje bivanja in razloge za bivanje na ozemlju države članice ter razloge za preselitev družine v to državo članico, državljanstvo otroka, kraj in pogoje za šolanje, znanje jezikov ter družinske in socialne vezi otroka v navedeni državi. Običajno prebivališče ugotovi nacionalno sodišče, pri čemer upošteva vse dejanske okoliščine posameznega primera. Višje sodišče v Ljubljani, ki je presojalo vloženo pritožbo, je poudarilo, da je sodišče prve stopnje sodno pristojnost pravilno ugotavljalo ob upoštevanju predpostavk iz 3. člena Uredbe št. 4/2009, vendar pa ni jasno, na podlagi katerih dokazov naj bi sodišče ugotovilo, da je običajno prebivališče toženca v Avstriji. Višje sodišče je zato zadevo vrnilo v novo sojenje, v katerem bo moralo sodišče prve stopnje pridobiti dokaze, po potrebi tudi po uradni dolžnosti, ki bodo vsaj z minimalno stopnjo prepričanja potrjevali razloge, na podlagi katerih bo sodišče ugotovilo kraj običajnega prebivališča toženca.

b) Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 2535/2018 z dne 31. 1. 2019

Tudi v tej zadevi se je tožnik pritožil na odločitev sodišča prve stopnje, da zaradi nepristojnosti slovenskega sodišča zavrže njegovo tožbo za znižanje preživnine, vendar je v tem primeru Višje sodišče v Ljubljani odločilo, da njegova pritožba ni utemeljena. Sodišče prve stopnje je sodno pristojnost ugotavljalo ob upoštevanju predpostavk iz Uredbe št. 4/2009, ki v 8. členu določa omejitev pristojnosti: če je sodna odločba izdana v državi članici ali državi pogodbenici Haaške konvencije iz leta 2007, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, zavezanec ne more sprožiti postopka za spremembo odločbe ali izdajo nove odločbe v nobeni drugi državi članici, dokler ima upravičenec običajno prebivališče v državi, v kateri je bila sodna odločba izdana. Sodbo, s katero je bilo tožniku naloženo plačevanje mesečne preživnine, katere znižanje zahteva v predmetnem postopku, je izdalo slovensko sodišče, zaradi česar je bilo tudi v tej zadevi odločilno vprašanje, kje je imel mladoletni toženec ob vložitvi tožbe običajno prebivališče. Sodišče je v okviru uradnih poizvedb ugotovilo, da ima že od decembra 2016 prijavljeno bivališče v Avstriji, kjer živi z mamo in obiskuje vrtec, da je mati zaposlena v Avstriji, da se otroci v njegovi starosti običajno hitro vklopijo v okolje in naučijo jezika, ter da navsezadnje toženec s tožnikom in s sorodniki po njegovi strani nima nobenih stikov že več kot pet let. Presodilo je, da so edina zveza s Slovenijo le še otrokovi sorodniki

po materini strani, kar pa ne more biti odločilno za opredelitev pojma običajno prebivališče, zaradi česar je bilo mogoče zanesljivo ugotoviti, da je bil že ob vložitvi tožbe ta kraj v Avstriji.

c) Višje sodišče v Celju, sklep Cp 67/2019 z dne 21. 2. 2019

Tožnik, slovenski državljan s prebivališčem v RS, je pred slovenskim sodiščem zahteval spremembo stikov in znižanje preživnine za mladoletni hčeri, slovenski državljanki, ki z materjo, avstrijsko državljanko, že nekaj let živita v Republiki Avstriji. Od leta 2014 v Republiki Sloveniji nimata prijavljenega prebivališča, imata pa od aprila 2014 dalje stalno prebivališče prijavljeno v Republiki Avstriji, kjer tudi dejansko prebivata, razumeta in govorita nemški jezik ter tam hodita v šolo, in kjer so se izvajali tudi stiki s tožnikom. Sodišče prve stopnje je presodilo, da gre za spor z mednarodnim elementom in da je običajno prebivališče mladoletnih otrok ob začetku postopka (za znižanje preživnine in za spremembo stikov) v Republiki Avstriji. Odločilo je, da je po alineji (d) 3. člena preživninske uredbe za odločanje o znižanju preživnine v konkretnem primeru (predmet odločanja so bili tudi stiki oziroma starševska odgovornost) pristojno sodišče v Republiki Avstriji ter zaradi pomanjkanja pristojnosti slovenskega sodišča zavrglo tožbo. Poudarilo je, da v preživninski uredbi ni podlage za ustalitev pristojnosti v državi članici iz razloga, ker je bilo o preživnini prvič odločeno pred njenim sodiščem. V podporo svoje odločitve je citiralo nekatere relevantne določbe Sodišča EU, ki je že pojasnilo, da sodišča države članice, ki so sprejela odločbo o starševski odgovornosti (o stikih) in preživninskih obveznostih v zvezi z mladoletnim otrokom, ki je postala pravnomočna, niso več pristojna za odločanje o predlogu za spremembo odločbe, če je običajno prebivališče tega otroka na ozemlju druge države članice, in da so za odločanje o tem predlogu pristojna sodišča zadnje navedene države članice (SEU C-499/15 z dne 15. 2. 2017); da je zahtevek glede preživninskih obveznosti za mladoletne otroke neločljivo povezan s tožbo v zvezi s starševsko odgovornostjo, saj je sodišče, ki odloča v zvezi s starševsko odgovornostjo (o stikih) v najboljšem položaju, da *in concreto* presodi podrobnosti zahtevka glede preživninske obveznosti za mladoletnega otroka, saj odločitev o stikih vpliva na znesek te obveznosti (SEU C-184/14 z dne 14. 4. 2014).

4.2.2. Ovire za priznanje tuje odločbe – vsebinska presoja tuje odločbe

V postopku za priznanje tuje sodne odločbe – tudi odločbe, ki opredeljuje preživninsko obveznost zavezanca – so slovenska sodišča v skladu z določbami 95. do 101. člena ZMZPP omejena na preizkus, ali so predložene vse zahtevane listine in ali niso podane negativne procesne predpostavke za priznanje. Materialna pravilnost tuje odločbe ne more biti predmet

presoje, razen v okviru vprašanja, ali tuja sodba odločba ne nasprotuje javnemu redu Republike Slovenije. V spodaj predstavljenih zadevah so se sodišča srečala s pritožbenimi navedbami preživninskih zavezancev, ki so prerekali prav vsebinsko pravilnost sodbe, ki je predmet postopka za priznanje (način določanja preživnine na način, ki ni skladen s slovensko sodno prakso; ugovor zastaranja; neustrezno določena višine preživnine). V vseh primerih je Vrhovno sodišče usklajeno zavrnilo tovrstne argumente kot neutemeljene in poudarilo omejenost presoje veljavnosti tuje sodne odločbe na formalne pogoje, in sicer ne glede na to, ali je bila tudi druga zadevna država hkrati država članica EU ali ne (oziroma ne glede na to, ali se je odločitev sodišča opirala na ZMZPP ali tudi na Uredbo št. 4/2009). Preživninski zavezanec, ki vsebinske pravilnosti neke sodbe ni prerekal že v postopku pred sodiščem, ki je odločalo o preživninski obveznosti, oziroma v okviru pravnih sredstev, ki jih je imel na voljo v zvezi s tem postopkom, takšnih ugovorov ne more podati niti v postopku za priznanje te sodbe v drugi državi.

a) Vrhovno sodišče RS, sklep Cp 11/2014 z dne 12. 6. 2014

V obravnavani zadevi je slovensko sodišče prve stopnje priznalo veljavnost pravnomočne sodne odločbe bosanskega sodišča, s katero je slednje toženca zavezalo k plačevanju mesečne preživnine za svojo mladoletno hčer. Toženec se je na odločitev pritožil in v okviru pritožbenih trditev med drugim izpostavil, da je preživnina v tuji odločbi določena v odstotku od mesečnega zaslužka, kar je v nasprotju z zakonodajo in sodno prakso sodišč v Republiki Sloveniji. Navedel je tudi, da je bila preživnina določena v letu 1991, ko so bile drugačne razmere in bi bilo priznanje in izvršitev tuje sodne odločbe zaradi spremenjenih razmer (izselitev nasprotnega udeleženca iz BIH zaradi vojne, ustalitev v RS, osnovanje družine – ima dva otroka) nepravično in v nasprotju s pravnim redom RS. Preživnino bi bilo zato treba prilagoditi današnjim, spremenjenim razmeram.

Vrhovno sodišče RS je odločilo, da njegova pritožba ni utemeljena, pri čemer je svojo odločitev oprlo na določbe 95. do 101. člena ZMZPP, ki presojo sodišča v postopku za priznanje tuje sodne odločbe omejujejo predvsem na izpolnjevanje tako imenovanih formalnih pogojev za priznanje, vsebinsko pa se preizkus omeji le na vprašanje, ali tuja sodna odločba ne nasprotuje domačemu javnemu redu (sistem omejenega preizkusa). Javnega reda ZMZPP ne definira, pravna doktrina in sodna praksa pa ga opredeljujeta kot mejo uporabe tujega prava oziroma kot inštitut, ki ščiti domači pravni red pred tujim pravom, ki bi bil v nasprotju s temeljnimi pravnimi načeli domačega prava. Ni vsak kogenten predpis del javnega reda, ampak je to le tisti, katerega kršitev bi ogrozila integriteto domače pravne ureditve, mednarodno običajno pravo, temeljna moralna načela ter vitalni gospodarski in politični interes države. Drugačen način določanja

preživnine v temeljne principe slovenskega pravnega reda, ki obravnava tematiko določanja preživnin za otroke, ne posega. Ravno nasprotno, eno temeljnih pravnih načel v Sloveniji je varstvo otrok, zato vse, kar služi zadovoljitvi tega načela, ne more biti v nasprotju z javnim redom v smislu ZMZPP. Določitev preživnine v odstotkih od plače preživninskega zavezanca res ni v skladu s sodno prakso, ni pa v nasprotju z javnim redom v RS v smislu določbe 100. člena ZMZPP.

Vrhovno sodišče RS je opozorilo tudi, da same višine preživnine v postopku za priznanje tuje sodne odločbe ni mogoče preizkušati. Slovensko sodišče v postopku za priznanje tuje sodne odločbe ne preizkuša, ali je tuje sodišče pravilno in popolno ugotovilo dejansko stanje in tudi ne, ali je v zadevi materialnopravno pravilno odločilo. Okoliščine, ki jih nasprotni udeleženec navaja v pritožbi (spremenjene razmere), posegajo v dejanska in materialna vprašanja, zato jih v tem postopku ne more uveljavljati.

b) Vrhovno sodišče RS sklep Cp 46/2019 z dne 24. 10. 2019

Predlagatelj je vložil predlog za priznanje veljavnosti in izvršljivosti sklepa o določitvi preživnine avstrijskega sodišča na območju Republike Slovenije, na kar se je pritožil nasprotni udeleženec z argumentom, da je v postopku priznanja veljavnosti in izvršljivosti tuje sodne odločbe treba predhodno preveriti, ali je odločba izvršljiva – v konkretnem primeru to pomeni odločiti o utemeljenosti ugovora zastaranja. Vrhovno sodišče RS je presodilo, da pritožba ni utemeljena. Svojo odločitev je med drugim utemeljilo s sklicevanjem na 34. člen Uredbe št. 4/2009, ki med razlogi za zavrnitev priznanja tuje sodne odločbe navaja: »če bi bilo njeno priznanje v očitnem nasprotju z javnim redom v državi članici, v kateri se zahteva priznanje.« Ugovoru zastaranja, ki ga uveljavlja pritožnik, je očitalo, da »je pavšalen in nekonkretiziran, sicer pa tudi ne pomeni utemeljenega razloga za zavrnitev priznanja. V postopku priznanja tuje sodne odločbe se namreč sodišče omeji (le) na preizkus, ali so predložene zahtevane listine in ali niso podane procesne ovire za priznanje. Vsebinska (materialnopravna) pravilnost tuje sodne odločbe se ne preizkuša, z izjemo vprašanja, ali sodba nasprotuje pravnemu redu Republike Slovenije, kar pa obravnavana sodba ne. V postopku priznanja tuje sodne odločbe nasprotni udeleženec ne more uspešno uveljavljati niti t. i. opozicijskih ugovorov, ki se nanašajo na nedopustnost izvršbe (55. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju). Te ugovore namreč dolžnik uveljavlja v izvršilnem postopku, od katerega je postopek priznanja veljavnosti in izvršljivosti tuje sodne odločbe ločen.«

c) Vrhovno sodišče RS sklep Cp 20/2016 z dne 8. 12. 2016

Slovensko sodišče prve stopnje je priznalo tujo sodno odločbo bosanskega sodišča, zoper takšno odločitev pa se je pritožil nasprotni udeleženec in zahteval zavrnitev priznanja izvršljivosti iz več razlogov, med drugim

zaradi nepristojnosti bosanskega sodišča, neobstoja vzajemnosti med BIH in RS, kršitve načela kontradiktornosti, pa tudi neustrezno določene višine preživnine. Vrhovno sodišče RS je večino pritožbenih razlogov zavrnilo zaradi neargumentiranosti oziroma nezadostivi dokaznemu bremenu, glede zahteve po ponovni presoji višine preživnine pa je tudi v tej zadevi izpostavilo, da slovensko sodišče v postopku za priznanje tuje sodne odločbe ne preizkuša, ali je tuje sodišče pravilno in popolno ugotovilo dejansko stanje in tudi ne, ali je v zadevi materialnopravno pravilno odločilo, zaradi česar tudi same višine preživnine v tem postopku ni mogoče preizkušati.

4.2.3. Splošni izzivi čezmejnih postopkov – nepoznavanje prava, neznanje jezika, nezaupanje v tuje organe

Nekateri izzivi, s katerimi se soočajo udeleženci v postopkih izterjave preživnine z mednarodnim elementom, niso inherentni zgolj preživninskim sporom, temveč gre za praktično univerzalne težave, ki bremenijo čezmejne postopke oziroma postopke, ki zahtevajo sodelovanje organov in državljanov iz različnih držav. Nejasnosti, povezane z nepoznavanjem tujega prava in delovanja tujih organov, neznanjem tujega jezika, pomanjkanjem informacij, neaktivnostjo ali neusposobljenostjo pristojnih organov in podobnimi ovirami, so del širšega problema na področju pravosodnega sodelovanja med državami, tako znotraj EU kot tudi širše. Mednarodni in evropski pravni akti sicer bistveno prispevajo k harmonizaciji in večjemu medsebojnemu zaupanju na področjih svojega urejanja, kljub temu pa tudi spodaj predstavljena sodna praksa slovenskih sodišč nakazuje številne nerešene težave, ki negativno vplivajo na učinkovitost čezmejnih postopkov, vključno s čezmejno izterjavo preživnin. Kljub temu, da so bile pritožbene navedbe v vseh obravnavanih primerih ocenjene za neutemeljene, njihova pogostost vendarle izkazuje ponavljajoče se pomisleke udeležencev in potrebo po nadaljnjih prizadevanjih na tem področju. Četudi veljavna pravna ureditev strankam, na primer, ne omogoča sestave sodnih pisanj v njihovem maternem jeziku, to še ne pomeni, da takšno stanje ne vodi do zmede, nerazumevanja ali dodatnih stroškov, ki bi utegnili udeležence tudi odvrniti od uveljavljanja svojih pravic v čezmejnih postopkih.

a) Višje sodišče v Ljubljani, sodba in sklep IV Cp 815/2020 z dne 8. 7. 2020

V obravnavani zadevi se je toženec, nemški državljan, pritožil zoper sklep, v katerem mu je bilo pred slovenskim sodiščem med drugim naloženo plačevanje preživnine za mladoletno hčerko. V prizadevanju za zmanjšanje svoje preživninske obveznosti se je skliceval na številne argumente (nepristojnost slovenskega sodišča, napačno določena višina preživnine, kršitev načela kontradiktornosti, itd.), del svojih pritožbenih navedb pa je

oprl na očitke, da je od vsega začetka postopka diskriminiran tako glede rabe svojega jezika kot glede neprevajanja sodnih pisanj, neobveščanja o datumih razpisanih obravnav, nemožnosti zaslišanja tožnice in žaljivega obnašanja razpravljajoče sodnice do njega in njegovega pooblaščenca. V svoji zahtevi za izločitev razpravljajoče sodnice je zatrjeval, da obstajajo razlogi, ki kažejo na njeno pristranskost vodenja postopka. Menil je namreč, da bi morala sodnica vsa sodna pisanja prevesti v nemški jezik, ki ga razume, prav tako pa je izpostavil domnevne nepravilnosti pri vodenju naroka, na podlagi katerih zaključuje, da obstaja dvom v nepristranskost sojenja in s tem tudi v pravilnost izpodbijane odločitve. Sodnica naj tudi ne bi izvedla večjega dela dokaznih predlogov. Visoke stroške za prevode sodnih pisanj je navedel tudi kot enega od argumentov za znižanje višine mesečne preživnine.

Višje sodišče v Ljubljani je presodilo, da je očitek toženca o kršitvi pravice do uporabe lastnega jezika pred sodiščem neutemeljen. Pravica do uporabe svojega jezika velja za ustna dejanja, ne pa tudi za pisne vloge, ki morajo biti sestavljene v slovenskem jeziku, in ne za pisano komuniciranje sodišča s strankami in drugimi udeleženci. Tudi sklicevanje toženca na Uredbo št. 1348/2000,[67] češ da mu je sodišče dolžno vročiti prevode vseh vlog, tudi vabil, v jeziku države, v kateri živi (nemščini), ni utemeljeno. Toženec je ves čas imel pooblaščenca, zato je sodišče vloge in sodna pisanja v slovenskem jeziku vročalo njegovemu pooblaščencu, poleg tega se pri vročanju listin iz ene države članice v drugo državo članico EU uporabljajo predvsem pravila o vročanju po Uredbi št. 1393/2007,[68] ki je nadomestila predhodno omenjeno Uredbo. Pravica do uporabe svojega jezika v postopku ni absolutna, omejena je z zakonom. 102. člen Zakona o pravdnem postopku (ZPP)[69] pa omejuje pravico do uporabe maternega jezika na ustna procesna dejanja. Ta pravica je bila v tem postopku zagotovljena, saj je iz spisa razvidno, da je sodnica na naroke vabila tudi sodnega tolmača, ki je prevajal ustna dejanja in dejstvo, da toženec ne razume slovenskega jezika, upoštevala, tako da ni dajala prednosti ali boljše možnosti katerikoli od strank v postopku.

[67] Uredba Sveta (ES) št. 1348/2000 z dne 29. maja 2000 o vročanju sodnih in zunajsodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah, OJ L 160, 30. 6. 2000, 37–52.

[68] Uredba (ES) št. 1393/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah (vročanje pisanj) in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1348/2000, OJ L 324, 10. 12. 2007, 79–120.

[69] *Uradni list RS*, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1, 70/19 – odl. US, 1/22 – odl. US in 3/22 – Zdeb.

b) Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 1886/2018 z dne 10. 10. 2018

Toženec (avstralski državljan, ki živi na Portugalskem) je v pritožbi zoper odločbo o zvišanju preživnine sodišču prve stopnje med drugim očital, da mu je bila zavrnjena vsaka možnost razumevanja postopka, ker so bila vsa pisanja sestavljena v slovenskem jeziku, sam pa denarja za plačilo prevoda nima. Višje sodišče v Ljubljani je njegovo pritožbo zavrnilo in pojasnilo, da podlage za prevajanje listinskega gradiva v določbah ZPP ni. Vabila, odločbe in druga sodna pisanja se namreč pošiljajo v jeziku, ki je v uradni rabi pri sodišču (103. člen ZPP). Na narokih pa smejo stranke uporabljati svoj jezik in se jim zagotovi ustno prevajanje (102. člen ZPP). Bistvena kršitev določb pravdnega postopka je podana, če sodišče v nasprotju z določbami tega zakona zavrne zahtevo stranke, da bi v postopku uporabljala svoj jezik (9. točka 2. odstavka 339. člena ZPP), sodišče prve stopnje pa tožencеve zahteve po uporabi jezika ni zavrnilo.

c) Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 1387/2022 z dne 9. 9. 2022

V obravnavanem primeru so se udeleženci soočili z zastoji v postopku, ki so vsaj deloma posledica slabega sodelovanja med organi različnih držav oziroma njihove neaktivnosti. Sodišče prve stopnje je prekinilo postopek glede odločanja o glavni stvari (vzgoja in varstvo, preživnina), ki ga je sprožila slovenska predlagateljica, in zavrnilo izdajo začasne odredbe, s katero bi do pravnomočne odločitve uredilo sporna vprašanja. Ugotovilo je namreč, da istovrsten postopek že poteka pred nemškim sodiščem, na podlagi prej vloženega zahtevka nemškega nasprotnega udeleženca, pri čemer nemško sodišče o pristojnosti še ni odločilo, zaradi česar je nastopil pogoj za prekinitev postopka po uradni dolžnosti. Predlagateljica se je zoper takšno odločitev pritožila. Dve nemški družinski sodišči v E. in F. sta se namreč že izrekli v smeri nepristojnosti za odločanje, slovensko sodišče, pred katerim je predlagateljica sprožila postopek, pa v pol leta še ni aktivno pristopilo k razjasnitvi dejanskih okoliščin v zvezi z vprašanjem mednarodne pristojnosti in se pred izdajo sklepa pozanimalo o odločitvi nemških sodišč. Takšno postopanje je po navedbah predlagateljice nezakonito in predstavlja nepotrebno zavlačevanje postopka, s čimer je kršena njena pravica do pravočasnega sodnega varstva.

Višje sodišče v Ljubljani je te pritožene navedbe zavrnilo kot neutemeljene. Spor o krajevni pristojnosti med družinskima sodiščema v E. in F. namreč ne potrjuje trditve, da se je nemško sodišče že izreklo za nepristojno za vodenje tega postopka, saj odklonitev krajevne pristojnosti in medsebojni odstop zadev ne pomenita tudi odločitve o mednarodni nepristojnosti. Po opravljenih poizvedbah pri sodišču F. je po izdaji izpodbijanega sklepa na sodišče prispel odgovor, da nemško sodišče še ni sprejelo končne odločitve, čeprav v svojo pristojnost dvomi. To pa pomeni, da tudi ob

odločanju pritožbenega sodišča še niso podani pogoji za nadaljevanje postopka niti za odločitev, da za obravnavanje zadeve slovensko sodišče ni pristojno. Višje sodišče v Ljubljani je hkrati poudarilo, da sicer soglaša s predlagateljico, da bi sodišče prve stopnje moralo ravnati bolj aktivno in hitreje stopiti v stik z nemškim sodiščem, a to na pravilnost sklepa o prekinitvi postopka ne vpliva. Zaradi zagotovitve pravice udeležencev do sodnega varstva bo v nadaljevanju sodišče prve stopnje od nemškega sodišča moralo pridobiti konkretnejše informacije o poteku postopka in ga pozvati, da se o pristojnosti izreče.

5. ZAKLJUČKI

V vse bolj povezanem svetu se tudi slovenski preživninski upravičenci in zavezanci, tako kot udeleženci v drugih državah, soočajo z izzivi, povezanimi s čezmejno izterjavo preživnin za otroke. Kompleksnost obstoječe ureditve je rezultat prepletanja številnih nacionalnih, mednarodnih in evropskih instrumentov, neusklajenosti nacionalnih pravil, neučinkovitega sodelovanja med organi različnih držav, pa tudi praktičnih težav, kot so jezikovne ovire in dostopnost informacij. Prispevek se ni lotil analize vseh možnih hipotetičnih situacij in težav, na katere lahko naletijo udeleženci v čezmejnih postopkih za izvršbo neplačane preživnine, saj so na tovrstne zaplete opozorili že številni drugi avtorji. Namesto tega se je osredotočil na dejanske primere, ki so se znašli pred slovenskimi sodišči, in jih razporedil v tri glavne sklope.

V prvem sklopu je obravnaval izbrane primere, v katerih so pritožniki nasprotovali odločitvi glede pristojnosti (ali nepristojnosti) slovenskega sodišč. Izkazalo se je, da je največ vprašanj povezanih s pravilnim razumevanjem pojma »običajno prebivališče« kot ene od ključnih okoliščin, na katerih sodišča utemeljijo svojo pristojnost. Ker običajnega prebivališča ni mogoče vedno enačiti s prijavljenim prebivališčem, gre za pravni standard, ki ga morajo nacionalna sodišča presoditi v vsakem primeru posebej, ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera. Kljub splošnim usmeritvam glede relevantnih kriterijev (npr. trajanje bivanja, pogoji bivanja, razlogi za bivanje na določenem kraju, razlogi za preselitev v drugo državo bivanja, kraj in pogoji za šolanje, znanje jezikov, družinske in socialne vezi v državi, itd.), je končna odločitev neizogibno vsaj deloma subjektivna, udeleženci pa ne morejo vedno zanesljivo sklepati glede razpleta.

V drugem sklopu je članek naslovil najpogostejše vprašanje, ki se zastavlja v postopku za priznanje tuje sodne odločbe – ali je dopustna vsebinska presoja odločbe in kaj vse sodi pod vsebinsko presojo. V skladu s slovensko zakonodajo so sodišča pri odločanju o priznanju tuje sodne odločbe omejena na preizkus formalnih predpostavk, iz vsebinskih razlogov pa

lahko priznanje zavrnejo samo v primeru, kadar tuja odločba nasprotuje javnemu redu Republike Slovenije. V obravnavanih primerih so sodišča npr. zavrnila ugovore, ki so se nanašali na način določanja preživnine, ki ni v skladu z običajnim določanjem višine preživnine v Republiki Sloveniji; argumente, da bi bilo zaradi spremenjenih okoliščin ali podobnih razlogov na mestu znižanje preživnine; ter ugovor zastaranja. Čeprav se ne da izključiti možnosti, da so pritožniki s tovrstnimi navedbami želeli izkoristiti vse možnosti za zasledovanje svojih interesov, utemeljenih ali ne, je hkrati mogoče sklepati na določeno zmedo glede pravnih sredstev, ki so udeležencem na voljo, ter forumov, kjer (in do kdaj) jih lahko uveljavljajo.

Tretji sklop primerov je zajel klasične ovire v čezmejnih postopkih, ki niso omejeni zgolj na preživninsko obveznost in izterjavo preživnin, temveč izpostavljajo širši problem, ki pesti evropsko procesno pravo (in navsezadnje tudi druge postopke z mednarodnim elementom). Tudi v teh zadevah so udeleženci poudarjali težave, povezane z nerazumevanjem jezika postopka oziroma jezika, v katerem so prejemali sodna pisanja, kar je po njihovih navedbah bistveno škodilo njihovim možnostim zasledovanja lastnih interesov ali pa vsaj povzročilo nesorazmerno visoke stroške prevodov. Pritožbene navedbe v obravnavanih primerih so odsevale vidno nezaupanje v tuje organe, ki ga gre v glavnem pripisati nepoznavanju pravnega sistema v drugi državi, pomanjkanju razpoložljivih informacij, pa tudi dejanski neaktivnosti ali neusposobljenosti pristojnih organov.

V objavljeni sodni praksi slovenskih sodišč je seveda mogoče najti tudi druge primere, ki se nanašajo na preživninsko obveznost v mednarodnem kontekstu in izpostavljajo druga odprta vprašanja. Kljub napredku v smeri učinkovitejšega sodelovanja in čezmejnega delovanja državnih organov, ki ga predstavljajo mednarodni instrumenti, naslovljeni v tem prispevku, je očitno, da je tudi na tem področju še veliko prostora za izboljšave in dodaten napredek glede zaščite pravice otrok do preživljanja.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Barnes, Melanie, Hammond, David, *International Child Maintenance and Family Obligations: A Practical Guide*, Family Law LexisNexis 2013;
2. Beaumont, Paul Raid et al., *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Bloomsbury Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2014;
3. Blažič, J, Pristavec-Đogić, M, Eror, A, *Neplačevanje preživnin: Primerjalni pregled*, Ljubljana, 39/2015;
4. Drev, Anja, 'Spremembe v zvezi z izterjavo preživninskih terjatev po noveli ZIZ-J', *Pravna praksa* 35/2014;

5. Drev, Anja, 'Prisilna izterjava preživninskih terjatev – odprti problemi v teoriji in praksi', *Pravna praksa* 46/2013;
6. Filipčič, Katja, Novak, Barbara, *Veliki znanstveni komentar Posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1),* 2. knjiga, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2019;
7. Jovanovič, Dušan, Novak-Krajšek, Darja, Volk, Dida, *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP): z navzkrižnim navajanjem zakonodaje*, Planet GV, Ljubljana 2008;
8. Končina Peternel, Mateja, 'Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori', *Pravosodni bilten* 1/2005;
9. Kraljić, Suzana, Drnovšek, Katja, “Maintenance obligations towards adult children in the Republic of Slovenia”, *Porodično pravo u eri globalizacije: zbornik radova,* 2020;
10. Kraljić, Suzana, *Družinski zakonik s komentarjem*, Poslovna založba MB, Maribor 2019;
11. Kraljić, Suzana, Burkelc-Juras, Lina, “Child maintenance for adult children who are studying: Slovenian legal regulation and the contemporary case-law”, *The international survey of family law*: *published on behalf of the International Society of Family Law*, 2016;
12. Kramberger-Škerl, Jerka, 'Evropsko čezmejno sodelovanje v družinskih zadevah', 47. Dnevi slovenskih pravnikov, 14. in 15. oktober 2021, Portorož, 6–7/2021;
13. Murgel, Jasna, 'Vpliv stečaja na izvršbo po ZFPPIPP', *Pravna praksa* 49–50/2008;
14. Novak, Barbara, *Družinsko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2017;
15. Pavčnik, Tomaž, ‘Narava, Ustava in nekatera preživninska vprašanja’, *Pravna praksa* 10/2014;
16. Peršl, Šprela, 'Osebni stečaj in neplačana preživnina', *Pravna praksa* 7/2020;
17. Plavšak, Nina, Juhart, Miha (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, splošni del – 2. knjiga, GV založba, Ljubljana 2003;
18. Repas, Martina et al. (ur.), *Mednarodno zasebno pravo Evropske unije*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018;
19. Rijavec, Vesna, *Civilno izvršilno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2003;
20. Šinkovec, Janez, Tratar, Boštjan, *Obligacijski zakonik: s komentarjem in sodno prakso*, Oziris, Lesce 2001;
21. Verschraegen, Bea (ur.), *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Vienna 2009;
22. Volk, Dida, *Izvršba: izterjava denarnih terjatev*, Poslovna založba MB, Maribor 2015;
23. Walker, Lara, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015;

24. Zupančič, Karel, *Družinsko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.

Pravni viri

1. Družinski zakonik, *Uradni list RS*, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US in 5/23;
2. Kazenski zakonik, *Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 – ZZNŠPP in 16/23;
3. Konvencija o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, OJ L 339, 21. 12. 2007;
4. Obligacijski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631;
5. Uredba (ES) št. 1393/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah (vročanje pisanj) in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1348/2000, OJ L 324, 10. 12. 2007;
6. Uredba Sveta (ES) št. 1348/2000 z dne 29. maja 2000 o vročanju sodnih in zunajsodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah, OJ L 160, 30. 6. 2000;
7. Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah, OJ L 7, 10. 1. 2009;
8. Uredba Sveta (EU) 2016/1103 z dne 24. junija 2016 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju pristojnosti, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in izvrševanja odločb na področju premoženjskih razmerij med zakoncema, OJ L 183, 8. 7. 2016;
9. Uredba Sveta (EU) 2016/1104 z dne 24. junija 2016 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju pristojnosti, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in izvrševanja odločb na področju premoženjskopravnih posledic registriranih partnerskih skupnosti, OJ L 183, 8. 7. 2016;
10. Uredba Sveta (EU) 2019/1111 z dne 25. junija 2019 o pristojnosti, priznavanju in izvrševanju odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o mednarodnem protipravnem odvzemu otrok (prenovitev), OJ L 178, 2.7.2019, 1–115;
11. Uredba Sveta (EU) št. 1259/2010 z dne 20. decembra 2010 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze in prenehanje življenjske skupnosti, OJ L 343, 29. 12. 2010;
12. Ustav Republike Slovenije, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a;

13. Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo, 178/21 – popr., 196/21 – odl. US, 157/22 – odl. US in 35/23 – odl. US;
14. Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M, 23/20 – SPZ-B, 36/21, 81/22 – odl. US in 81/22 – odl. US;
15. Zakon o Javnem štipendijskem, razvojnem, invalidskem in preživninskem skladu Republike Slovenije, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 78/06 – uradno prečiščeno besedilo, 106/12, 39/16, 11/18 – ZIZ-L, 139/20 in 17/22;
16. Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 56/99, 45/08 – ZArbit in 31/21 – odl. US;
17. Zakon o pravdnem postopku, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1, 70/19 – odl. US, 1/22 – odl. US in 3/22 – Zdeb;
18. Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – ZZZDR-C, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 16/04;
19. Zakon o spremembah Zakona o Javnem štipendijskem, razvojnem, invalidskem in preživninskem skladu Republike Slovenije – ZJSRS-I, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 17/22;
20. Zakon o spremembi in dopolnitvi Zakona o Javnem štipendijskem, razvojnem, invalidskem in preživninskem skladu Republike Slovenije – ZJSRS-H, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 139/20;
21. Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, *Uradni list SRS*, št. 15/76, 30/86 – ZNP, NPB1, 1/89, NPB2, 14/89, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, NPB3, 26/99 – ZPP, NPB4, 70/00 – ZZNPOB, NPB5, 64/01, NPB6, 110/02 – ZIRD, NPB7, 42/03 – odl. US, NPB8, 16/04, NPB9, 69/04 – UPB1, NPB10, 101/07 – odl. US, NPB11, 90/11 – odl. US, NPB12, 84/12 – odl. US, NPB13, 82/15 – odl. US, NPB14, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVI.

Sodna praksa

1. Višje sodišče v Celju, sklep Cp 67/2019 z dne 21. 2. 2019;
2. Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Ip 1310/2020 z dne 30. 9. 2020;
3. Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Kp 67/2000 z dne 9. 2. 2000;
4. Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Kp 9/2000 z dne 8. 3. 2000;
5. Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 1387/2022 z dne 9. 9. 2022;
6. Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 234/2011 z dne 16. 2. 2011;

7. Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 2535/2018 z dne 31. 1. 2019;
8. Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 2750/2017 z dne 24. 1. 2018;
9. Višje sodišče v Ljubljani, sklep IV Cp 3713/2005 z dne 7. 9. 2005;
10. Višje sodišče v Ljubljani, sklep Kp 1734/93 z dne 11. 1. 1994;
11. Višje sodišče v Ljubljani, sklep VII Kp 38849/2016 z dne 7. 6. 2017;
12. Višje sodišče v Ljubljani, sodba I Kp 666/2005 z dne 14. 12. 2005;
13. Višje sodišče v Ljubljani, sodba in sklep IV Cp 2465/2016 z dne 11. 10. 2016;
14. Višje sodišče v Ljubljani, sodba in sklep IV Cp 58/2013 z dne 30. 1. 2013;
15. Višje sodišče v Ljubljani, sodba in sklep IV Cp 815/2020 z dne 8. 7. 2020;
16. Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 1337/2015 z dne 13. 5. 2015;
17. Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 1506/2019 z dne 11. 12. 2019;
18. Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 1886/2018 z dne 10. 10. 2018;
19. Višje sodišče v Ljubljani, sodba IV Cp 472/2018 z dne 25. 5. 2018;
20. Višje sodišče v Mariboru, sklep I Ip 428/2017 z dne 10. 7. 2017;
21. Višje sodišče v Mariboru, sklep IV Kp 12446/2015 z dne 6. 6. 2017;
22. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba I Ips 234/2008 z dne 28. 8. 2008;
23. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba I Ips 340/2007 z dne 8. 11. 2007;
24. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba I Ips 465/2006 z dne 22. 3. 2007;
25. Vrhovno sodišče RS sklep Cp 20/2016 z dne 8. 12. 2016;
26. Vrhovno sodišče RS sklep Cp 46/2019 z dne 24. 10. 2019;
27. Vrhovno sodišče RS, sklep Cp 11/2014 z dne 12. 6. 2014;
28. Vrhovno sodišče RS, sklep II Ips 821/2007 z dne 15. 11. 2007;
29. Vrhovno sodišče RS, sodba II Ips 268/99 z dne 30. 6. 1999.

Internet viri

1. EU Monitor, Regulation 2009/4 – Jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4-nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vitgbgiplxzn*;
2. Haaška konvencija z dne 23. novembra 2007 o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin, <*https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:192:0051:0070:SL:PDF*> (dostop dne 24. 4. 2023);
3. Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije, <*https://www.srips-rs.si/prezivnine/nadomestila-prezivnin/-odlocba-izplacila*> (dostop dne 24. 4. 2023);

4. Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije, *<https://www.srips-rs.si/sklad/novice/novica/sklad-aprila-izplacal-nadomestila-prezivnin-za-3446-otrok>* (dostop dne 24. 4. 2023);
5. Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije, *https://www.srips-rs.si/prezivnine/nadomestila-prezivnin*;
6. Javni štipendijski, razvojni, invalidski in preživninski sklad Republike Slovenije, Izterjava preživnine iz tujine, *https://www.srips-rs.si/prezivnine/izterjava*;
7. Konvencija o izterjavi preživninskih zahtevkov v tujini z dne 20. 6. 1956, Uradni list SFRJ – MP, št. 11/81, *https://www.srips-rs.si/storage/app/media/PREZIVNINE/Vloge%20in%20obrazci/NY%20konvencija%2049-1960-002-PREVOD.pdf*;
8. Navodilo za izpolnjevanje tipskega predloga za izvršbo zaradi izterjave preživnine, *https://sodisce.si/mma_bin.php?static_id=20190404134708*;
9. Predlog Družinskega zakonika z dne 20. 12. 2016, 21, *https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/63a46860fbf7173032be6b1684a9ebc5cd21110e1eed4c737ad1c674c8a1ce5f*;
10. Protokol z dne 23. novembra 2007 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti; *https://assets.hcch.net/docs/535df2a7-47df-439c-9890-bd6e715b842c.pdf*;
11. Sklep Sveta z dne 9. junija 2011 o odobritvi Haaške konvencije z dne 23. novembra 2007 o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin v imenu Evropske unije, OJ L 192, 22. 7. 2011, 39–50, *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:-2011:192:0051:0070:SL:PDF*;
12. Tipski obrazec za izvršbo zaradi izterjave preživnine, *https://sodisce.si-/sodni_postopki/obrazci/2016050913194578/.*

Assistant Professor Katja Drnovšek, LL.D.
Full Professor Suzana Kraljić, LL.D.

Faculty of Law, University of Maribor

MAINTAINING CHILDREN – THE ANALYSIS OF CASE LAW WITH INTERNATIONAL DIMENSIONS

Summary

The already complex issue of child support enforcement, which is a critical factor in ensuring the child's best interest in all cases where the child does not live with the persons obliged to support them, gains additional dimensions in an international environment. International conventions, bilateral and multilateral agreements, and European legislation – most

notably Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance with the Hague Protocol, and Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations – have undoubtedly facilitated cross-border enforcement of maintenance claims in cases where the maintenance debtor does not reside in the Republic of Slovenia. However, in practice, the parties involved in proceedings are faced with some ambiguities and uncertainties that can be partly attributed to the multitude of applicable legal acts and the resulting variety of situations depending on the country of residence of the maintenance debtor and the beneficiary, which further exacerbates the general reluctance of parties involved in international proceedings. The article will provide a general overview of the Slovenian regulation of the right to maintenance and the specifics of enforcing unpaid maintenance before Slovenian courts. Furthermore, it will focus on analyzing relevant Slovenian case law with an international element, with particular attention paid to evaluating the use of European and international legal acts before Slovenian courts and the problems faced by participants in the proceedings.

Key words: *Right to maintenance; Enforcement of maintenance; Child maintenance; Cross-border dispute; Maintenance debtor; Maintenance beneficiary; Jurisdiction.*

UDC/УДК 342.4:930.85(460)
EXPERT PAPER / *СТРУЧНИ РАД*

Professor Luis-Javier Capote-Pérez, LL.D.

Profesor Contratado Doctor Tipo I
Área de Derecho Civil. Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas,
San Cristóbal de La Laguna, en Tenerife, España

CREATION AND INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF CULTURAL HERITAGE IN THE SPANISH LAW

In this paper we are going to talk and discuss about the creation of the concept of "cultural heritage" in the Spanish Law and the characters of the legal definition of cultural property or cultural heritage goods, according with the legal system stablished by the 1978 Constitution. We will comment some cases of the Spanish Jurisprudence where the concept is developed.

Key words: Spanish Law; Spanish Constitution; Cultural Heritage; Cultural property.

1. INTRODUCTION

The importance and value of cultural, historical, and artistic heritage are widely recognized under international, regional, and national laws.[1] In fact, cultural heritage is today perceived as one of the core elements of social, economic, and cultural development, and more often guised a global common good, to which the humanity is both custodian and beneficiary.[2]

Luis-Javier Capote-Pérez, *lcapote@ull.edu.es*.

[1] L. J. Capote Pérez, M. A. Calzadilla Medina, "Cultural heritage and land uses of sustainable development under the Green Deal and sustainable development goals", *CEDR Journal of Rural Law* 7 /2021, Nº 1, 25–37.

[2] For instance, see Decision (EU) 2017/864 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, whom legal consideration exposes that *the ideals, principles and values embedded in Europe's cultural heritage constitute a shared source of remembrance, understanding, identity, dialogue, cohesion and creativity for Europe. Cultural heritage plays a role in the European Union and the preamble to the Treaty on European Union (TEU) states that the signatories drew inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe.*

Art and cultural objects form separate classes of objects that speak about the human condition and that mirror living conditions of individuals and communities. They offer the knowledge about the creative process and the identity of the group responsible of their production. Cultural heritage expresses continuity between the past and the present, introduces the idea of cultural identity and explains our fascination for antiquities.[3]

2. PRINCIPLES OF THE SPANISH CULTURAL HERITAGE LAW

Every historical-artistic good is defined by its value in spatial-temporal perspective and in cultural dimension. Heritage is a concept to which most people assign a positive value, and the preservation of material and intangible culture are generally regarded as a shared common good by which everyone benefits.[4] These conditions are bases of a special regulation under general expression of cultural heritage law, because of the objective of conservation, divulgation, and spreading of culture. Beyond individual rights there is a general interest: there could not be liberty, equality, or real democracy without one culture solidly established in society. In Spanish law, Article 46 1978 Spanish Constitution, requires that public powers to assume and promote protection of Spanish cultural heritage, giving them great powers to undertake that mission.[5] The public or private nature of the property does not differentiate its protection and, according with this equalization, we could affirm that cultural heritage goods are not public but, actually, the constitutional rule is the basis for setting certain limits on private ownership.[6] The historical-artistic dimension of some goods doesn't suppose their assignation to public domain, or the establishment a

[3] For instance, see C. Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham 2015, 1–5.

[4] H. Silverman, D.F. Ruggles, "Cultural Heritage and Human Rights", *Cultural Heritage and Human Rights* (eds. H. Silverman, D. F. Ruggles), Springer, New York 2007, 3.

[5] Article 46 1978 Spanish Constitution: "The public authorities shall guarantee the preservation and promote the enrichment of the historical, cultural and artistic heritage of the peoples of Spain and of the property of which it consists, regardless of their legal status and their ownership. The criminal law shall punish any offences against this heritage." Constitución Española [Spanish Constitution], 29 December 1978, *Boletín Oficial del Estado, 1978, No. 311, Ref. BOE-A-1978-31229;* for English translation consult: *http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf*. This constitutional precept has an origin in 1931 Spanish Second Republic Constitution, which under Article 45 introduced the first rule in Spanish law to fight versus pillaging and plundering over Spanish heritage. A. Pérez de Armiñán y de la Serna, *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Cuadernos Civitas, Madrid 1997, 37.

[6] C. Camblor de Echanove, "Mercado y régimen de los bienes culturales en el Reino Unido", *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, nº 4, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra «Andres Bello» de Derechos Culturales, 2013, 8.

of new type of "public property" as a new category of the rights of ownership.[7] Exceptionally, the archaeological heritage is regulated as part of the public domain,[8] but, with respect to privately owned properties, the nature of cultural good implies a limitation in certain faculties or freedoms inherent in its content.

In the Spanish law, the concept and history of cultural heritage, as well as its deciding characters, have been defined by doctrine but, legally, we can find a definition in the 1985 Spanish Historical Heritage Act.[9] According to these sources, cultural or historic-artistic heritage is a group of movable and immovable goods with artistic, historical, paleontological, archaeological, ethnographical, scientific, or technical interest or value. This definition includes documentary and bibliographical heritage, archaeological sites, natural sites, gardens, and parks with artistic, historic, or anthropologic value.

According with de 1985 Act, the concept of historic-artistic heritage includes different categories of goods.[10] First, there are properties of cultural interest (*bienes de interés cultural* – Articles 9 to 39 1985 Act), comprising both immovable properties and movable objects. As far as the immovable properties (*bienes inmuebles de interés cultural;* Articles 14 to 25 1985 Act) are concerned, there are five specific categories of protected sites and buildings:

- Historic monuments (*monumentos históricos* – Article 15(1) 1985 Act): immovable properties comprising architectural or engineering work or works of colossal sculpture shall be considered as monuments provided they are of historic, artistic, scientific, or social interest.
- Historic gardens (*jardines históricos* – Article 15 (2) 1985 Act): delimited areas resulting from the organisation of natural elements, sometimes complemented with constructions and considered of interest because of their origins, historic past, or their aesthetic, sensory, or botanical value.

[7] J. Barcelona Llop, "El dominio público arqueológico", *Revista de administración pública,* nº 151, 2000, 133–166.

[8] J. F. Gabaldón de la Banda, "La regulación del Patrimonio Arqueológico como dominio público a raíz de la promulgación de la ley de 1911: un antecedente de la Ley 16/1985", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense,* XLVII, 2014, 263–284.

[9] Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, *Boletín Oficial del Estado, 1985, No 155, Ref.* BOE-A-1985-12534, 29.6.1985.

[10] L. J. Capote Pérez, "Cultural Heritage and Spanish Private Law", *Santander Art and Culture Law Review* 2/2017 (3), 237–254.

- Historic units (*conjuntos históricos* – Article 15(3) 1985 Act): groups of immovable properties forming one continuous or dispersed unit of settlement, distinguished by a physical structure representing the development of a human community, testifying to their culture or constituting a value for public use and enjoyment.
- Historic sites (*sitios históricos* – Article 15(4) 1985 Act): places or natural landscapes linked to events or memories of the past or to popular tradition, cultural or natural creations and works of mankind, having historical, ethnological, paleontological, or anthropological value.
- Archaeological areas (*zonas arqueológicas* – Article 15(5) 1985 Act): places or natural landscapes where there are movable or immovable objects that can be studied using archaeological methodology, whether or not they have been extracted and whether they are to be found on the surface, underground, or below Spanish territorial waters.

Movable properties (*bienes de interés cultural* – Articles 26 to 34 1985 Act), in turn, are movable goods defined by their cultural interest, which should be recorded in a special inventory. The owners or possessors of such goods should notify the public administration of the existence of such objects before proceeding to sell or transfer them to third parties. The same obligations are established for individuals or entities that habitually carry out trade in movable property that is part of Spanish historic heritage, who are also required to contact the appropriate administrative unit in order to register any transfer of such objects. This is a concrete example of a limitation imposed on the traditional freedom of owners due to the protection of cultural heritage.

The second large category is archaeological heritage (*bienes del patrimonio arqueológico* – Articles 40 to 45 1985 Act). This category includes movable or immovable properties of a historic nature that can be studied using archaeological methodology, whether or not they have been extracted or whether they are to be found on the surface or underground, in territorial seas or on the continent itself. The category also encompasses geological and paleontological elements, relating to the history of mankind and its origins and background, including caves, shelters, and places containing expressions of cave art.

The third large category is ethnographic heritage (*bienes del patrimonio etnográfico* – Articles 46 and 47 1985 Act). This category includes movable or immovable properties, knowledge, and activities that have been a relevant expression of a traditional culture of the Spanish nation in

its material, social, or spiritual aspects. Under this category, the legislation distinguishes:

- Immovable properties (*bienes inmuebles* – Article 47(1) 1985 Act): any buildings and installations whose method of construction is an expression of knowledge acquired, established, and transmitted by custom and whose creation belongs totally or partially to a type or form of architecture traditionally used by communities or human groups.
- Movable properties (*bienes muebles* – Article 47(2) 1985 Act): all objects that constitute the expression or the product of labour or aesthetic and pleasure activities of any human group that are established and transmitted by custom.
- Knowledge and activities (*conocimientos y actividades* – Article 47(3) 1985 Act: this includes knowledge and activities derived from traditional models or techniques used by a specific community.

Finally, there is another category: documentary and bibliographical heritage (*bienes del patrimonio documental y bibliográfico* – Articles 48 to 58 1985 Act). This category includes a great number of elements which share cultural testimony through all types of data formats, concretised in concepts such as a "document" and "library."

All these goods are defined by a character of historicity because the 1985 Act establishes their special status in accordance with the notions of time and space.[11]

The notion of time under the 1985 Act includes different possibilities of its application. On the one hand, there is a general idea of time as an expression of historic value. On the other hand, there are special rules for goods where the time factor is defined by several years of existence, for instance in the case of documentary and bibliographical heritage goods. According to Article 49 of the 1985 Act, documentary heritage goods are integrated documents from public and private entities older than a specific number of years. Under Article 50 1985 Act, bibliographical heritage

[11] C. Barrero Rodríguez, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990. L. P. Martín Sanmartín, "La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España: valoración y perspectivas", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, no. 7, 2011, 123–150. M. L. Lacaba Zabala, "La protección del patrimonio etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: Especial referencia al País Vasco y Andalucía", *Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, propiedad intelectual e industrial*, vol. 2, 2013, 105–148. E. Hernández Torres, *Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad*, Reus, 2018. L. J. Capote Pérez, "Tangible and Intangible Heritage in Spanish Law", *Protection of Tangible and Intangible Cultural Heritage* (eds. P. Dobosz *et. al.*), Krakow 2020, 45–53.

goods are composed of manuscripts and printed works with three or fewer existent copies. Ultimately, cultural value is the determinative element in defining historical-artistic heritage. One should bear in mind that there is always an element of culture in every human activity. The presence of one person implies the existence of culture. Yet the actual "heritagisation" requires an assessment of the value of a given cultural manifestation in a determined historical or artistic context. There are some theoretical constructions designed to establish a common concept or denominator for all categories of cultural heritage. One of them refers to the notion of cultural goods, where the adjective "cultural" is used to indicate a given item's belonging to the history of civilisation. The historical dimension concretises the ambiguous definition of culture, and a cultural good is perceived as a testimony of the past. Thus, the concept of heritage is defined by two aspects: culture and history. Every historic-artistic good is defined by its value in a spatial-temporal perspective and in its cultural dimension.

The historic value of a good implies granting it a special status to enable its protection. Accordingly, the formal classification of an item as a cultural good, triggers an array of obligations and charges. The imposition is a direct consequence of the axiological and policy objective, inscribed into the Spanish Constitution and the 1985 Act, to enable an increasing number of people to benefit from the cultural value of that good. Cultural heritage includes goods in private hands, in which case the cultural stewardship should be managed together with ownership rights. Thus, private property rights in cultural goods are demarcated by the general limits of the social function. In this context, that limit is the defence of culture as a collective interest of everyone, which particularly affects the freedom of disposal. In this context, "everyone" refers to present and future generations, and not only Spaniards, because *voluntas legis* conceives culture as a universal good (a "universal universality").

Thirty years after the entry into force of the 1985 Act, the Spanish law introduced a specific regulation to the immaterial cultural heritage in the 2015 Spanish Safeguard Intangible Cultural Heritage Act.[12] The 2015 Act recognizes in its preamble the ampliation of the concept of cultural heritage, introducing the category of activity-goods, together with the previous one of thing-goods. It also mentions the interweaving between tangible and intangible heritage, but points to different ways to protect each one, counter-posing concepts of conservation and safeguarding. Next, in Article 2, it introduces a definition of immaterial heritage as uses, representations, expressions, knowledge and techniques that communities, groups, and, in

[12] Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, *Boletín Oficial del Estado 2015, No 126,* Ref. BOE-A-2015-5794.

some cases individuals, could recognize as an integral part of their cultural heritage, and mentions examples of that categories like:

- Traditions, oral expressions and linguistic modalities and particularities;
- Traditional toponymy;
- Social practice, rituals, and festive events;
- Knowledge and uses related with nature and the universe;
- Gastronomy, cooking recipes and food;
- Some specific utilizations of natural landscapes;
- Some forms of collective socialization and organization;
- Traditional music, dance, and sonorous manifestations.

As can be seen, the concepts of cultural value and historicity are also invoked in this case, although the way to protect these activity-goods does not resemble those applied to the thing-goods of material heritage. In any case, the common denominator established by these concepts, as basis of the consideration of the cultural heritage nature of a good has been developed jurisprudentially.

Thus, in the Judgment of the Appellate Court of Soria No. 56/2009, 27 March 2009[13] the declaration of the condition of cultural heritage good of the private documental archive of General Juan Yagüe Blanco was based on the fact that the repository included many public records, because the military held several official positions during the Spanish Civil War (1936-1939) and the first period of the dictatorial government of General Francisco Franco Bahamonde. In this case, the cultural value of the archive is not based on the public and historical dimension of its former owners but in the public condition of many of the documents whose possession was maintained by Yagüe Blanco instead of returning them, once his public designation was over.

Moreover, in the Judgment of the Supreme Court No. 3154/2002, 6 May 2002[14] the maintenance of the condition of cultural heritage of the painting *Dresden From the Right Bank of the Elbe Below the Augustus Bridge* was based on the importance of this work in the process of restoration and reconstruction of the German city, destroyed during the Second World War. The picture, part of a private collection in Madrid, was made by the Italian artist Bernardo Bellotto "Canaletto" and its owners tried to export the painting outside of Spain. The authorization to sell abroad the work was denied by the Spanish Administration, not because of its rela-

[13] ROJ: SAP SO 44/2009 – ECLI: ES:APSO:2009:44.
[14] ROJ: STS 3154/2002 – ECLI: ES:TS:2002:3154.

tions with the history of the country. Neither the author was Spanish, nor the work represented a Spanish city, but the picture represents the evocation of the beauty of Dresden before its devastation. The work of Canaletto was used in the process of rehabilitation of cities such the mentioned Saxonian city or Warsaw and this gave a new dimension to the cultural value of his work, that, a last, defines the condition of cultural heritage good, according with the Spanish law.

Furthermore, in the Judgement of the Madrid High Court No. 48/2015, 11 February 2015)[15] the condition of cultural heritage good of a private letter from Christopher Columbus to his son Diego that belonged to a private collection is defined by the historic dimension of the sender. The owner tried to sell the document in a public auction abroad, but the Spanish Administration refused to authorize the exportation, because of the importance of this letter, despite their status as private correspondence between father and son.

These are only three jurisprudential examples that expose how the character of cultural value, basis of the condition of cultural heritage, is determined by the elements of historicity and antiquity in each case.

3. CONCLUSIONS

The condition of cultural heritage goods – material and immaterial – in the Spanish law is established by their cultural value.

This value is defined by the elements of antiquity and historicity, in the sense of every historic-artistic good is defined by its valour in a spatial-temporal perspective and in its cultural dimension.

This valour has to be determined in each case, using the resources and contributions of the extra-legal disciplines like History and Art History.

[15] ROJ: STSJ M 696/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:696.

LIST OF REFERENCES

1. Barcelona Llop, Javier, "El dominio público arqueológico", *Revista de administración pública*, nº 151, 2000;
2. Barrero Rodríguez, Concepción, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990;
3. Camblor de Echanove, Carmen, "Mercado y régimen de los bienes culturales en el Reino Unido", *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, nº 4, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra «Andres Bello» de Derechos Culturales, 2013;
4. Capote Pérez, Luis Javier, Calzadilla Medina, María Aránzazu, "Cultural heritage and land uses of sustainable development under the Green Deal and sustainable development goals", *CEDR Journal of Rural Law* 7/2021, Nº 1;
5. Capote Pérez, Luis Javier, "Tangible and Intangible Heritage in Spanish Law", *Protection of Tangible and Intangible Cultural Heritage (eds. P. Dobosz et. al.)*, Krakow 2020;
6. Capote Pérez, Luis Javier, "Cultural Heritage and Spanish Private Law", *Santander Art and Culture Law Review* 2/2017 (3);
7. Gabaldón de la Banda, José Fernando, "La regulación del Patrimonio Arqueológico como dominio público a raíz de la promulgación de la ley de 1911: un antecedente de la Ley 16/1985", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014;
8. Hernández Torres, Estefanía, *Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad*, Reus, 2018;
9. Lacaba Zabala, M. L., "La protección del patrimonio etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: Especial referencia al País Vasco y Andalucía", *Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, propiedad intelectual e industrial*, vol. 2, 2013;
10. Martín Sanmartín, Luis Pablo, "La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España: valoración y perspectivas", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, no. 7, 2011;
11. Pérez de Armiñán, *Alfredo y de la Serna, Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Cuadernos Civitas, Madrid 1997;
12. Roodt, Christa, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham 2015;
13. Silverman, Helaine, Ruggles, D. Fairchild (eds.), *Cultural Heritage and Human Rights*, Springer, New York 2007.

Проф. др Луис Хавијер Капоте Перез

Катедра за основне правне дисциплине
Универзитет Ла Лагуна, Сан Кристобал де Ла Лагуна, Тенерифе, Шпанија

СТВАРАЊЕ И ТУМАЧЕЊЕ КОНЦЕПТА КУЛТУРНОГ НАСЛИЈЕЂА У ШПАНСКОМ ПРАВУ

Сажетак

У раду се говори о стварању концепта „културног наслијеђа" у шпанском праву и карактеристикама правне дефиниције културног добра и културног наслијеђа, према правном систему установљеном Уставом из 1978. године. Дат је осврт на поједине случајеве из судске праксе у Шпанији, у којима је развијен концепт културног наслијеђа.

Кључне ријечи: *Шпанско право; Шпански устав; Културно наслијеђе; Културна добра.*

B. Andò, C. Valente, *Balancing AI and Privacy: Cross-border Perspectives*, Collection of Papers "Law Between Creation and Interpretation", East Sarajevo 2023, pp. 548–569.

UDC/УДК 341
004.8
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Associate Professor Biagio Andò, LL.D.

University of Catania, Department of Social and Political Science, Italy

Senior Assistant Professor Cinzia Valente, LL.D.

University of Modena and Reggio Emilia, Italy
Department of Education and Human Science

BALANCING AI AND PRIVACY: CROSS-BORDER PERSPECTIVES*

The objective of this paper is to provide an overview of the prevailing trends observed within common law and civil law systems concerning the protection of personality rights in relation to the utilization of artificial intelligence (AI) systems.

Specifically, the aim is to accentuate the divergent approach adopted by legal practitioners within the American and Italian legal systems when the absence of specific regulatory provisions requires distinct legal reasoning, resulting in disparate resolutions for specific cases.

The equilibrium between rights now deemed indispensable, such as the regulation of personal data, circulation, and the promotion of technology to advance economic progress within these systems, has now been entrusted to the discretion of the courts. A comparative analysis of the various interpretative criteria reveals contrasting methodologies that typify the respective legal systems.

Key words: Socio-technological innovation; Regulation; Privacy; Obsolescence; Inadequacy; Discretion; Statutory construction.

Biagio Andò, *biagio.ando@unict.it*.
Cinzia Valente, *cinzia.valente@unimore.it*.

* This paper has been written in the framework of the Research Project *Digital innovation, diritto all'informazione e (rimedi a) protezione dell'identità personale* (PON R&I 2014-2020) carried out by Cinzia Valente (researcher) and Biagio Andò (scientific supervisor). Parr. 1–2 are written by Biagio Andò; parr. 3–7 by Cinzia Valente.

1. A COMPARATIVE OVERVIEW OF THE CIVIL/COMMON LAW TRADITIONS: CREATIVITY OF INTERPRETATION AND THE DOGMA OF THE LAW-MAKER'S SUPREMACY

One of the major fields of comparison between common and civil law is the scope of discretion of courts and lawyers in the interpretation of law.

In civil law systems originated from the post-revolutionary French model, legal sources are ordered hierarchically and grounded on the principle of lawmaker's supremacy. The boundaries of courts and law scholars' creativity are shaped by the legislative rules regulating interpretation. The primacy of the lawmaker's will in the civil law tradition may legitimize disregard for literal interpretation when law is applied according to the lawmaker's intent.

Interpretation and creativity are not mutually exclusive; the former implies a certain degree of discretion for those who are involved with this task. The crucial issue is thus that of defining the scope of this latter.

Lawmaker's supremacy is a leading principle even in the common law world; yet it leads to different outcomes from those achieved in Europe; furthermore, it is differently modulated in the UK and the US legal systems.

Whereas in the civil law world the adaptation of the legal texts – through their broad or strict interpretation – is by and large accepted as legitimate (if deferential to the lawmaker's intention), in the British common law this option is not generally available.

In the UK, the principle at stake steers courts towards a strict construction of law, which acknowledges the primacy of its literal meaning. The implicit premise is that the letter of the law mirrors the lawmaker's intention. Whether courts were allowed to disregard the text's literal meaning grounding their decisions on what is assumed to be an underlying goal of a given statute, they would place themselves in the law-maker's shoes. Therefore, only cases expressly considered as falling within the UK statutes' scope may fall within the realm of application of these latter; analogy is not permitted. The importance assigned by courts to the literal meaning of a legal text is enhanced by barring the recourse to statutory preparatory work aimed at identifying the legislative policies lying at the core of statutes. This restriction (which had been overcome only in few exceptional cases) is justified on the ground that recourse to statutory preparatory work may only identify the intention of Parliament's single members, but not of Parliament as a whole.

In the UK, judge-made law unfolds in the field of common law, which is the courts' sovereignty realm. The area of common law is not affected

by the lawmaker's authority, due to the abovementioned narrow understanding of statutory law. This view fits within the traditional understanding of the relationship statutory law/judge-made law, being the former seen as a legal source having a limited scope of application (*lex specialis*), whereas judge-made law is endowed with a wide scope of application (*lex generalis*). Statutory and judge-made law are two parallel streams, with a distinct identity within the system of legal sources.[1] The continental European approach and the UK one highlight therefore different features aimed at restraining the judicial discretion.

In the UK the overarching rule of literal interpretation may be derogated only in two cases: either when it leads to absurd results (according to the golden rule, a reasonable application of the statute is preferred to its literal interpretation) or when the literal meaning does not shed enough light on the law's *rationale*. In this latter case, judges may commit themselves to clarify the nature – the scope – of the statute interpreted, having to ascertain if a given statute is merely declaratory (i.e. it simply incorporates a huge amount of provisions enshrined in previously enacted statutes or common law principles in force) or it is innovative (it substantively changes the law in force). In this latter case, courts seize the statutory meanings by looking at the overall legal framework, in order to identify the specific shortcomings leading to its enactment (mischief rule). This rule clearly allows courts to investigate the law-maker's intention. This approach shows similarities with the systematic one adopted by civil law judges.

The US federal courts' attitude toward statutory preparatory work is less rigid than the English one, probably because of the existence of a written Constitution at the federal level.

The points made above do not fully explain how civil and common law traditions handle a 'hard' case. Such a case occurs when an unprovided-for change driven by social or technological factors is able to affect the ways in which law in force affords protection to specific individual interests. When do these changes have to be considered so significant that law in force may be deemed obsolete? Through which normative gateways is the change managed? Should a new social/political phenomenon be managed through an 'effort' – overt or covert – of 'creativity' by law officials when the individual interests involved need to be differently weighted, without the necessity of changing the existing legal framework? In other words, is a new statute the only way out or may the law in force be differ-

[1] Examples of joint developments of case law and statutory law (as well as of developments of common law through statutes) are discussed by P. S. Atiyah, "Common Law and Statute Law", *Modern Law Review* 48/1985, 6 ff.

ently construed in order to make it able to more effectively safeguard the individual interests falling in its realm?

2. THE LAWMAKER'S SUPREMACY AND SOCIO-TECHNOLOGICAL CHANGE IN THE US LEGAL CONTEXT

Courts may nibble away at the principle of the lawmaker's supremacy by arguing that the applicable statutes are not able to effectively grapple with changes occurred at a societal level or triggered by technological progress. They may contend that the balance between the interests involved struck by the written law is not anymore satisfactory.

Courts may put in play three strategies.[2]

The first – the one having the utmost impact – is constitutional adjudication. Courts may show that due to some significant social change a given statute infringes basic constitutional principles (such as the equal protection of laws, violated when different social groups are not treated equally).

The second, dubbed by Calabresi as "passive virtue",[3] pursues the nullification of statutes by not applying them to the case at stake, avoiding at the same time their being made object of constitutional review. Anachronistic laws remain in force, albeit deprived of their previous legitimation. They are left in a sort of legal limbo, so that the legislature may take a second look in order to decide whether repealing them or not.

Last but not least, strict interpretation may be implemented in order to weaken the impact of obsolete laws. Obsolete laws are the most evident case – but not the only one – of laws made unsuitable by events occurring after their enforcement.

An example of challenging technological innovation – clearly showing the limits inherent to the distinction between creation of legal rules and legal interpretation – is the processing of personal information through automatized and AI systems.

Technological development has enabled businesses supplying goods or services to process a very huge amount of personal data. The goal of efficiency as a crucial part and parcel of running a business is quite often invoked as a persuasive justification for the recourse to such technologies.[4] However, these practices may have a negative impact on data subjects. The increasing role of technology as a source of regulation – of constraint – of

[2] The remarks made in the text recall the approach adopted by G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press Cambridge, 1982, esp. 8–43.

[3] G. Calabresi, 16–30.

[4] The use of personal data has a strategic importance for business in order to predict – if not even to direct – the present and future behavior of a significant amount of individuals.

individuals' behavior is nowadays there for all to see,[5] clearly showing the existence of sources of regulation other than statutes and case-law.

The issue of the protection of the individuals' identity jeopardized by data processing cannot be cast aside.

In the US, these issues are not governed by federal *omnibus* laws; in this field, personal information does not enjoy a general protection at the federal level, being safeguarded only in specific, narrowly tailored cases.[6]

Some bills aimed at giving general protection to personal information have been introduced to the Congress and are still pending; yet, they have few chances to become law in the near future.

Since US common law principles may be considered as the driving legal source (or at least the most expeditious at hand), the issue is if harms flowing from data processing may be effectively handled through tort law.

Jeopardized personal interests might be managed in tort through the concept of privacy. The US common law is familiar with the idea of evolution, the silent change triggered by the adaptation of the existing taxonomies to new cases; changes in tort law have mainly occurred through gradual adjustments. Privacy is a convincing example in this regard. Originally framed by Warren and Brandeis as the right to be let alone,[7] its core was not brand new, since distinct personal interests had been previously covered by tort law (*via* assault and battery), contract law and copyright laws.

[5] In the US legal context, the issues related to the regulation of cyberspace has been in the spotlight in the last three decades. Seminal remarks are made by F. H. Easterbrook, "Cyberspace and the Law of the Horse", *University of Chicago Legal Forum*, 1996, 207, and L. Lessig, "The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach", *Harvard Law Review* 113/1999, 501. The former does not find necessary to enforce "legal adaptations for cyberspace", being sufficient the application of "general rules […] to specialized endeavors" (quotations at p. 207); the latter endorses the opposite view.

[6] Some Acts affording specific protection to personal information need to be mentioned: the *Electronic Communications Privacy Act* (1986) prohibits the access to or the interception of stored or transiting electronic communication; the *Computer Fraud and Abuse Act* (1986) provides criminal sanctions against who accesses to files held in private individuals' computers without authorization or going beyond its limits; the *Video Privacy Protection Act* (1988) forbids the circulation of information concerning persons who hire or purchase videos; the *Gramm-Leach-Bliley Act* (1999) mandates specific conducts lying on financial operators as to the processing and circulation of personal information; the *Health Insurance Portability and Accountability Act* (1996) protects sensitive patient health information from being disclosed without the patient's consent or knowledge; the *Children's Online Privacy Protection Act* (1998) imposes certain requirements on operators of websites or online services directed to children under 13 years of age, and on operators of other websites or online services that have actual knowledge that they are collecting personal information online from a child under 13 years of age.

[7] S. D. Warren, L.D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4/1890, 193.

A right already recognized as a bulwark against physical threats in tort law got – in its trailblazers' view – the status of a general legal device for the safeguard of the human beings' spiritual sphere. The issue is whether – and to what extent – privacy may afford protection to private information as well as to physical spaces.

At present, the scope of application in tort of this concept is narrow, due to the pigeonhole approach triggered by the so far dominant systematization ushered in by William Prosser.[8] This author singled out under the privacy's label four causes of action aimed at safeguarding different personal interests:[9] intrusion upon seclusion; disclosure of private facts; false light in the public eye; appropriation of the plaintiff's name or likeness. The first two in particular are suitable to afford protection to the data subjects' harms deriving from the misuse of their personal information; yet, the defense afforded to aggrieved individuals is too narrow, not being human personality as such shielded against its manifold infringements.

A call for a change of the US private law spearheaded by some scholars – clustered around the label of *New Private Law Movement*[10] – may lead to the reconsideration of the privacy torts in order to make possible their adaptation to new needs. Scholars adhering to this movement read tort law as a set of principles aimed at ensuring the individuals' vengeance and satisfaction when their rights are infringed.

Emphasis is on tort law's structure, seen as a place-holder of its clear-cut conceptual identity. This perspective is at the opposite end of the one which gained momentum at the beginning of the 20th century (and became mainstream in the following decades), according to which tort law was simply one means to pursue public law goals, such as that of an efficient distribution of losses.[11] According to the *New Private Law Movement*, tort law concepts, far from being mere smokescreens behind which courts freely seek policy aims, have a well-defined content and meaning.

This approach is non-instrumental; it conceives of the law of tort as a legal area endowed with autonomous goals and firmly entrenched in pri-

[8] W. L. Prosser, "Privacy", *California Law Review* 48/1960, 383.

[9] As Prosser put it, "[t]he law of privacy comprises four distinct kinds of invasion of four different interests of the plaintiff, which are tied together by the common name, but otherwise have almost nothing in common except that each represents an interference with the right of the plaintiff" (389).

[10] J. C. P. Goldberg, "Pragmatism and Private law", *Harvard Law Review* 125/2012, 1640.

[11] In two recent judgements dealing with the misuse of personal information, this tort law understanding steered courts' decisions, leading them to disregard the letter of the applicable statutory provisions awarding damages to aggrieved individuals: *Transunion LLC v Sergio L. Ramirez*, 594 U.S. (2021); *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S. Ct. 1540 (2016).

vate law. The defendant's conduct is to be deemed tortious relative to the plaintiff; tort liability does not exist in any case in which someone else other than the defendant is responsible for the losses suffered.[12] Insofar as tort law involves infringed duties owed not to the world at large but to specific persons, it has to be considered as the law of private wrongs.

This doctrine may be a promising avenue to rescue the grand idea of privacy as a major right affording a higher protection to personality interests than that afforded to date, since it enhances the tort law's function as a means of satisfaction of aggrieved individuals, in addition to that of compensation.

If applied to the context of personal information, it may allow a more effective safeguard of the personal interests involved. Yet, a change of pace triggering a broader comprehension of the legal concept of human personality enabling a wider room for the legal protection of personality interests would be desirable.

3. INTERPRETATION V. CREATIVITY: TRANSITIONING FROM LITERAL LANGUAGE TO DISCRETION

The civil law tradition, to which the Italian legal belongs, assigns to the judge, in conformity with the principle of the separation of powers, the role of a legal interpreter. The act of interpretation entails the process of ascertaining, researching, or augmenting the meaning of legal provisions in order to attribute significance to a rule or select from among multiple possible interpretations. The interpretation of legal norms is essential for their application to specific factual circumstances.

The French Brocard that the judge should be "la bouche de la loi" has experienced substantial evolutions over time. In pre-revolutionary France, this concept, which originated as a reaction to an authoritarian regime, was conceived to ensure strict compliance with laws while avoiding any intrusion into legislative authority. The roles assigned to the Tribunal de Cassation and the référe legislative, mechanisms designed to guarantee the literal and authentic interpretation of rules, exemplified this approach.

The post-revolutionary era challenged this principle, prompting a reevaluation of the scope of the judge's authority.

In the Italian legal system, the foundational starting point for this analysis lies in the Civil Code, specifically Article 12, "Disposizioni sulla legge in generale" (Provisions on the Law in General), which establishes the following interpretative rules.

[12] For an in-depth analysis, B. Zipurski, "Civil Recourse, not Corrective Justice", *GEO. L.J.* 91/2003, 695.

The analysis of the meaning conveyed by the relationship between words and the investigation of the legislator's intent are indispensable components for a proper interpretation.

This initial process comprises distinct phases: firstly, the jurist must attribute the grammatical meaning derived from the syntactical arrangement of words employed by the legislator (literal interpretation);[13] considering that words often lack unequivocal significance, the selection of the "appropriate" meaning necessitates an investigation into the legislator's intent (logical interpretation).[14] Moreover, the application of the rule must also align with the purposes for which it was enacted (teleological interpretation).

When the aforementioned methods prove inadequate, the judge must employ analogical interpretation, applying the rule established for similar cases (analogia legis)[15] or resorting to the general principles of the legal system (analogia iuris).[16]

Analogy is a form of self-integration within the legal system, contingent upon specific conditions: (1) the absence of a governing provision for the specific case, (2) the existence of relevant rules in related matters, and (3) a congruence of underlying principles between the case to be regulated and the existing related rule. It is an instrument applicable solely in case of legislative gaps and is not to be invoked when the other mentioned criteria are unsatisfactory met.

Within this context, a crucial debate[17] revolves around whether judges can exercise a degree of creative authority due to the inherent discretion involved in the interpretative process. Some scholars posit that the principle "in claris non fit interpretation" may be considered obsolete, suggest-

[13] Literal interpretation should exclude any other interpretative criteria when the meaning of the rule is clear and unambiguous (Cass. 11th November 1993 n. 11359).

[14] The preparatory work of the law is also allowed in this regard.

[15] The similarity lies in the fact that, although the cases are different, there is correspondence of those substantive elements that are relevant to the legal rule.

[16] Art. 12, Paragraph 2: "If a dispute cannot be decided by a specific provision, regard shall be had to the provisions governing similar cases or similar matters; if the case still remains doubtful, it shall be decided according to the general principles of the legal system of the state". It is worthy of mention the art. 14 that provides for a specific exclusion of the analogical interpretation: "Criminal laws and those that make exceptions to general rules or other laws do not apply beyond the cases and times considered therein".

[17] See: M. Ruotolo, "Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione", *Giur. cost.*, 2006, 3418 ss.; G. Gorla, "I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1942", *Foro it.*, 1992, V, cc. 90–92; C. Irti, "The problem of legal gap", *Jus civile*, 2015, 11, 658 ss.; A. Corvaglia, "Less is more: l'interpretazione letterale prevale. Modelli deduttivi e induttivi di giustizia predittiva", *La nuova procedura civile*, 3, 2020.

ing the implicit abrogation of Article 12. They base their arguments on the polysemous and evolving nature of language.[18]

Numerous scenarios present challenges to interpretative activities, including the necessity to adapt and modernize constitutional principles, the application of European law, legislative inaction in contentious areas and the evolution of the modern legal system away from centralizing law production within nation-state. It is acknowledged that complex cases may yield multiple abstractly legitimate interpretations. The Constitutional Court, endorsing the concept of "diritto vivente" while also exercising restraint in critical issues, compels judges to seek equitable outcomes.

The Constitution holds the highest position in the hierarchy of legal sources and establishes principles of universal applicability that must consistently guide the interpretation of laws.

The court's interpretive role thus expands, as judges are bound by constitutional precepts and must adapt them to changing realities to meet societal demands, ensuring uniform application of the law within the constitutional framework.

The notion of a judge's creative role becomes particularly prominent, especially in specific historical contexts and within certain areas of law. For instance, an "innovative" interpretation of the Constitution can effectively protect social, economic, and personal rights.

Moreover, the legislative process has undergone significant changes. It is no longer solely the domain of the national legislative body, as Parliament now shares legislative functions with supranational entities (e.g., the European Union, international conventions) and with domestic public entities (e.g., territorial bodies or national independent administrative authorities). The roles of specific jurisdictional bodies, such as the ECHR, and certain private entities vested with sectoral Italian or supranational regulatory tasks, are also recognized.

We regularly observe an increase in the volume of legislative acts, which does not always correspond to an improvement in normative quality. Sometimes, the wording of laws results from intricate political negotiations that require interpreters to engage in complex balancing of interests. The growing utilization of general clauses and principles further amplifies the interpreter's role.

The aforementioned considerations are not intended to challenge the principle of legality. Instead, an innovative interpretation of Article 12,

[18] P. Perlingieri, "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo "in claris non fit interpretatio", il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, 990–1017.

emphasizing the concrete significance of the systematic criterion appears convincing.

Article 12 was originally conceived as an integral part of a systematic structure, namely, the Civil Code, with a precise architecture that allowed it to function coherently. However, contemporary interpretative questions extend beyond a single legislative text and encompass a multilevel legal framework.

Constitutionally oriented interpretation often requires giving precedence to the systematic criterion, which harmonizes the intent of the historical legislator with the current system of rules. Within this framework, reasonableness, efficiency, and fairness must guide the entire interpretative process.

Even those who argue[19] for the creative nature of judicial interpretation must recognize that such an activity is not as unfettered as that of the legislator. Interpretation must, therefore, be placed within the domain of discretion, and operate within the boundaries of the system where the original intent of the legislator merges with the aim of the law as assessed at the time of its application.

4. HOW TO MANAGE TECHNOLOGY AND PRIVACY MATTER

The Italian legal system is characterized by the judge's duty to resolve cases, even in the absence of a specific regulation, as the "non liquet" principle prohibits abstaining from a decision. This principle is particularly relevant in the context of conflicting rights related to privacy and artificial intelligence, where comprehensive legislation is lacking.

At the European level, the General Data Protection Regulation (GDPR) safeguards individuals and their data, establishing principles and limitations. However, AI regulations, both at the supranational and domestic levels, remain incomplete.[20]

This regulatory gap has significant implications for the protection of fundamental rights, as well as for the safeguarding and promotion of collective interests and market needs.

---

[19] A. Lamorgese, "L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro", *Questione Giustizia*, 18/03/2023.

[20] See S. Scagliarini, "Identità digitale e tutela della privacy", *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica Convegno annuale Associazione,* Gruppo Pisa-Genova, 18–19 giugno 2021, *https://www.gruppodipisa.it/eventi/convegni/484-18-19-giugno-2021-genova-il-diritto-costituzionale-e-le-sfide-dell-innovazione-tecnologica*; T. E. Frosini, "La privacy nell'era dell'intelligenza artificiale", *DPCE online*, 1, 2022, 274 ss.; A. Monti, R. Wacks, *Protecting personal information. The right to privacy reconsidered*, Hart Publishing, 2019.

The vast amount of data shared online daily and the capabilities of artificial intelligence systems to analyze and process this data raise important legal questions and encompass various aspects including normative, technical and ethical dimension. For example, profiling systems that process personal data can yield harmful results, such as presenting an inaccurate or distorted image of an individual. The outcomes of artificial intelligence systems are often unpredictable for data subjects, making it challenging for individuals to provide informed consent due to the opacity of algorithms. Additionally, algorithmic solutions may produce discriminatory results or infringe upon the private sphere of individuals.

The public sector also faces challenges in using AI, particularly in areas like tax evasion prevention and labor law (for example to assess the reliability of medical certificates). The introduction of AI in public administration requires careful consideration due to the sensitive nature of the data involved (concerning health, political choices, financial assets, sexual orientation, education level etc.) and human oversight should remain essential to prevent the dehumanization of public power.

It is well-established that no personal information is neutral, as the combination of data points can reveal additional personal details. For example, a person's place of residence can provide insights into their ethnic origin when certain nationalities are concentrated in specific areas.

AI's role is also being discussed in the judicial field, where algorithms can assist judges in decision-making, and online alternative dispute resolution involving AI has become more common.

The evolution of technology has introduced new challenges in the legal field and generated new conflicts, particularly regarding the balance between the right to control personal data and the circulation and utilization of data in technological systems.[21]

Several domestic cases in Italy involve AI-related issues, such as the right to be forgotten, consent requirements for data processing,[22] and the balance between inheritance rights[23] and the personal data of third parties. Additionally, disputes related to internet service providers' liability, reputation rating algorithms,[24] and credit access have arisen. We do not ignore

[21] G. Di Filippo, "I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione", P. Stanzione, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, 2022, 42; C. F. Kerry, "Protecting privacy in an AI-driven world", *https://www.brookings.edu/research/protecting-privacy-in-an-ai-driven-world/*.

[22] Some recent cases are: Cass. 1st June 2022, n. 17911; Cass. 28th March 2022 n. 9920.

[23] Cass. 13th December 2021 n. 19531.

[24] Cass., 2nd July 2018, n. 17278.

that the Italian Data Protection Authority[25] frequently intervenes to strengthen data protection practices.

While the right to privacy enjoys constitutional and international protection, it frequently conflicts with other rights of similar significance, such as the right to information, administrative transparency, due process, non-discrimination, and human dignity. The Italian Supreme Court has emphasized that data protection is not "a totem to which other equally relevant constitutional rights can be sacrificed".[26] This approach aligns with the GDPR whose disposal n. 4 declares that the data protection has to be considered, in the current historical-social context, balancing other fundamental rights according to the proportionality principle.

However, concerns remain regarding data privacy violations, algorithm opacity, and liability allocation between AI creators and users as the evaluation of these interests lacks specific legal regulation and makes the balancing act between technology and privacy complex.

5. GDPR AND SOME NATIONAL SUGGESTIONS ON THE INTERPRETATION OF THE DATA PROTECTION

In the absence of specific regulations focusing on conflicts related to data protection and AI systems, judges and authorities in Italy are compelled to seek fair solutions by applying GDPR rules, international regulations, constitutional principles, and national laws. They also take into account soft law standards, including guidelines and ethical principles.

One prevalent approach is the "fundamental rights oriented" interpretation of GDPR, where the accountability principle is coupled with privacy by design and privacy by default requirements. These are instruments to guide activities involving data processing, including AI systems, and focus on ensuring the "responsibility" of data users through prevention and risk assessment tools.[27]

While consent to data processing remains a crucial element of legitimate processing, the advent of new technological tools, such as algorithms, and the proliferation of online services have made obtaining informed consent challenging.

[25] See for example: decision on 10th November 2022 [doc. web n. 9832838] (on biometric system); decision on 9th March 2023 [doc. web n. 9880336] (on marketing activities without consent).

[26] Cass., 20th may 2015, n. 10280.

[27] These are the suggestions enclosed in the European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, CEPEJ, 3–4 December 2018.

Recent legal considerations in Italy, as illustrated by a case before the Court of Cassation,[28] have shed light on this issue. Although the case involved legislation predating GDPR, it addressed a dilemma that should be addressed at the European level once comprehensive AI regulations are in place.

In this particular case, the Italian Data Protection Authority[29] had sanctioned the Mevaluate Onlus Association for processing personal data on a platform used to create reputational profiles based on personal data. The criticism centered on the violation of the Privacy Code, including issues related to the validity of consent, the necessity and proportionality of processing, data relevance and quality, and the opacity of the algorithm. The key question was about cases where user-provided data and documents were processed by both consultants (for the purpose of a preliminary assessment) and an algorithm (the core of profiling process) for profiling purposes (based on five sub-ratings: criminal, fiscal, civil, work and civil commitment, study and training).

The Court ruled that legitimate data processing could not be affirmed in the absence of specific and informed consent. Subscribing to a membership form to access the platform did not equate to accepting automated data processing using an algorithm when the workings of the algorithm and the criteria considered were unclear.

This decision highlighted two critical aspects in the balancing of interests: the need for clear and effective consent based on understandable information and the accessibility of the algorithm.

Providing users with comprehensive and comprehensible information is challenging, especially in the virtual environment and with the use of technology. For example, users often grant consent for cookies or online services without full awareness of the data being collected. Additionally, algorithms pose technical challenges in predicting their responses and communicating them effectively to users while protecting the developer's copyright.

The Italian Data Protection Authority has frequently intervened with corrective measures, as demonstrated in the case of ChatGPT when the Authority suspended the use of ChatGPT[30] in Italy due to GDPR violations and mandated the publication of correct information for users. This bal-

[28] Cass. 25th May 2021 n. 14381.

[29] GPDP, 24th November 2016 n. 488, [doc. web n. 5796783].

[30] GPDP 11th April 2023 [doc. web n. 9874702] and 30 March 2023 [doc. web n. 9870832].

anced the need for disseminating information about system functioning with the right to informed participation in the service.[31]

GDPR encourages the use of alternative tools to protect users, emphasizing a European human-centric approach. Risk assessment, the implementation of privacy by design and privacy by default systems, and the adoption of tools for classifying, controlling, and distributing responsibilities are preventive measures promoted by GDPR. The Data Protection Authority, empowered by GDPR, has been actively engaged in these areas.[32]

The adoption of the proposed AI Regulation may lead to changes in conflict resolution, but the principles enshrined in GDPR, especially those related to risk prevention, are likely to persist, as they also feature prominently in the AI Act proposal.[33] These principles aim to ensure the responsible and ethical development and deployment of AI systems while safeguarding fundamental rights.

6. ENFORCING CIVIL PROTECTION: A DOMESTIC CHALLENGE AWAITING EUROPEAN RULING

One critical area in the realm of artificial intelligence revolves around the applicable rules on liability for AI systems. AI is now extensively used

[31] The Authority imposed "the preparation and publication on its website of information which, within the terms and in the manner referred to in art. 12 of the Regulation, explain to interested parties, including those other than users of the ChatGPT service, whose data have been collected and processed for the purpose of training the algorithms, the methods of processing, the logic underlying the processing necessary for the operation of the service in all various declinations (ChatGPT, API etc.), the rights to which they are entitled as interested parties and any other information required by the Regulation".

[32] On the data controller obligation to carry out the impact assessment (art. 35 GDPR) a recent decision of the Data Protection Authority – GPDP 22nd July 2021 n. 285 [doc. web n. 9685994] is worthy on mention. The case concerned the ready meal delivery service by the well-known company Deliveroo Italy s.r.l. The company elaborated a system to process data referring the riders/workers in two platforms (one to manage the orders and another to control the communication as well). The structure of the system developed by the company did not allow the riders' data to be kept separate in the case of switching from the order management platform to the communication platform; therefore, a violation of the regulation was evident in the design and default setting of the program as well as in the assessment impact evaluation. The Authority explains: "The processing is characterized by the collection and storage of a plurality of personal data, including geographical location and communications via telephone calls (until 10.7.2019), chats and e-mails, as well as all the details relating to each phase of data management. orders, including the detection (and related management) of anomalies (triggers), and the consequent carrying out of profiling activities and automated processing towards a significant number of "vulnerable" interested parties (as parties to an employment relationship; see Guidelines cited, chapter III, B, n. 7)".

[33] See the proposal on the following website: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content-/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206*.

in various fields, ranging from everyday applications like virtual assistants (e.g., Alexa) to complex applications in the medical field. Errors or issues arising from the use of algorithms (e.g., rating systems) or robotics (e.g., autonomous vehicles, surgical applications) or data processing can have serious consequences, making it imperative to have specific regulations for recognizing compensation rights and preventing damages.

Key areas for discussion include the nature of liability and the conditions for recognizing harmful conduct.

At the European level,[34] there is an effort to enact detailed regulations[35] that distinguish between high and low-risk AI applications. These regulations aim to establish supranational rules that protect consumers and users while supporting the advantages of AI in multiple fields.

However, while waiting for European legislation, Italian legal experts have attempted to interpret existing national rules, adapting them to cases not explicitly covered by the law.

Identifying the responsible party (producer, creator, programmer, operator/user or the machine itself), the nature of liability, and selecting relevant rules from the civil code or legislation on liability for defective products are significant issues.

Notably, fault-based liability, strict liability, direct and indirect liability are distinctive aspects with significant consequences for case management. Striking a balance between business interests and consumer protection and safety is the primary objective.

Several interpretative approaches have been proposed.[36]

While considering the AI system's legal capacity, authors evaluate the possibility of applying tort law principles, especially in cases where a contractual relationship does not exist. In addition to the general rule that imposes compensation for damages caused intentionally or negligently (Art. 2043 c.c.), specific articles such as Art. 2049 and Art. 2051 of the Civil Code may be appropriate as regulate fault-based liability and the burden of proof favoring the injured party.

---

[34] The difficulty of balancing fundamental rights and AI development are crucial in the European framework; see the White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust [19.02.2020, COM (2020) 65 final].

[35] I refer to the AI Liability Directive proposal and the Artificial Intelligence Act under discussion, *https://commission.europa.eu/document/f9ac0daf-baa3-4371-a760-810414ce-4823_en*.

[36] On this topic: A. Fusaro, "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344 ss.; M. Infantino, "La responsabilità per danni algoritmici prospettive europeo-continentali", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 1762 ss.

The former recognizes the liability of the master/appointer for offenses committed by servants and collaborators. Jurisprudence[37] tends to extend this provision to any offense committed by someone in a relationship of submission to the manager. The aim is to ensure full compensation for the injured party by shifting responsibility to the economically stronger party.

Article 2051 identifies the person responsible for damage caused by things in their custody unless they can prove it was due to an unforeseeable event.[38]

However, applying these norms to AI systems is contested due to the unique nature of artificial intelligence which may not be easily classified as a mere "thing" or asset or something like "human being".

Some scholars have also considered the application of Art. 2050 c.c., particularly in light of the reference to this rule in the privacy code (which has been repealed by GDPR without any other specification). This rule imposes liability on anyone causing damage while performing a dangerous activity unless they can prove they took all appropriate measures to prevent harm.[39]

A crucial aspect is determining whether the action of AI systems constitutes a dangerous activity (by its nature or by the nature of the means used). The Courts[40] traditionally consider dangerous activities not only as those foreseen by law but also those that pose inherent or related dangers due to the tools used. Some recent developments[41] even consider data processing as a dangerous activity. This assessment must be made on a case-by-case basis, considering whether AI corrects human errors or mitigates unforeseen risks.

In addition to these considerations, the framework for AI liability must also account for producer responsibility legislation. Applying the current

[37] Cass. 19th October 2021 n. 28852; Cass. 15th June 2016 n. 12283.

[38] The norm could cover the unexpected application of the algorithm. The idea of custody could be extended to cover the cases of a machine directed from the outside in which there is a separation between the physical body (the robot thing) and the seat of the artificial intelligence that sends the commands. A similar and subsequent provision (art. 2052 c.c., liability for animals) could even be extended to robots if they "go crazy" thus attributing responsibility to the owner of the robot.

[39] And it should be added that in the case of automated guided vehicles, the rules envisaged for the circulation of vehicles would also be relevant and would impose a presumption of responsibility on the owner of the vehicle (art. 2054 of the civil code) burdened with the obligation of compulsory insurance.

[40] Cass. 27th March 2019 n. 8449.

[41] Court of Appeal Potenza, 22nd June 2020, n. 355; in the same direction Cass. 8th January 2019, n. 207 and Cass. 25th January 2017 n. 1931.

defective product regulations to AI various challenges raise.[42] Identifying the responsible party is complicated, given that AI systems comprise often both hardware and software components and it requires the distinction between producer (regulated by the defect discipline) and programmer (subject to copyright, too). There is also uncertainty regarding whether the legislation applies to services (not just goods) commonly associated with AI. Furthermore, the legislation provides exemptions for supervening or development risks, which could create significant liability gaps when applied to AI. Additionally, it's often difficult for users to prove defects, damages, and causal connections with highly technological devices.

The existing rules do not perfectly align with the unique characteristics of AI systems, such as their opacity, autonomy, and unpredictability. An interpretation consistent with GDPR suggests referring to the principle of accountability to ensure broad compensation protection for the injured party and would involve various parties connected to the AI system (producer, programmer, user, owner, data controller). Expanding the responsible group would lead to more parties sharing control and risk assessment obligations and could indirectly improve AI systems. This solution might not entail a disproportionate social cost, especially if specific insurance systems were implemented (especially in the case of adopting a strict liability model).

It is evident that the issue of AI responsibility is closely linked to risk assessment and management, but emphasizing this aspect carries the risk of discouraging investments in AI activities. Striking the right balance between economic policies and rights protection remains a critical challenge.

7. AN OVERVIEW OF AI AND CREATIVE WORKS IN THE DOMESTIC SCENARIO

The intersection of artificial intelligence with copyright law presents a complex set of issues, particularly in the realm of generative AI, which can autonomously create various forms of content, including written works, images, and more.

Key questions arise in this context: Can works created with AI systems be protected by copyright? If so, who is considered the author of such works?

[42] A. Cioni, "Nuovi pregi e vecchi difetti della proposta di direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso, con particolare riferimento all'onere della prova", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 656 ss.

A recent decision by the Italian Supreme Court[43] sheds some light on these matters. In a case involving an Italian television network (RAI), the plaintiff claimed authorship of a computer-generated flower and accused RAI of using it without consent. RAI argued that the work generated by the computer program lacked creativity.

The Supreme Court's ruling emphasized that the mere use of software in the creative process of an image should not automatically deny the creative character of an intellectual work. The Court highlighted that the use of technological systems requires a careful assessment of the level of creativity involved, taking into account whether and to what extent the tool absorbed the creative input of the human artist.

Italian intellectual property law (Law n. 633 of April 22, 1941) protects intellectual works that possess a creative character. Creativity is defined as the intellectual activity leading to the creation of something new and original, closely tied to the expression of the author's personality, with no reference to technology in the creative process.

Today, a question arises as to whether the machine could be the author of a work,[44] lacking the character of intellectual creation, and whether the author's creative contribution in an algorithmic system can be sufficient to obtain the protection of law.

The Court's reasoning appears to lean toward protecting the human contribution when it surpasses the machine's work.

This approach, which aligns with the law's letter and spirit,[45] aims to safeguard both the market's needs and individual rights. Disregarding such

[43] Cass., 16th January 2023 n. 1107. Both the Tribunal and the Court of Appeal upheld the author's complaint and recognized the creative character of the work. In particular, the Court of Appeal stated that the art. 1 of Law no. 633 of 1942 does not require originality and absolute novelty but a, albeit minimal, creative act manifested in the outside world; in other words, the original idea is the representation of the author's personality. The object of the proceeding was a flower resulting of a reworking by the artist and therefore a creative work.

[44] The report of the European Parliament on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies (on 2nd October 2020) excluded explicitly the protection of copyright in respect of works created by AI. See on the topic: G. Frosio, "The Nonexistent A(I)uthor: A Techno-legal Argument Against the Protection of AI-generated Creativity", *Annali Italiani di Diritto d'Autore (AIDA*), Vol. 29, 2020, 52–91; E. Arezzo, "Sulla possibile tutela delle opere dell'ingegno realizzate dall'intelligenza artificiale", *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? III, Proprietà intellettuale, società e Finanza* (eds. A. Paino, F. Donati, A. Perrucci), Il Mulino, Bologna 2022, 133–160.

[45] At an international level the interpretation appropriate to the current historical and social context does not exclude protection in the event of a technological component in creative activity; while the relevant rules often refer to "human beings", they also introduce more generic concepts such as "other rights holders" which could be interpreted broadly to include works of a mixed nature [see recital 55, Directive 2001/29/CE (c.d. Directive In-

protection could have adverse effects on creativity and innovation, potentially discouraging authors from creating AI systems and disseminating the works they generate.

The European Union has also acknowledged this issue, emphasizing that while copyright laws remain applicable to AI-generated creations, legal frameworks must be developed to provide protection and incentivize investment in AI development (see the European Parliament Resolution "on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies", 20th October 2020).

There is a tendency to preserve a human-centric primacy in the world of invention and creative production, where the value of human contribution is carefully evaluated in qualitative and quantitative terms without ignoring the protection economic interests in developing technologies.

8. CONCLUDING REMARKS

Common law and civil law approaches to statutory law have been analyzed in order to assess the discretion enjoyed by courts operating in those legal traditions vis-à-vis social and technological changes affecting the effectiveness of laws in force and the individual interests involved. A significant instance of technological change concerns the processing of data through automatized and AI systems, putting at risk non-economic as well as economic individual interests.

The ways in which statutory interpretation is carried out in the two legal universes are considered by shedding light on legal and judicial formants, as well as paying attention to the narratives entrenched in the different cultural backgrounds lying at the two families' core.

The analysis of common law and civil law approaches to statutory law highlights how courts in these legal traditions adapt to social and technological changes, particularly in the context of AI and data processing.

In particular with reference to the Italian system, in the absence of specific regulation, the tendency is to apply the GDPR and internal rules using the systematic and teleological criterion, trying to guarantee global protection of personality rights, privileging fundamental rights without however neglecting other needs market economic (these last considerations are carefully evaluated by the doctrine). The lack of significant case law does not yet allow us to identify a prevailing orientation but only to trace some trends: the principles of the GDPR are taken as fundamental criteria and

fosoc on Copyright)]. We can consider that the WIPO Copyright Treaty does not identify the author of the work at all, thus leaving room for extensive interpretation.

the adaptation of the national rules responds to the specific need to extend the protection dictated by the domestic law to unforeseen cases.

LIST OF REFERENCES

1. Arezzo, E., "Sulla possibile tutela delle opere dell'ingegno realizzate dall'intelligenza artificiale", *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? III, Proprietà intellettuale, società e Finanza* (eds. A. Paino, F. Donati, A. Perrucci), Il Mulino, Bologna 2022;
2. Atiyah, P. S., "Common Law and Statute Law", *Modern Law Review* 48/1985;
3. Calabresi, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press Cambridge, 1982;
4. Cioni, A. "Nuovi pregi e vecchi difetti della proposta di direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso, con particolare riferimento all'onere della prova", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2;
5. Corvaglia, Andrea, "Less is more: l'interpretazione letterale prevale. Modelli deduttivi e induttivi di giustizia predittiva", *La nuova procedura civile*, 3, 2020;
6. Di Filippo, G., "I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione,", *Cyberspace and the Law of the Horse* (ed. F. H. Easterbrook), University of Chicago Legal Forum, 1996;
7. Frosini, Tommaso Edoardo, "La privacy nell'era dell'intelligenza artificiale", *DPCE online*, 1, 2022;
8. Frosio, Giancarlo, "The Nonexistent A(I)uthor: A Techno-legal Argument Against the Protection of AI-generated Creativity", *Annali Italiani di Diritto d'Autore (AIDA)*, Vol. 29, 2020;
9. Fusaro, Arianna, "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020;
10. Goldberg, C. P. John, "Pragmatism and Private law", *Harvard Law Review* 125/2012;
11. Gorla, G., "I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1942", *Foro it.*, 1992, V;
12. Infantino, Marta, "La responsabilità per danni algoritmici prospettive europeo-continentali", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5;
13. Irti, Claudia, "The problem of legal gap", *Jus civile*, 2015, 11;
14. Kerry, F. Cameron, "Protecting privacy in an AI-driven world", *https://www.brookings.edu/research/protecting-privacy-in-an-ai-driven-world/*;
15. Lamorgese, Antionio, "L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro", *Questione Giustizia*, 18/03/2023;

16. Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach", *Harvard Law Review* 113/1999;
17. Monti, Andrea, Wacks, Raymond, *Protecting personal information. The right to privacy reconsidered*, Hart Publishing 2019;
18. Perlingieri, Pietro, "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo "in claris non fit interpretatio", il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ*., 1985;
19. Prosser, L. William, "Privacy", *California Law Review* 48/1960;
20. Ruotolo, Marco, "Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione", *Giur. cost*., 2006;
21. Scagliarini, Simone, "Identità digitale e tutela della privacy", *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica Convegno annuale Associazione*, Gruppo Pisa-Genova, 18–19 giugno 2021, *https://www.gruppodipisa.it/eventi/convegni/484-18-19-giugno-2021-genova-il-diritto-costituzionale-e-le-sfide-dell-innovazione-tecnologica*;
22. Stanzione, Pasquale, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, 2022;
23. Warren, Samuel D., Brandeis, Louis D., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4/1890;
24. Zipursky, Benjamin, "Civil Recourse, not Corrective Justice", *GEO. L.J*., 91/2003.

Проф. др Бјађо Андо

Одсјек за друштвене и политичке науке Универзитета у Катанији, Италија

Проф. др Цинција Валенте

Одсјек хуманистичких наука Универзитета Модена и Рађо Емилија, Италија

БАЛАНСИРАЊЕ ВЈЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ И ПРИВАТНОСТИ: ПРЕКОГРАНИЧНЕ ПЕРСПЕКТИВЕ

Сажетак

Циљ овог рада је да пружи преглед преовлађујућих трендова уочених у системима обичајног и грађанског права у погледу заштите права личности у вези са коришћењем система вјештачке интелигенције (AI).

Конкретно, циљ је да се нагласи различит приступ који су усвојили правни практичари у оквиру америчког и италијанског правног система када одсуство специфичних регулаторних одредби захтијева

различито правно образложење, што резултује различитим рјешењима за специфичне случајеве.

Равнотежа између права која се сада сматрају неопходним, као што је регулација циркулације личних података, и промоција технологије за унапређење економског напретка у оквиру ових система, сада је повјерена дискрецији судова. Анализа различитих интерпретативних критеријума, уз компаративни метод, открива супротне методологије које су типичне за дотичне правне системе.

Кључне ријечи: *Социо-технолошке иновације; Регулација; Приватност; Застарјелост; Неадекватност; Дискреција; Статутарна конструкција.*

UDK/UDC 347.45:004.738.5
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. sci. Anita Petrović

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

POJAM UGOVORA O ISPORUCI DIGITALNOG SADRŽAJA ILI DIGITALNE USLUGE

Posljednjih godina dogodile su se značajne promjene u oblasti ugovornog acquisa. Ugovorno pravo koje je odgovaralo jednom vremenu i tržišnim odnosima zakoračilo je sada u novo doba digitalnih tehnologija. Kao posljedica ove „četvrte tehnološke revolucije“ na nivo EU usvajaju se zakonodavne mjere koje imaju za cilj modernizirati europsko ugovorno pravo kako bi odgovaralo zahtjevima digitalnog tržišta. U digitalnom svijetu podataka, podatak je stvar u pravnom prometu i tretira se kao bilo koja druga stvar, te može biti samostalan predmet ugovora ili „protučinidba”. Kako bi se uredili ugovorni odnosi koji već postoje u praksi, 20. 5. 2019. godine usvojena je Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, i primjenjuje se od 1. 1. 2022. godine. Predmetna direktiva po prvi put na nivou EU, a može se reći i država članica uređuje ugovore koji za predmet imaju digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu. Radi se o regulaciji ugovora koji za predmet imaju dobavljanje i isporuku podataka potrošaču, a potrošač za to plaća cijenu. Međutim, ono što je još značajnije jeste da u područje primjene direktive ulaze i situacije kada trgovac isporučuje digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču u zamjenu za ustupanje njegovih osobnih podataka. Cilj rada je kritički analizirati pojam ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge posebno imajući u vidu nove pojmove digitalni sadržaj i digitalna usluga, te kritički analizirati pravnu regulaciju „besplatnog“ digitalnog sadržaja ili usluga.

Ključne riječi: Direktiva (EU) 2019/770; Digitalni sadržaj; Digitalna usluga; Cijena; Osobni podaci, „Besplatan“ digitalni sadržaj.

1. UVOD

Svjedoci smo onog što se označava i kao „četvrta tehnološka revolucija“ koja se nadovezuje na elektronske i informacijske tehnologije treće industrijske revolucije tako što zahvaljujući tehnološkim inovacijama pom-

Anita Petrović, *anita.petrovic@untz.ba*.

jera granicu između fizičkog, digitalnog i biološkog.[1] U središtu ove revolucije su digitalne tehnologije kao što su internet, umjetna inteligencija, internetske platforme, tehnologija velikih podataka (*Big Data*), *blockchain*, društvene mreže, 4G i 5G mreže, 3D tehologija, robotika, nanotehnologije i dr., koje su nas za kratko vrijeme uvele u novo digitalno doba.

Sam postupak sklapanja ugovora (ponuda i prihvat) je digitaliziran, digitalizirano je plaćanje, te budući da je digitaliziran i sam predmet ugovora to se i isporuka odvija digitalnim putem, npr. preuzimanje e-knjige, *streaming* muzike, filmova, i sl. Podaci u vidu digitalnog sadržaja i digitalnih usluga dobili su novu samostalnu ulogu u ugovoru, zbog čega se mijenja i način isporuke, odgovornost trgovca za neisporuku ili isporuku s nedostacima, pravna sredstva s tim u vezi i sl.[2] U digitalnom svijetu podatak je postao stvar u pravnom prometu i tretira se kao bilo koja druga stvar (*res in commercium*),[3] te može biti samostalan predmet ugovora ili može biti „protučinidba“. Ova promjena je revolucionarna, jer u fokus stavlja nešto do sada ugovornom pravu nepoznato, a to su podaci pretočeni u digitalni sadržaj koji se razmjenjuje, prenosi, kojim se prometuje i koji ima svoju vrijednost.[4] Da ne bude zabune, isti ugovori se sklapaju i ista pravila ugovornog prava vrijede bez obzira da li se ugovor sklapa u stvarnom ili virtualnom okruženju (*offline* ili *online*), međutim, ispunjenje elektronskih ugovora je znatno složenije ako je predmet ugovora isključivo digitalni sadržaj ili digitalna usluga, npr. e-knjige, softver, aplikacije, audio i video datoteke, pohrana podataka u oblaku, digitalne igre, društvene mreže, softver kao usluga i sl., a ne konvencionalna roba, npr. odjeća, knjiga, CD, DVD, televizor, telefon i sl.

Već od ranije je poznat utjecaj elektronskih oblika komunikacije na ugovorno pravo, pa su se time i na isporuku digitalnog sadržaja mogla djelomično primjenjivati pravila Direktive 2000/31/EZ o elektronskoj trgovini[5], Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača[6] i Direktive

[1] G. Howells, “Protecting Consumer Protection Values in the Fourth Industrial Revolution”, *Journal of Consumer Policy* 43/2020, 145–147.

[2] Opširnije vid. S. Grundmann, P. Hacker, “Digital Technology as a Challenge to European Contract Law – From the Existing to the Future Architecture”, *European Contract Law in the Digital Age* (ed. S. Grundmann), Intersentia, 2018, 13–17.

[3] A. De Fransechi, “European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives”, *European Contract Law and the Digital Single Market* (ed. A. De Fransechi), Intersentia, 2016, 5.

[4] *Ibid*., 3–4.

[5] Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. 6. 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektronske trgovine (Direktiva o elektronskoj trgovini), OJ L 178, 17. 7. 2000.

1993/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredbama.[7] Pri tome primjena Direktive 1999/44/EZ[8] za slučaj da isporučeni digitalni sadržaj nije ispravan, tj. postoji neki nedostatak koji onemogućava njegovo redovno funkcioniranje, nije bila moguća zbog same definicije pojma roba. U čl. 1, st. 2 Direktiva 1999/44/EZ je propisivala da se „robom“ smatraju isključivo materijalne pokretne stvari. Digitalnom sadržaju i digitalnim uslugama upravo je nedostajala ta materijalna ili tjelesna dimenzija, pa time kupci, potrošači i nisu bili potpuno zaštićeni na digitalnom tržištu. Pored toga, mnoge transakcije na digitalnom tržištu odvijaju se na način da potrošači za ustupanje ili pristup digitalnom sadržaju ili digitalnim uslugama daju jedino svoje osobne podatke i ne plaćaju nikakvu cijenu. Upravo razmjena podataka između trgovaca, s jedne, i potrošača, s druge strane, postala je jedna od karakteristika ugovora o digitalnom sadržaju.

Internet i digitalne tehnologije izmijenili su način življenja i poslovanja zbog čega je Europska unija (dalje: EU) prihvatila izazov i krenula u stvaranje jedinstvenog digitalnog tržišta. Kako je predstavljeno u Strategiji jedinstvenog digitalnog tržišta[9] iz 2015. godine, jedinstveno digitalno tržište jeste nadogradnja unutarnjeg tržišta na način da je samo zamijenjen prostor u kojem se ostvaruju četiri ekonomske slobode, pa umjesto ranije teritorija država članica sada je to virtuelni internet prostor. No, bez obzira što je internet sam po sebi otvoren i ne poznaje granice, države članice su mehanizmima kao što je geo-blokiranje, prava intelektualne svojine, visoke poštanske tarife za dostavu robe, *roaming*, nedostatak interoperabilnosti i sl., dovele do toga da u EU postoji 27 digitalnih tržišta.[10] Stoga, Strategijom jedinstvenog digitalnog tržišta su postavljeni određeni ciljevi i s tim u vezi predložene zakonodavne mjere, a jedna od njih bili su i prijedlozi tzv. digitalnih direktiva. Prijedloge direktiva Komisija je usvojila 9. 12. 2015. godine. Prvi Prijedlog direktive odnosio se na određene aspekte ugovora o prodaji robe na internetu i drugoj prodaji robe na daljinu,[11] a drugi Prijed-

[6] Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. 10. 2011. o pravima potrošača, kojom se mijenja Direktiva 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ i opoziva Direktiva 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ, OJ L 304, 22. 11. 2011.

[7] Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. 4. 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, OJ 1993 L 95/29.

[8] Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171/12 izmijenjena Direktivom 2011/83/EU, OJ 2011 L 304/64.

[9] Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu, COM(2015) 192 final, Brisel, 6. 5. 2015.

[10] M. Mărcuţ, *Crystalizing the EU Digital Policy, An Exploration into the Digital Single Market*, Springer, 2017, 76–79.

[11] Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o određenim aspektima ugovora o prodaji robe na internetu i drugoj prodaji robe na daljinu, COM(2015) 635 final.

log direktive odnosio se na sasvim novo pravno područje koje ranije normativno nije bilo uređivano, a to su određeni aspekti ugovora koji za predmet imaju isporuku digitalnog sadržaja.[12] Ciljevi postavljeni Strategijom ispunjeni su 2019. godine usvajanjem Direktive (EU) 2019/771 o određenim aspektima ugovora o prodaji robe[13] (dalje: Direktiva (EU) 2019/771) i njoj komplementarne Direktive (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga[14] (dalje: Direktiva (EU) 2019/770), čim je upotpunjena i priča vezano za prekograničnu internet prodaju posebno kad je predmet ugovora digitalna roba. Ne samo što su usvojene istog dana, direktive se u materijalnim pitanjima podudaraju, ali se ipak ne preklapaju jer imaju različito područje primjene.[15]

2. UGOVOR O ISPORUCI DIGITALNOG SADRŽAJA ILI DIGITALNE USLUGE

2.1. Pojam i pravna priroda ugovora

Materijalno područje primjene Direktive (EU) 2019/770 određeno je u čl. 3, st. 1, gdje je u prvom podstavu propisano da se *ova direktiva primjenjuje na svaki ugovor na temelju kojeg trgovac isporučuje ili se obavezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač plaća ili se obavezuje platiti određenu cijenu*. Iz odredbe na prvom mjestu proizlazi da je ugovor o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ugovor koji se sklapa između trgovca i potrošača (b2c). Iako primarno uređuje potrošačke ugovorne odnose, Direktiva (EU) 2019/770 ipak ostavlja mogućnost državama članicama da prošire područje zaštite i na fizičke ili pravne osobe koje nisu potrošači *stricto sensu*, kao što su npr. nevladine organizacije, *start-up* poduzeća ili mali i srednji poduzetnici (SMEs).[16]

Analizirajući dalje odredbu čl. 3, st. 1, podstav prvi Direktive (EU) 2019/770, vidljivo je da je izostala bilo kakva pravna kvalifikacija ugovora o digitalnom sadržaju. Za razliku primjerice od Direktive (EU) 2019/771 koja uređuje ugovor o prodaji, Direktiva (EU) 2019/770 ne daje pravnu

[12] Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja, COM(2015) 634 final.

[13] Direktiva (EU) 2019/771 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. 5. 2019. o određenim aspektima ugovora o prodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ, OJ L 136, 22. 5. 2019.

[14] Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. 5. 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, OJ L 136, 22. 5. 2019.

[15] Opširnije o odnosu dvije direktive vid. J. M. Carvalho, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771* (July 18, 2019), *https://ssrn.com/abstract=3428550*, 23. 2. 2022.

[16] Vid. t. 16 preambule Direktive (EU) 2019/770.

kvalifikaciju ugovora koji za predmet ima isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, već na apstraktnoj razini uređuje ugovorna prava i obaveze u pogledu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. To znači da bilo koji ugovor npr. prodaja, licenca, ugovor o uslugama, zakup, najam ili neki *sui generis* ugovor može biti pravni instrument za dobavljanje, prijenos i isporuku digitalnog sadržaja i usluga. Zbog izostanka pravne kvalifikacije ugovora u Direktivi (EU) 2019/770 se koristi pojam trgovac, dok u Direktivi (EU) 2019/771 se koristi pojam prodavac, ali države članice slobodno mogu odrediti pravnu prirodu ugovora te spram toga odrediti i naziv ugovorne strane.

Europski zakonodavac je, naime, namjerno izbjegao odrediti pravnu prirodu ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge i opredijelio se za tehnološki neutralno rješenje s ciljem da uspostavljeni pravni okvir duže i bolje odgovara inovativnim digitalnim alatima i brzo mijenjajućem digitalnom tržištu. Jedan od razloga je i hibridni karakter digitalnog sadržaja kao predmeta ugovora, gdje se u takvom ugovoru istovremeno kombiniraju elementi ugovora o prodaji i elementi ugovora o uslugama, npr. prodaja računarskog programa može uključivati: i) prodaju fizičke robe, tj. CD na kojem se nalazi program; ii) *online* automatsku uslugu ažuriranja tog programa, te iii) uslugu podrške u stvarnom vremenu tom programu.[17]

U potrošačkom pravu EU postojalo je oduvijek jasno razlikovanje roba od usluga. Pojavom digitalnog sadržaja ova granica je postala nejasna čime je stvorena nesigurnost za potrošače, jer postalo je sporno kako kvalificirati digitalni sadržaj, kao robu ili kao uslugu? Pravna teorija i nacionalna prava država članica nudila su različita pravna rješenje. Tako primjerice, ako se softver nalazio na CD francuska sudska praksa razlikovala je prodaju samog CD od prodaje softvera. No, ako bi se softver isporučio preuzimanjem s internet stranice tada bi se softver smatrao neopipljivom robom i nije ulazio u polje primjene Direktive 1999/44/EZ, a kupcu nije pripadala zaštita za slučaj nedostatka usklađenosti. Odgovornost prodavca za neispravan softver mogla se jedino utvrditi primjenom pravila o distancionim ugovorima, npr. CD na kojem je softver je kupljen *online*, ali ako bi bio kupljen u trgovini kupac je uskraćen ove zaštite.[18] Iako je postojala realna pravna dilema o prirodi digitalnog sadržaja praksa je ipak pronašla pragmatična rješenja. Situacija je u nacionalnim pravima uglavnom bila jasna ako se digitalni sadržaj nalazio na materijalnom nosaču, npr. CD je opipljiva stvar i time je i digitalni sadržaj posredno bio obuhvaćen pojmom

[17] N. Helberger *et al*. “Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy* 36/2013, 39.

[18] *Ibid.*, 42–43.

roba. Osim toga, u nekim nacionalnim zakonodavstvima predmet ugovora o prodaji mogu biti i prava, npr. autorsko pravo, patent, licenca i sl., pa je i digitalni sadržaj bio obuhvaćen ugovorom o prodaji. U nekim nacionalnim zakonodavstvima digitalni sadržaj potpadao je pod ugovor o licenci i time ulazio u domen autorskog prava.[19] Pragmatičan pristup država članica po pitanju pravne kvalifikacije ugovora kada je predmet digitalni sadržaj ili digitalna usluga zadržan je i u Direktivi (EU) 2019/770. U t. 12 preambule Direktive (EU) 2019/770 se navodi da se njome ne bi smjela određivati pravna priroda ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a pitanje smatraju li se takvi ugovori npr. ugovorima o prodaji, uslugama, najmu ili ugovorima *sui generis* trebalo bi prepustiti nacionalnom pravu.[20]

Iako europski zakonodavac ciljano nije odredio o kojoj vrsti ugovora se radi, ono što jasno proizlazi iz definicije ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge jeste da je riječ o ugovoru gdje obje strane imaju obaveze jedna prema drugoj. Obaveza trgovca je isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a obaveza potrošača je plaćanje cijene. U čl. 2, t. 7, Direktiva (EU) 2019/770 definira „cijenu” kao *novčani iznos ili digitalno iskazanu vrijednost koje je potrebno platiti u zamjenu za isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.* Cijena, prema tome, ne mora biti samo u novcu kao sredstvu plaćanja, nego to mogu biti različite digitalno iskazane vrijednosti kao što su elektronski vaučeri ili e-kuponi kao i virtualne valute[21] koje potrošači mogu koristiti za plaćanje različitih roba i usluga na digitalnom tržištu. Digitalno iskazana vrijednost je način plaćanja i nema drugu svrhu i ne smatra se digitalnim sadržajem ili digitalnom uslugom.[22]

Iz normativnog određenja ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili usluge iz čl. 3, st. 1, podstav prvi Direktive (EU) 2019/770 razlikuje se isporuka digitalnog sadržaja ili usluge odmah prilikom sklapanja ugovora, od isporuke na koju se trgovac obavezuje ugovorom. Na ovaj način pokrivene su situacije kada se digitalni sadržaj ili digitalna uslugu isporučuju naknadno nakon što je ugovor sklopljen, kao i onda kada se isporučuju tijekom određenog vremena, kontinuirano. Isto razlikovanje

[19] *Ibid*., 43.

[20] O tipologiji ove vrste ugovora vidi R. Schulze, “Supply of Digital Content, A New Challenge for European Contract Law“, *European Contract Law and the Digital Single Market* (ed. A. De Fransechi), Intersentia, 2016, 141–142.

[21] Virtualne valute su digitalni prikaz vrijednosti i mogu se smatrati posebnom vrstom imovine, ali one nisu novac jer ne ispunjavaju osnovne funkcije novca. Javljaju se u raznim oblicima a nastale su prvo u okviru internetskih računarskih igara i društvenih mreža da bi se postepeno iz vrtualnog počele seliti i u stvarni svijet. Najpoznatija virtualna valuta ili kripto valuta je svakako *Bitcoin*, te plaćanje i ovom valutom ulazi u polje primjene Direktive (EU) 2019/770.

[22] Vid. t. 23 preambule Direktive (EU) 2019/770.

postoji i kod obaveze potrošača na plaćanje cijene, potrošač cijenu plaća odmah prilikom sklapanja ugovora ili se obavezuje platiti nakon što je ugovor sklopljen. Iz ovog proizlazi da ugovor o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga može biti realan (isporučuje, plaća) ili konsenzualan (obavezuje se isporučiti, obavezuje se platiti), što je ipak više teorijskog nego stvarnog značaja za zaštitu prava potrošača.

2.2. Predmet ugovora

Direktiva (EU) 2019/770 po prvi put na nivou EU, a može se reći i država članica uređuje ugovore koji za predmet imaju digitalnu robu, tj. digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu. Radi se o regulaciji ugovora koji za predmet imaju dobavljanje i isporuku podataka. Uvođenjem podataka u ugovorni režim otvoreno je novo poglavlje ugovornog prava, jer sada podaci izraženi u digitalnim obliku su stvar u prometu i tretiraju se kao bilo koja druga pokretna stvar. No, ne tako davno prilikom preispitivanja Direktive 1999/44/EZ javilo se pitanje da li se softver, digitalne igre, muzika, video, mobilne aplikacije i sl. mogu smatrati „robom“? Imajući u vidu čl. 1, st. 2, sl. b) Direktive 1999/44/EZ gdje su se robom smatrale samo opipljive ili materijalne (*tangible*) pokretne stvari bilo je jasno da se nematerijalne stvari kao što su usluge, ali i digitalni sadržaj ne smatraju robom.

Digitalni sadržaj i digitalne usluge, tj. sve vrste usluga povezane sa digitalnim sadržajem, su postali dio naše svakodnevnice.[23] Mnoge materijalne pokretne stvari zamijenio je digitalni sadržaj. Printane knjige i novine zamijenile su e-knjige i e-novine. Prava je rijetkost kupovina muzičkog CD ili filma na DVD, umjesto toga koriste se internet platforme za *streaming* različitog multimedijskog sadržaja, kao što su platforme za *streaming* muzike npr. *Spotify*, *YouTube*, *Deezer*, zatim platforme za *streaming* „na zahtjev“ filmova i tv-programa npr. *Netflix*, zatim *streaming* platforme za emitiranje i gledanje videoigara „uživo“ npr. *Twitch* i mnogi drugi *online streaming* servisi.[24]

[23] G. Howells, 152.

[24] Digitalni sadržaj kojem potrošači najčešće pristupaju ili preuzimaju putem interneta su muzika (60%), audiovizuelni sadržaj (filmovi, serije, videozapisi, TV sadržaj) (59%), video igre (37%), sportski događaji (35 %), e-knjige (27%). Za pristup ili preuzimanje navedenog sadržaja većina potrošača je platila naknadu, bilo pretplatom (*subscribe*) ili pojedinačno po artiklu (*pay-per-item*). Kada je riječ o načinu plaćanja, pretplate su popularnije od plaćanja po artiklu za audiovizualni sadržaj (20% naspram 15%) i sport (14% naspram 7%). Međutim, plaćanje po artiklu je popularnije za muziku (19%), e-knjige (39%) i video igre (20%). U slučaju video igara većina potrošača počela je igrati besplatnu video igru, ali nakon određenog vremena su ih počeli kupovati (16%). Vid. Flash Eurobarometer 411, *Cross-border access to online content*, Summary, August 2015, 6–7. *https://www.lawspot.gr/sites/default/files/images/nea/misc/fl_411_en.pdf*, 15. 3. 2022.

Način isporuke digitalnog sadržaja – što je pitanje tehničke prirode, u značajnoj mjeri određuje prirodu ugovora te prava i obaveza ugovornih strana – što su pitanja pravne prirode. I dok Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača npr. film na CD smatra robom vodeći se materijalnim nosačem na koji je inkorporiran digitalni sadržaj, ostalo je nejasno kako npr. kvalificirati situaciju kada potrošač plaća mjesečnu pretplatu na *streaming* filmova na *Netflix*? Svrha Direktive (EU) 2019/770 je da popuni te praznine, stoga u njezino područje primjene ulazi cijela paleta načina isporuke digitalnog sadržaja bez obzira dakle koji medij ili sredstvo se koristi za prijenos digitalnog sadržaja, trajni medij npr. CD ili *online* medij npr. *streaming*.

2.2.1. Pojam digitalni sadržaj

U informatičkom smislu podaci su strojno čitljive kodirane informacije, a kao niz jedinica i nula podaci su postali i objekt prava koji se štiti i kojim se prometuje.[25] U pravnom smislu digitalni sadržaj je nematerijalna roba i stvar u prometu. U čl. 2, st. 1 Direktiva (EU) 2019/770 definira „digitalni sadržaj“ kao *podatke koji se proizvode i isporučuju u digitalnom obliku.* Definicija je vrlo apstraktna i ima široko značenje, čime je definiciji osigurana otpornost na buduće digitalne inovacije i promjene koje donosi tehnološki napredak. U t. 19 preambule Direktive (EU) 2019/770 navodi se ilustrativno šta se smatra digitalnim sadržajem, to su npr. računarski programi, aplikacije, video datoteke, audio datoteke, muzičke datoteke, digitalne igre, e-knjige i druge e-publikacije.

Pojmom digitalni sadržaj shodno čl. 3, st. 3 Direktive (EU) 2019/770 obuhvaćeni su i *materijalni nosači podataka* – CD, DVD, memorijska kartica, USB memorije i sl., *koji služe isključivo kao nosači digitalnog sadržaja*. Digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogu se potrošaču isporučiti na razne načine, npr. prijenos na nekom materijalnom nosaču podataka (CD, DVD i sl.), preuzimanjem na uređaj (*download*), prenošenje putem *streaminga* na internetu, omogućavanje pristupa kapacitetima za pohranjivanje digitalnog sadržaja, pristup korištenju društvenim mrežama i sl. Međutim, kako bi ispunila očekivanja potrošača i osigurala jasan i jednostavan pravni okvir za trgovce Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje na digitalni sadržaj i digitalne usluge bez obzira na način prijenosa. Tom logikom primjenjuje se na digitalni sadržaj, ali i na sam materijalni nosač koji služi isključivo za prijenos tog sadržaja. Direktiva (EU) 2019/770 ne pravi dakle razlike između načina prijenosa, jer predmet ugovora je digitalni

[25] H. Zech, “Data as a Tradeable Commodity”, *European Contract Law and the Digital Single Market* (ed. A. De Fransechi), Intersentia, 2016, 53–54.

sadržaj a ne materijalni nosač koji služi kao medij. U predmetu *UsedSoft*[26] Sud EU iznio je stav da je iz ekonomske perspektive slična prodaja računarskog programa na CD ili DVD i prodaja tog istog programa preuzimanjem s interneta. *Online* način prijenosa digitalnog sadržaja je funkcionalni ekvivalent isporuci digitalnog sadržaja na materijalnom nosaču.[27] Sud EU zaključuje da u kontekstu zaključenog ugovora o licenci temeljem kojeg korisnik stječe trajno pravo korištenja računarskog programa nema razlike je li taj program preuzeo s internet stranice trgovca ili s materijalnog nosača, tj. CD ili DVD.[28]

S druge strane, Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača digitalni sadržaj koji se isporučuje na materijalnom nosaču podataka kao što je npr. CD ili DVD smatra robom i zbog toga se radi o ugovoru o prodaji. No, ako se digitalni sadržaj isporučuje neposredno putem interneta, npr. preuzimanjem, *streamingom* i sl., Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača u tom slučaju ne daje pravnu kvalifikaciju ugovora.[29] Za takve ugovore Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača propisuje pravila o posebnim predugovornim informacijama kao što je informacija o funkcionalnosti i relevantnoj interoperabilnosti digitalnog sadržaja, te pravo potrošača na bezrazložni odustanak, pod pretpostavkom da je ugovor koji za predmet ima digitalni sadržaj zaključen izvan poslovnih prostorija trgovca ili distancionim sredstvima komunikacije. Imajući u vidu postojanje funkcionalne ekvivalencije između *online* i *offline* svijeta, tj. bez obzira na koji način se isporučuje digitalni sadržaj, potrošači i dalje uživaju zaštitu Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača vezano za određene aspekte ugovora o digitalnom sadržaju. Naime, i u t. 20 Direktive (EU) 2019/770 se obrazlaže da se na materijalni nosač kojim se prenosi digitalni sadržaj, npr. muzički CD, neće primjenjivati njezina pravila o isporuci i o pravnim sredstvima dostupnim potrošaču za slučaj neisporuke, već će se primjenjivati pravila Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača vezano za obaveze u pogledu isporuke robe i pravnim sredstvima za slučaj neisporuke. Također, na takve materijalne nosače podataka i na digitalni sadržaj koji se na njima isporučuje primjenjivat će se pravila Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača u pogledu prava na odustanak i prirode ugovora kojim se isporučuje ta roba.

No, i materijalni nosači podataka CD, DVD, USB i sl., već postepeno postaju prošlost i sve više bivaju zamijenjeni *online* načinima isporuke digitalnog sadržaja, kao što je npr. preuzimanje podataka sa interneta na

[26] Presuda Suda EU u predmetu C-128/11, *UsedSoft*, ECLI:EU:C:2012:407, par. 61.
[27] *Ibid*., par. 61.
[28] *Ibid*., par. 47.
[29] Vid. t. 19 preambule Direktive 2011/83/EU.

uređaj ili isporuka digitalnog sadržaja *streaming* tehnologijom, bilo na zahtjev (*on demand*) bilo uživo (*live*), npr. slušanje pjesme na *YouTube* bez potrebe njezinog skidanja na uređaj, *streaming* prijenos utakmice u stvarnom vremenu i sl. Stoga, kako bi se spriječilo razlikovanje pravnih pravila ovisno o mediju kojim se digitalni sadržaj isporučuje potrošaču Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje na svaki medij prijenosa, dakle i opipljivi i neopipljivi. Direktiva (EU) 2019/770 pruža zaštitu potrošačima u slučaju neispravnog, odnosno neusklađenog digitalnog sadržaja bez obzira na koji način je digitalni sadržaj pribavljen, tj. je li potrošač kupio CD na kojem je softver *online* ili u trgovini, ili je, pak, softver preuzeo neposredno sa internet stranice.

2.2.2. Pojam digitalna usluga

Direktiva (EU) 2019/770 razlikuje pojam digitalni sadržaj od pojma digitalna usluga, dok je u tekstu Prijedloga direktive sve bilo obuhvaćeno jedinstvenim pojmom digitalni sadržaj. Digitalne usluge su zapravo sve vrste usluga povezanih s digitalnim sadržajem. U čl. 2, st. 2 Direktive (EU) 2019/770 „digitalna usluga“ je definirana kao

a) *usluga kojom se potrošaču omogućava stvaranje, obrada i pohrana podataka u digitalnom obliku ili pristup njima*; ili

b) *usluga kojom se omogućava dijeljenje ili bilo koja druga interakcija s podacima u digitalnom obliku koje učitava ili stvara potrošač ili drugi korisnici te usluge*.

Digitalne usluge su, dakle, usluge koje omogućavaju stvaranje, obradu ili pohranu podataka u digitalnom obliku, te pristup tim podacima uključujući poslovni model „softver kao usluga”, kao što je npr., dijeljenje video i audiozapisa, te druge usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelje (*file hosting*), obrada teksta ili igre koje se nude u okruženju računarstva u oblaku (*cloud computing*) i društvene mreže.[30] Digitalni ugovori za predmet, pored pribavljanja digitalnog sadržaja, imaju i sve vrste usluga povezanih s digitalnim sadržajem, a koje potrošaču omogućavaju stvaranje, obradu, pohranu i dijeljenje digitalnog sadržaja.

Pod digitalnim uslugama iz čl. 2, st. 2, sl. a) Direktive (EU) 2019/770 misli se na usluge pomoću kojih potrošač generira vlastiti digitalni sadržaj kao što su npr. digitalne slike, audio i video multimedijske datoteke, blog portali, postovi, *chat*, *tweet*, *podcast*, sadržaj kreiran na mobilnim uređajima i sl. Ovdje spadaju npr. usluge pristupa internetu ili internet pret-

[30] Vid. t. 19 preambule Direktive (EU) 2019/770. Tako npr. *Dropbox*, *Google Drive*, *Gmail* i sl. pružaju usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelju koji je u ovom slučaju oblak (*cloud*). Zatim, društvene mreže npr. *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn*, *Twitter* i sl. su usluge društvenih mreža koje su bazirane na oblaku.

raživači (npr. *Google, Bing, Safari*), zatim sistemi za pohranjivanje podataka, tj. usluge smještaja na poslužitelju kao što je oblak (npr. *GoogleDrive, Dropbox*), zatim računarstvo u oblaku, internet *streaming* (npr. *Netflix, YouTube, Spotify),* internetske platforme za e-trgovinu (npr. *Amazon, eBay*), plaćanje putem interneta, društvene mreže (npr. *TikTok, Instagram*), blog portali i sl. Iz ovih primjera se vidi da su digitalne usluge sve vrste usluga koje potrošaču dozvoljavaju stvaranje, obradu, razmjenu i pohranjivanje digitalnog sadržaja.[31] Pod digitalnim uslugama iz čl. 2, st. 2, sl. b) Direktive (EU) 2019/770 misli se prvenstveno na društvene mreže i medije kao što su npr., *Facebook, Twitter, Instagram* i sl., jer one omogućavaju dijeljenje i svaku drugu interakciju digitalnim sadržajem koje učitava i stvara sam potrošač ili drugi korisnici.

Poljem primjene shodno čl. 3, st. 2 Direktive (EU) 2019/770 obuhvaćen je i *species*, tj. *digitalni sadržaj ili digitalna usluga razvijeni u skladu sa specifikacijama potrošača*. Ovdje se misli na digitalni sadržaj prilagođen specifičnim zahtjevima potrošača, uključujući posebno prilagođene računarske programe.[32]

3. BESPLATNA ISPORUKA DIGITALNOG SADRŽAJA ILI DIGITALNIH USLUGA

3.1. Pojam besplatnog ugovora o digitalnom sadržaju

Potpuna novina u ugovornom pravu predviđena u čl. 3, st. 1, podstav drugi Direktive (EU) 2019/770 je da naknada koju potrošač daje za isporučeni digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ne mora biti u novcu, već može biti u osobnim podacima.

Pravo zaštite potrošača je tako po prvi put obuhvatilo situacije kada potrošač za preuzimanje ili pristup digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi ne plaća novcem, već daje svoje osobne podatke (npr. registracija za internetsku uslugu, društvene mreže i sl.). U čl. 3, st. 1, podstav drugi Direktive (EU) 2019/770 propisano je da će se primjenjivati *ako trgovac isporučuje ili se obavezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač dostavlja ili se obavezuje dostaviti osobne podatke trgovcu, osim ako osobne podatke koje dostavi potrošač trgovac obrađuje isključivo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu s ovom direktivom ili kako bi se trgovcu omogućilo usklađivanje s pravnim zahtjevima kojima trgovac podliježe, a trgovac te podatke ne obrađuje ni u koje*

[31] S. Geiregat, R. Steennot, “Proposal for a Directive on Digital Content, Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity”, *Digital Content and Distance Sale, New Developments at EU Level* (eds. I. Claeys, E. Terryn), Intersentia, 2017, 101.

[32] Vid. t. 26 preambule Direktive (EU) 2019/770.

druge svrhe. Navedenom odredbom Direktiva (EU) 2019/770 je učinila revolucionaran korak, jer je konvencionalno ugovorno pravo uvela u digitalno doba kako bi moglo odgovoriti zahtjevima digitalne ekonomije.

Važno je primijetiti da u odredbi čl. 3, st. 1, podstav drugi, za razliku od prvog podstava, Direktiva (EU) 2019/770 jasno ne propisuje da situacija kada potrošač dostavlja svoje osobne podatke a zauzvrat mu trgovac isporučuje digitalni sadržaj ili uslugu jeste ugovor. Pojam ugovor suptilno je izostavljen iz pravne norme upravo da se ne bi izvukao zaključak da je ugovor sklopljen svaki put kada potrošač dostavlja osobne podatke za korištenje internetskih usluga.[33] Međutim, u t. 24 preambule Direktive (EU) 2019/770 navodi se da bi se direktiva trebala primjenjivati na ugovore na temelju kojih trgovac isporučuje ili se obavezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač dostavlja ili se obavezuje dostaviti osobne podatke. Iako je dakle pojam ugovor izostavljen iz pravne norme, ipak u preambuli se navodi da ovakvi poslovni modeli gdje potrošač ustupa svoje osobne podatke u zamjenu za digitalni sadržaj ili uslugu jesu ugovor. Direktiva (EU) 2019/770, kao i druge potrošačke direktive prije nje, u nadležnosti nacionalnih zakonodavaca ostavlja pitanja kao što su sklapanje, valjanost, ništavost ili učinci ugovora ili zakonitost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.[34]

Nadalje, u t. 25 preambule Direktive (EU) 2019/770 je pojašnjeno da se ne bi trebala primjenjivati ni u situacijama kada trgovac prikuplja samo metapodatke, kao što su informacije o uređaju potrošača ili povijesti pretraživanja, osim ako se predmetna situacija smatra ugovorom u skladu s nacionalnim pravom. To znači da države članice svojim nacionalnim pravom mogu odrediti je li sklopljen ugovor ako je potrošač samo pristupio internet stranici i prihvatio kolačiće (*cookies*) čime je omogućio prikupljanje svojih metapodataka npr. o uređaju, lokaciji, povijesti pretraživanja i sl. Ono što može dovesti potrošače u zabludu, budući da se većina internetskih usluga tako i reklamira, je da se radi o besplatnom digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi u slučaju kada ne treba ništa platiti, dok u stvari nije besplatno, jer potrošač zauzvrat ustupa svoje osobne podatke.[35] U situaciji kada se ustupanje osobnih podataka smatra naknadom za isporučeni digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu može se govoriti o tzv. monetizaciji osob-

[33] R. Schulze, D. Staudenmayer, *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, CH Beck-Nomos-Hart, Baden-Baden-Oxford 2020, 71.

[34] Vid. t. 12 preambule Direktive (EU) 2019/770.

[35] „Plaćanje podacima“ je postao popularan izraz kod preuzimanja tzv. besplatnog digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, a u stvari se često radi o zavaravajućoj poslovnoj praksi. Vid. o tome N. Helberger, F. Borgesius Zuiderveen, A. Reyna, “The Perfect Match? A Clooser Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law”, *Common Market Law Review* 54/2017, 1428.

nih podataka.[36] Današnji poslovni modeli u svijetu digitalnih tehnologija oslanjaju se u velikoj mjeri na obradi osobnih podataka korisnika s ciljem njihovog ekonomskog iskorištavanja.[37] U digitalnoj ekonomiji uobičajen pojam podaci kao valuta dolazi u koliziju sa pravom na zaštitu osobnih podataka kao jednim od temeljnih prava koje se štiti primarnim[38] i sekundarnim pravom EU, kao i nacionalnim pravima.

3.2. Vrijednost osobnih podataka u digitalnoj ekonomiji

Iz perspektive zaštite ljudskih prava osobni podaci se ne bi trebali smatrati robom koja ima ekonomsku vrijednost, jer time se vrijeđaju nedjeljive univerzalne vrijednosti ljudskog dostojanstva. Nasuprot tome, ekonomija podataka informacije i osobne podatke vidi kao vrijednost koja generira novu vrijednost, a mnoge poslovne transakcije obavljaju se samo zbog vrijednosti prikupljenih podataka.[39] Posljednje je posebno izraženo u tehnologiji velikih podataka (*Big Data*) koja podrazumijeva automatsko prikupljanje i obradu velike količine raznovrsnih podataka kako bi im se dala nova vrijednost. Takvim podacima se trguje u ekonomiji podataka i oni se smatraju stvarima u prometu. Za podatke su zainteresirane i kompanije i pojedinci, pritom i jedni i drugu mogu djelovati kao korisnici i proizvođači podataka.[40]

Evolucija digitalnih tehnologija omogućila je uvid u privatnost, kontrolu privatnog života i usmjeravanje ponašanja potrošača.[41] Pružatelji digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga skupljaju osobne podatke potrošača, koje zatim u vlastitom interesu profiliraju ili kombiniraju s drugim podacima kako bi došli do novih saznanja.[42] Osobni podaci imaju veliki potencijal za stvaranje novih vrijednosti i profita onima koji njima upravljaju. Drugim riječima, osobni podaci nisu samo vrijedni onome čiji su, već imaju ogromnu vrijednost i trgovcima. Internetske platforme koje isporučuju „besplatan“ digitalni sadržaj ili pružaju „besplatne“ digitalne usluge (npr. *Instagram, YouTube, Facebook, TikTok, Spotify* i sl.) koriste prikupljene osobne podatke svojih korisnika u razne svrhe, npr. za ciljno oglaša-

[36] I. Kunda, „Elektronička trgovina“, *Europsko privatno pravo, posebni dio* (E. Mišćenić *et al.*), Školska knjiga, Zagreb 2021, 237.

[37] U koje svrhe se prikupljeni osobni podaci mogu sve koristi vid. N. Helberger, F. Borgesius Zuiderveen, A. Reyna, (2017), 1430–1431.

[38] U tom smislu vid. čl. 16 UFEU, te čl. 8 Povelje Europske unije o temeljnim pravima.

[39] G. Howells, 154.

[40] H. Zech, 57–59.

[41] D. Samardžić, Z. Meškić, *Pravo Evropske unije II, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2017, 197.

[42] Vid. I. Rubinstein, “Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?”, *International Data Privacy Law* 2013, 1–14, *https://ssrn.com/abstract=2157659*, 19. 4. 2022.

vanje, zatim kako bi poboljšale kvalitet svojih usluga, stvorile nove proizvode i usluge, pružale personalizirane usluge potrošačima, poboljšale sigurnost svojih usluga, osim toga podatke mogu prodati kako bi netko treći dobio pristup potencijalnim korisnicima i kupcima. Za potrošača izgleda besplatno jer ništa ne plaća, dok u stvarnosti su to sve različiti poslovni modeli.[43] Potrošači ustupaju svoje podatke u zamjenu za sadržaj ili uslugu da bi potom trgovci prikupljene podatke razmjenjivali sa oglašivačima za određenu ekonomsku korist. Slikovito rečeno, korisnici besplatnog internetskog sadržaja nisu potrošači, već su „proizvod“.[44] Sam poslovni model odvija se na način da trgovac koji nudi besplatan digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu prima ekonomsku korist od treće osobe koja se oglašava unutar sadržaja koji on nudi. Oglas trećeg je personaliziran spram preferencija i interesa potrošača zahvaljujući upravo algoritamski prikupljenim i obrađenim osobnim podacima potrošača.[45] S obzirom da nije sigurno da će potrošači i kupiti oglašeni proizvod ili uslugu, trošak oglašavanja, a time i cijena „besplatnog“ digitalnog sadržaja ili usluge prebacuje se na cijelu skupinu kupaca oglašivača.[46] Drugim riječima, digitalni sadržaj trgovac ne naplaćuje neposredno od potrošača već od oglašivača, kojem je ustupio osobne podatke potrošača.

3.3. Osobni podaci kao temeljno ljudsko pravo

Dilemu o osobnim podacima kao robi i osobnim podacima kao temeljnom pravu spretno je premostila Direktiva (EU) 2019/770 tako što se na kraju ipak priklonila stanovištu da je zaštita osobnih podataka temeljno pravo i da se osobni podaci ne mogu smatrati robom.[47] Ovaj pristup rezultat je kritika na Prijedlog direktive o isporuci digitalnog sadržaja, a posebice stručnih tijela EU, tj. Europskog nadzornika za zaštitu podataka (*Euro-*

[43] R. Robert, L. Smit, “The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law”, *ERA Forum* 19/2018, 162.

[44] G. Sartor, *New aspects and challenges in consumer protection*, Study for the committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020, 12, *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648790/IPOL_STU(2020)648790_EN.pdf*, 10. 4. 2022.

[45] Ovdje se otvara pitanje nepoštenih poslovnih praksi kojima se zanemaruje pravo potrošača na donošenje informirane odluke. Određene prakse personalizacije se često temelje na profiliranju, skrivenom oglašavanju, prijevarnim, lažnim ili obmanjujućim informacijama i manipuliranim recenzijama. Vid. Komunikaciju Komisije Europskom Parlamentu i Vijeću, Nova strategija za potrošače – Jačanje otpornosti potrošača radi održivog oporavka, COM(2020) 696 final, 13. 11. 2020.

[46] I. Kunda, 236–237.

[47] Vid. t. 24 preambule Direktive (EU) 2019/770.

pean Data Protection Supervisor, EDPS).[48] Prema prijedlogu direktive da bi ugovor o digitalnom sadržaju bio obuhvaćen poljem primjene ugovor je morao sadržavati cijenu ili je potrošač morao aktivno pružati osobne podatke ili druge podatke kao nenovčanu protučinidbu. Prema mišljenju EDPS odredba je bila sporna, jer je odražavala stav kako se nešto može platiti osobnim podacima na isti način kao i novcem. Temeljna prava, kao što je pravo na zaštitu osobnih podataka ne mogu se svesti na obične potrošačke interese, a osobni podaci se ne mogu smatrati robom. Uvođenjem osobnih podataka kao „nenovčane protučinidbe“ otvorilo se i pitanje odnosa između prijedloga direktive i pravila o zaštiti osobnih podataka, tj. Opće uredbe o zaštiti podataka.[49] Preporuke EDPS su bile da se izbjegne korištenje pojma „podaci kao protučindba“ jer je nejasan i može stvarati zabludu kod potrošača, zatim da je pojam „drugi podaci“ već obuhvaćen ekstenzivnom definicijom osobnih podataka iz Opće uredbe o zaštiti podataka, potom da se izbjegne upućivanje jedino na podatke koje „aktivno“ pruža potrošač jer je to u suprotnosti s postojećim i budućim pravilima o zaštiti podataka, zatim da treba biti navedeno da se podaci koje obrađuje trgovac upotrebljavaju u skladu sa Općom uredbom o zaštiti podataka i dr.

Upućene kritike i preporuke su uvažene, pa se u tekstu Direktive (EU) 2019/770 kada je u pitanju besplatni digitalni sadržaj i usluge koriste neutralni pojmovi upravo kako bi se napravio otklon od komercijalizacije osobnih podataka.[50] Ne navodi se više pojam protučinidba kao bitno obilježje sinalagmatičnih ugovora kod kojih nasuprot činidbe jedne strane stoji činidba druge.[51] Ovime se željelo naglasiti da su osobni podaci temeljno ljudsko pravo, a ne roba kojom se trguje kao i svakom drugom robom. Upitno je međutim koliko je Direktiva (EU) 2019/770 neutralnom terminologijom uspjela zamaskirati činjenicu da su u praksi osobni podaci potrošača zaista protučinidba činidbi isporuke digitalnog sadržaja ili usluge.[52] Brisanjem pojma podaci kao protučinidba Direktiva (EU) 2019/770 zapravo prepušta nacionalnim zakonodavcima da u skladu sa svojim ugovornim

[48] Vid. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14. 3. 2017, (EDPS, Opinion) *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf*, 10. 4. 2022.

[49] Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), OJ L 199/1.

[50] A. Metzger, “A Market Model for Personala Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, *Data as Counter Performance – Contract Law 2.0?* (eds. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer), Nomos, Baden-Baden 2020, 28, *https://ssrn.com/abstract=3666805*, 10. 1. 2023.

[51] R. Schulze, (2016), 141–142.

[52] R. Schulze, D. Staudenmayer, 71.

pravom odluče hoće li davanje osobnih podataka smatrati protučinidbom potrošača ili ne,[53] kao i da riješe otvorena pitanja, npr. šta u slučaju davanja neistinitih osobnih podataka,[54] zatim može li trgovac raskinuti ugovor ako potrošač ne dostavi podatke ili ne dostavi istinite podatke i sl.?

3.4. Odnos Direktive (EU) 2019/770 i Opće uredbe o zaštiti podataka

Shodno čl. 4, st. 1 Opće uredbe o zaštiti podataka „osobnim podacima“ smatraju se *svi podaci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi („ispitanik”). Pojedinac čiji se identitet može utvrditi jest osoba koja se može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca*. Riječ je o vrlo ekstenzivnoj definiciji koja obuhvaća različite vrste podataka pomoću kojih se može utvrditi identitet pojedinca. Sud EU je u presudi u predmetu *Nowak*[55] pojasnio da se i IP adrese, pa čak i one dinamične, mogu smatrati osobnim podatkom ako se na temelju njih može utvrditi identitet pojedinca.[56]

Budući da je Direktiva (EU) 2019/770 zauzela stav da se osobni podaci ne mogu smatrati robom već da se radi o temeljnom ljudskom pravu, s tim u vezi neophodno je poštivanje i primjena Opće uredbe o zaštiti podataka na ugovore kojima potrošač ustupa svoje osobne podatke u zamjenu za digitalni sadržaj ili digitalne usluge.[57] Odnos između Direktive (EU) 2019/770 i Opće uredbe o zaštiti podataka definiran je u čl. 3, st. 8 Direktive (EU) 2019/770 na način da je propisano da se *pravo Unije o zaštiti osobnih podataka primjenjuje na sve osobne podatke koji se obrađuju u vezi s ugovorima iz st. 1. Ovom direktivom se posebno ne dovode u pitanje Uredba (EU) 2016/679 i Direktiva 2002/58/EZ. U slučaju proturječnosti između odredaba ove direktive i prava Unije o zaštiti osobnih podataka, potonje ima prednost*.[58]

---

[53] Vid. A. Metzger, 38.

[54] O tome vid. G. Spindler, “Contracts for the Supply of Digital Content – The Proposal of the Commission for a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content”, *Digital Content and Distance Sale, New Developments at EU Level* (eds. I. Claeys, E. Terryn), Intersentia, 2017, 291–292.

[55] Presuda Suda EU u predmetu C-434/16, *Nowak*, ECLI:EU:C:2017:994, par. 34.

[56] D. Vrbljanac, „Zaštita osobnih podataka“, *Europsko privatno pravo, posebni dio* (E. Mišćenić *et al.*), Školska knjiga, Zagreb 2021, 291.

[57] O tome vid. S. D. Midorović, M. B. Sekulić, „A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2019, 1145–1166.

[58] Vid. t. 37 preambule Direktive (EU) 2019/770.

Opća uredba o zaštiti podataka propisuje detaljne zahtjeve vezano za zakonitu obradu osobnih podataka. Pojam „obrada” definiran je u čl. 4, st. 2 Opće uredbe o zaštiti podataka i podrazumijeva svaki postupak koji se odnosi na osobne podatke, pa s tim u vezi obrada osobnih podataka može biti neautomatizirana ili automatizirana.[59] Da bi obrada osobnih podataka bila zakonita potrebno je da se temelji na jednom od pravnih osnova iz čl. 6 Opće uredbe o zaštiti podataka, a to su: pristanak ispitanika na obradu; obrada je potrebna radi izvršenja ugovora u kojem je ispitanik ugovorna strana; obrada je nužna radi poštivanja pravnih obaveza voditelja obrade; obrada je potrebna radi zaštite vitalnih interesa ispitanika; obrada je potrebna radi javnog interesa i obrada je nužna za potrebe legitimnih interesa voditelja obrade ili treće strane.

Ukoliko se vratimo na analiziranu definiciju iz čl. 3, st. 1, podstav drugi Direktive (EU) 2019/770 vidljivo je da se direktiva neće primjenjivati na ugovore o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge kada potrošač zauzvrat ustupa svoje osobne podatke i to: *ako osobne podatke koje dostavi potrošač trgovac obrađuje isključivo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ili kako bi se trgovcu omogućilo usklađivanje s pravnim zahtjevima kojima podliježe, a trgovac te podatke ne obrađuje ni u koje druge svrhe.*[60] Primjerice, ako trgovac zatraži *mail* adresu potrošača da bi mu na tu adresu dostavio instrukciju za plaćanje digitalnog sadržaja ili, pak, isporučio digitalni sadržaj tada se neće primjenjivati Direktiva (EU) 2019/770, jer se osobni podaci obrađuju isključivo u svrhu izvršenja ugovora. Ali, ako bi trgovac dostavljenu *mail* adresu iskoristio i u druge svrhe, npr. da potrošaču ciljano šalje oglase ili ako bi prikupljene *mail* adrese trgovac prodao nekom trećem, tada *mail* adresa potrošača postaje zapravo naknada za pribavljeni digitalni sadržaj ili uslugu zbog čega bi se Direktiva (EU) 2019/770 primjenjivala.[61] U situaciji kada potrošač npr. otvori korisnički račun na društvenim mrežama, te navede ime i *mail* adresu koji se koriste u svrhe različite od obične isporuke

[59] D. Vrbljanac, 294.

[60] Prvi pravni osnov obrade podataka *izvršavanje ugovora u kojem je ispitanik stranka* se upravo često koristi u privatnopravnim odnosima. Ovaj pravni osnov se primjenjuje kad je ispunjen jedan od dva uvjeta, a to je da obrada mora biti u svrhu izvršavanja ugovora ili za poduzimanje koraka u predugovornoj fazi na zahtjev ispitanika, u svakom slučaju obrada mora biti nužna. Nužnost se svodi samo na obradu onih podataka koji su ugovorom određeni ili dopušteni. Drugi pravni osnov obrade podataka je *poštivanje pravnih obaveza voditelja obrade* utvrđenih u pravu Unije ili pravu države članice kojoj voditelj podliježe. *Ibid*., 307–309.

[61] M. B. Loos, “Not good but certainly content, The proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content”, *Digital Content and Distance Sale, New Developments at EU Level* (eds. I. Claeys, E. Terryn), Intersentia, 2017, 28–29.

digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, ili u svrhe različite od ispunjavanja pravnih zahtjeva Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje. Osim toga, Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje i onda kada potrošač koji je otvorio račun na društvenim mrežama pristane da se bilo koja vrsta materijala koji se smatra njegovim osobnim podacima, npr. slike ili objave koje postavlja i dijeli, koriste u promidžbene svrhe trgovca.[62] Obrada osobnih podataka potrošača u svrhu: izvršenja ugovora – čl. 6, st. 1, sl. b) Opće uredbe o zaštiti podataka, ili ispunjenja pravnih obaveza trgovca – čl. 6, st. 1, sl. c) Opće uredbe o zaštiti podataka, neće se smatrati obradom u komercijalne svrhe trgovca i bit će izuzeta od primjene Direktive (EU) 2019/770. Međutim, svaka obrada osobnih podataka potrošača u druge svrhe za pretpostaviti je da ima svoju izravnu ili neizravnu komercijalnu svrhu, pa se osobni podaci mogu smatrati naknadom za digitalni sadržaj ili uslugu, te takvi ugovori ulaze u polje primjene Direktive (EU) 2019/770.[63]

Iako nije izričito propisano, *ratio* odredbe čl. 3, st. 1, podstav drugi Direktive (EU) 2019/770 nesporno počiva na ideji potrošačevog pristanka na obradu njegovih osobnih podataka u zamjenu za digitalni sadržaj ili uslugu.[64] To proizlazi i iz t. 38 preambule Direktive (EU) 2019/770 jer se pojašnjava da ukoliko se obrada osobnih podataka temelji na pristanku iz čl. 6, st. 1, sl. a) Opće uredbe o zaštiti podataka, primjenjuju se posebne odredbe Uredbe, uključujući odredbe o uvjetima za ocjenu je li pristanak bio dobrovoljan. Ovom direktivom ne bi se smjela uređivati valjanost pristanka. Pristanak na obradu podataka iz čl. 6, st. 1, sl. a) Opće uredbe o zaštiti podataka podrazumijeva dobrovoljan, poseban, informiran i nedvosmislen pristanak potrošača na obradu njegovih podataka shodno čl. 7 Uredbe.[65] Ali, ako i pristanak potrošača na obradu osobnih podataka ne ispunjava sve zahtjeve i principe Opće uredbe o zaštiti podataka to ipak ne isključuje primjenu Direktive (EU) 2019/770, jer u suprotnom bi jedino trgovci imali od toga koristi.[66] U kontekstu „besplatnih“ digitalnih ugovora kada potrošač dakle „plaća“ osobnim podacima relevantan je i čl. 7, st. 4 Opće uredbe o zaštiti podataka u kojem se navodi da *kod procjene je li pristanak na obradu bio dobrovoljan, u najvećoj mogućoj mjeri uzima se u obzir, je li, među ostalim, izvršenje ugovora bilo uvjetovano pristankom na obradu osobnih podataka koji nije nužan za izvršenje tog ugovora*. Iz ove odredbe i ekstenzivno postavljenog dijela *u najvećoj mogućoj mjeri uzima se u obzir* daje se prostora za primjenu Direktive (EU) 2019/770 i onda kada pristanak potrošača na obradu podataka ne zadovoljava sve uvjete Opće

[62] Vid. t. 24 preambule Direktive (EU) 2019/770.
[63] Vid. EDPS Opinion, 13–17.
[64] A. Metzger, 33.
[65] Vid. t. 38 preambule Direktive (EU) 2019/770.
[66] *Ibid*.

uredbe o zaštiti podataka. Najgori scenario za zaštitu potrošača bi bio onaj kada pristanak potrošača na obradu osobnih podataka ne bi bio valjan prema pravilima Opće uredbe o zaštiti podataka i da zbog te nevaljanosti se istovremeno ne primjenjuje ni Direktiva (EU) 2019/770.[67]

S druge strane, Direktiva (EU) 2019/770 nije ponudila jasno rješenje kada su u pitanju pasivno prikupljeni osobni podaci, odnosno podaci prikupljeni bez znanja potrošača. Drugim riječima, je li za primjenu Direktive (EU) 2019/770 relevantno kako je trgovac došao do osobnih podataka potrošača, uz znanje ili bez znanja potrošača?[68]

Kada potrošač određene osobne podatke pruža pasivno, tj. nije ni svjestan da ih ostavlja prilikom preuzimanja besplatnog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a trgovac takve metapodatke prikuplja i dalje iskorištava, kao npr. podatke o uređaju, lokaciji, povijesti pretraživanja, IP adresi, podaci prikupljeni prihvaćanjem kolačića kod pristupa *web* mjestima i sl., Direktiva (EU) 2019/770, kako je pojašnjeno u t. 25 preambule, se ne bi trebala primjenjivati, osim ako nacionalno pravo država članica i ovakve situacije smatra ugovorom. Državama članicama je dakle prepušteno da odluče hoće li automatsko prikupljanje metapodataka potrošača npr. prihvaćanjem kolačića[69] u zamjenu za isporučeni digitalni sadržaj ili uslugu smatrati ugovorom između trgovca i potrošača. Direktiva (EU) 2019/770 se također ne bi trebala primjenjivati ni u situacijama kada je potrošač, iako nije sklopio ugovor s trgovcem, izložen oglasima isključivo da bi mogao pristupiti digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi. No, ipak države članice imaju slobodu proširiti polje primjene Direktive (EU) 2019/770 i na predmetne situacije, jer se radi o odredbi minimalne harmonizacije.[70] Na ovaj način države članice mogu i „tajno“ prikupljanje osobnih podataka potrošača podvesti pod primjenu pravila Direktiva (EU) 2019/770. Čini se sasvim razložnim da i potrošači čiji se podaci obrađuju bez njihovog znanja uživaju pravnu zaštitu Direktive (EU) 2019/770, jer ni pravo o zaštiti podataka ne pravi razliku u pogledu načina prikupljanja podataka.[71] Tim više jer potrošači često nisu ni svjesni da trgovac prikuplja osobne podatke kada preuzimaju neku besplatnu aplikaciju kao ni u koje svrhe će podaci biti iskorišteni. Pravila o privatnosti trgovaca često sasvim nejasno određuju svrhu korištenja prikupljenih podataka kao npr. u svrhu poboljšanja iskustva potrošača i sl., iz čega zapravo potrošači ne znaju koliko će njihovi podaci doprinijeti stvaranju nove ekonomske vrijednosti.[72] Međutim,

[67] A. Metzger, 34.
[68] R. Robert, L. Smit, 172.
[69] O upotrebi *kolačića* za prikupljanje osobnih podataka vid. G. Spindler, 291.
[70] Vid. t. 25 preambule Direktive (EU) 2019/770.
[71] R. Robert, L. Smit, 167.
[72] Vid. EDPS Opinion, 9 i 12.

manjkavost Direktive (EU) 2019/770 je ta što kada je riječ o obradi podataka bez znanja potrošača, radi se o odredbi minimalne harmonizacije zbog čega potrošači neće biti isto zaštićeni na jedinstvenom digitalnom tržištu.

Kada je digitalni sadržaj ili digitalna usluga zaista besplatan, odnosno nema plaćanja novcem niti osobnim podacima, Direktiva (EU) 2019/770 se ne primjenjuje. To znači da je potrebno razlikovati besplatnost u pravnom smislu, kao što je primjerice kod ugovora o poklonu i naizgled „besplatan“ digitalni sadržaj, kako potrošači često pogrešno shvaćaju kada ustupaju svoje osobne podatke.

4. ZAKLJUČAK

Digitalni ugovori kod kojih se ne plaća cijena, nego ustupaju osobni podaci u zamjenu za digitalni sadržaj ili uslugu tek će postati veliki izazov za nacionalne zakonodavce budući da Direktiva (EU) 2019/770 uređuje samo neke aspekte ovih ugovora, dok sve ostalo treba riješiti nacionalnim ugovornim pravom, kao što su npr. pravila o sklapanju, valjanosti, ništavosti ili učincima ugovora, uključujući pravne posljedice raskida ugovora[73] i mnoga druga. Za zaštitu potrošača bitno je da su potrošači svjesni da i besplatan digitalni sadržaj znači stupanje u ugovorni odnos, koji podrazumijeva uzajamne obaveze.

Značajan doprinos Direktive (EU) 2019/770 kad su u pitanju besplatni digitalni ugovori je taj što predviđa da potrošači imaju pravo na ugovorena pravna sredstva i u slučaju pribavljanja digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga u zamjenu za davanje svojih osobnih podataka. U slučaju neispravnog besplatnog digitalnog sadržaja potrošačima pripada pravna zaštita i određena pravna sredstva kao i da su za taj sadržaj ili uslugu platili cijenu.[74] Direktiva (EU) 2019/770 u određenom opsegu izjednačava potrošače koji su platili cijenu i potrošače koji su „platili“ osobnim podacima. I jedni i drugi imaju određeni nivo razumnih očekivanja u pogledu kvaliteta, funkcionalnosti i interoperabilnosti digitalnog sadržaja ili usluge.[75] Nekog opravdanog razloga zašto bi se i razlikovale ove dvije kategorije potrošača

[73] Čl. 3, st. 10 Direktive (EU) 2019/770.

[74] Vid. t. 24 preambule Direktive (EU) 2019/770.

[75] M. B. Loos *et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. – Final report: Comparative analysis, law & economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, Amsterdam 2011, 180, *https://hdl.handle.net/11245/1.345662*, 10. 3. 2022.

u odnosu na njihova razumna očekivanja nema.[76] S druge strane, javljaju se dileme u pogledu istog nivoa zaštite dviju kategorija potrošača, pa tako Direktiva (EU) 2019/770 predviđa da u slučaju „besplatnog“ digitalnog sadržaja potrošač nema pravo na sniženje cijene (jer istu nije ni platio), nego na raskid ugovora, pa čak i u slučaju neznatne neusklađenosti.[77]

Uključivanje i ugovora o isporuci besplatnog digitalnog sadržaja, tj. kada potrošač „plaća“ osobnim podacima u područje primjene Direktive (EU) 2019/770 predstavlja veliki izazov za poslovnu praksu, jer tom logikom i osobni podaci postaju na određeni način stvar u prometu.[78] Budući da potrošač dostavlja osobne podatke trgovcu, a ti podaci nisu potrebni isključivo radi isporuke digitalnog sadržaja ili ispunjavanja pred trgovca postavljenih pravnih zahtjeva, pretpostavlja se da su podaci naknada za isporučeni sadržaj ili uslugu pa time imaju i svoju transakcijsku vrijednost.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Carvalho, Jorge Morais, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771* (July 18, 2019), *https://ssrn.com/abstract=3428550*, 23. 2. 2022;
2. De Fransechi, Alberto, “European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives”, *European Contract Law and the Digital Single Market* (ed. A. De Fransechi), Intersentia, 2016;
3. Geiregat, Simon, Steennot, Reinhard, “Proposal for a Directive on Digital Content, Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity”, *Digital Content and Distance Sale, New Developments at EU Level* (eds. I. Claeys, E. Terryn), Intersentia, 2017;
4. Grundmann, Stefan, Hacker, Philipp, “Digital Technology as a Challenge to European Contract Law-From the Existing to the Future Architecture”, *European Contract Law in the Digital Age* (ed. S. Grundmann), Intersentia, 2018;
5. Helberger, Natali, Borgesius Zuiderveen, Frederik, Reyna, Agustin, “The Perfect Match? A Clooser Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law”, *Common Market Law Review* 54/2017;
6. Helberger, Natali, Loos, Marco B. M., Guibault, Lucie, Mak, Chantal, Pessers, Lodewijk, “Digital Content Contracts for Consumer”, *Journal of Consumer Policy* 36/2013;

[76] N. Helberger, F. Borgesius Zuiderveen, A. Reyna (2017), 1448. Vid. N. Madalena, *Consumer Expectations in Digital Content Contracts – An Empirical Study*, Tilburg Private Law Working Paper Series, No. 01/2017, *https://ssrn.com/abstract=2954491*, 12. 4. 2022.

[77] Vid. t. 67 preambule Direktive (EU) 2019/770.

[78] G. Sartor, 21.

7. Howells, Geraint, “Protecting Consumer Protection Values in the Fourth Industrial Revolution”, *Journal of Consumer Policy* 43/2020;
8. Loos, Marco B. M., “Not good but certainly content, The proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content”, *Digital Content and Distance Sale, New Developments at EU Level* (eds. I. Claeys, E. Terryn), Intersentia, 2017;
9. Madalena, Narciso, *Consumer Expectations in Digital Content Contracts – An Empirical Study*, Tilburg Private Law Working Paper Series, No. 01/2017, *https://ssrn.com/abstract=2954491*, 12. 4. 2022;
10. Mărcuţ, Mirela, *Crystalizing the EU Digital Policy, An Exploration into the Digital Single Market*, Springer, 2017;
11. Metzger, Axel, “A Market Model for Personala Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, *Data as Counter Performance – Contract Law 2.0?* (eds. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer), Nomos, Baden-Baden 2020, 28, *https://ssrn.com/-abstract=3666805*, 10. 1. 2023;
12. Midorović, Sloboda D., Sekulić, Miloš B., “A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2019;
13. Mišćenić, Emilia, Kunda, Ivana, Petrić, Silvija, Butorac Malnar, Vlatka, Vrbljanac, Danijela, Winkler, Sandra, *Europsko privatno pravo, posebni dio*, Školska knjiga, Zagreb 2021;
14. Robert, Romain, Smit, Lara, “The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law”, *ERA Forum* 19/2018;
15. Rubinstein, Ira, „Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?”, *International Data Privacy Law* 2013, *https://ssrn.com/abstract=2157659*, 19. 4. 2022;
16. Samardžić, Darko, Meškić, Zlatan, *Pravo Evropske unije II, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2017;
17. Schulze, Reiner, Staudenmayer, Dirk, *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, CH Beck-Nomos-Hart, Baden-Baden-Oxford 2020;
18. Schulze, Reiner, “Supply of Digital Content, A New Challenge for European Contract Law“, *European Contract Law and the Digital Single Market* (ed. A. De Fransechi), Intersentia, 2016;
19. Spindler, Gerald, “Contracts for the Supply of Digital Content – The Proposal of the Commission for a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content”, *Digital Content and Distance Sale, New Developments at EU Level* (eds. I. Claeys, E. Terryn), Intersentia, 2017;
20. Zech, Herbert, “Data as a Tradeable Commodity”, *European Contract Law and the Digital Single Market* (ed. A. De Fransechi), Intersentia, 2016.

Pravni propisi

1. Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. 4. 1993. nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, OJ 1993 L 95/29;
2. Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171/12 izmijenjena Direktivom 2011/83/EU, OJ 2011 L 304/64;
3. Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8.6.2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektronske trgovine (Direktiva o elektronskoj trgovini), OJ L 178, 17. 7. 2000;
4. Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25.10.2011. o pravima potrošača, kojom se mijenja Direktiva 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ i opoziva Direktiva 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ, OJ L 304, 22. 11. 2011;
5. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), OJ L 199/1;
6. Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. 5. 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, OJ L 136, 22. 5. 2019;
7. Direktiva (EU) 2019/771 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. 5. 2019. o određenim aspektima ugovora o prodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ, OJ L 136, 22. 5. 2019.

Internet izvori

1. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14. 3. 2017, (EDPS, Opinion) *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf*, 10. 4. 2022;
2. Flash Eurobarometer 411, *Cross-border access to online content*, Summary, August 2015, *https://www.lawspot.gr/sites/default/files-/images/nea/misc/fl_411_en.pdf*, 15. 3. 2022;
3. Loos, Marco B. M. *et al*., *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. – Final report: Comparative analysis, law & economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, Amsterdam, 2011., *https://hdl.handle.net/11245/1.345662*, 10. 3. 2022;
4. Sartor, Giovanni, *New aspects and challenges in consumer protection*, Study for the committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies,

European Parliament, Luxembourg, 2020, *https://www.europarl.europa.-eu/RegData/etudes/STUD/2020/648790/IPOL_STU(2020)648790_EN.pdf*, 10. 4. 2022.

Associate Professor Anita Petrović, LL.D.

Faculty of Law, University of Tuzla

THE NOTION OF THE CONTRACT FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT OR DIGITAL SERVICES

Summary

European contract law has seen significant changes in recent years. Contract law that once suited specific period of time and particular market relationships has now entered the new age of digital technologies. As a consequence of this “fourth industrial revolution” legislative measures are being adopted at the EU level, with the purpose of modernizing European contract law to meet the requirements of the digital market. In the digital world of data, data is a tradable commodity as any other good and can be an independent element of the contract or “consideration”. In order to regulate contractual relations that already exist in practice, Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services was adopted on 20 May 2019. It came into force on 1 January 2022. For the first time at the EU level and the most member states, this Directive has regulated contracts for the supply of digital content or digital service. It governs contracts where the trader supplies data to the consumer, and the consumer pays a price. However, what is even more important is that the scope of the Directive also includes situations where the trader supplies digital content or digital services to the consumer in exchange for his personal data. The aim of the paper is to critically analyze the legal notion of the contract for the supply of digital content or digital services, especially bearing in mind the new definitions of digital content and digital service, and to analyze the legal regulation of “free” digital content or services.

Key words: *Directive (EU) 2019/770; Digital content; Digital services; Price; Personal data; “Free” digital content.*

УДК/UDC 341.9:347.65/.68
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Драгана Дамјановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ ОСТАВИОЦА: ДА ЛИ ЈЕ РИЈЕЧ О ПОСЕБНОМ ПОЈМУ УОБИЧАЈЕНОГ БОРАВИШТА?

Уобичајено боравиште данас представља незаобилазан критеријум како за оцјену надлежности, тако и за одређивање мјеродавног права. Поред општег појма уобичајеног боравишта, временом су се искристалисали и посебни појмови, као што су уобичајено боравиште дјетета, уобичајено боравиште предузетника, те уобичајено боравиште правног лица, односно организације без својства правног лица. Међутим, поставља се питање да ли уобичајено боравиште оставиоца такође представља посебан појам уобичајеног боравишта? Уобичајено боравиште оставиоца први пут се помиње у Хашкој конвенцији о сукобима закона у погледу форме завјештајних одредаба из 1961. године. Поред тога, уобичајено боравиште оставиоца јавља се као критеријум за одређивање мјеродавног права у Хашкој конвенцији о мјеродавном праву за насљеђивање имовине умрлих лица из 1989. године. Ипак, оно није изазвало претјерану пажњу, све до усвајања и почетка примјене Уредбе (ЕУ) о насљеђивању из 2012. године, гдје уобичајено боравиште оставиоца има троструку улогу: то је критеријум за оцјену опште надлежности суда који ће расправити насљеђивање заоставштине у цјелини, критеријум за одређивање мјеродавног права у одсуству избора и један од критеријума за заснивање надлежности органа за издавање Европске потврде о насљеђивању која је установљена овом Уредбом. Аутор у раду најприје анализира појам уобичајеног боравишта на начин како је он дат у поменутој уредби, а затим настоји отклонити дилему ради ли се о посебном појму уобичајеног боравишта или се он пак може сврстати под општи појам ове тачке везивања.

Кључне ријечи: Уобичајено боравиште; Уобичајено боравиште оставиоца; Уредба (ЕУ) о насљеђивању.

Драгана Дамјановић, *dragana.damjanovic@pravni.ues.rs.ba*.

1. УВОД

Уобичајено боравиште појам је који је изњедрила Хашка конференција за међународно приватно право. Његова употреба као тачке везивања отпочела је још 1896. године и траје до данас. Чак 32 конвенције Хашке конференције предвиђају уобичајено боравиште, било као примарну, било као секундарну тачку везивања. Притом, уобичајено боравиште није дефинисано нити поближе одређено ни у једној од њих. Упркос томе, судска пракса успјела је да утврди одређене карактеристике уобичајеног боравишта, те је као посебно важне издвојила физичко присуство на одређеној територији разумног трајања, однос према друштвеној средини, а понекад и намјеру заснивања уобичајеног боравишта. Под утицајем хашких конвенција, уобичајено боравиште ушло је у правне системе многих држава, али и у систем међународног приватног права ЕУ, гдје се наставило даље развијати. Иако уобичајено боравиште има несумњиво значајну улогу у међународном приватном праву Европске уније, оно такође није дефинисано ни у једном њеном правном извору.

Што се тиче новијих националних кодификација у упоредном праву, уобичајено боравиште постало је незаобилазан критеријум надлежности и одређивања мјеродавног права, при чему је у већини њих дата и његова дефиниција. Захваљујући томе и богатој судској пракси, данас смо у могућности препознати елементе општег појма уобичајеног боравишта физичког лица: фактички, односно објективни и вољни, односно субјективни елемент. Под првим подразумијевамо стабилно физичко присуство једног лица на одређеној територији, а под другим намјеру тог лица да одређено мјесто учини средиштем својих животних интереса на дужи период. Ипак, општи појам уобичајеног боравишта не одговара свим категоријама физичких лица, јер је или немогуће испунити захтјеве оба елемента, или законодавац сматра да треба другачије дефинисати уобичајено боравиште. Осим тога, може се радити и о уобичајеном боравишту правног лица. У вези с тим, разликујемо посебне појмове уобичајеног боравишта: уобичајено боравиште дјетета, уобичајено боравиште предузетника и уобичајено боравиште правног лица, односно организације без својства правног лица. Поставља се питање да ли се напријед набројаним посебним појмовима може придружити и уобичајено боравиште оставиоца.

Уобичајено боравиште оставиоца први пут се помиње у Хашкој конвенцији о сукобима закона у погледу форме завјештајних одреда-

ба из 1961. године,[1] а након тога јавља се као критеријум за одређивање мјеродавног права у Хашкој конвенцији о мјеродавном праву за насљеђивање имовине умрлих лица из 1989. године.[2] Без обзира на то, оно није изазвало претјерану пажњу све до усвајања и почетка примјене Уредбе (ЕУ) о надлежности, мјеродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу јавних исправа у насљедним стварима и успостављању Европске потврде о насљеђивању из 2012. године (Уредба о насљеђивању).[3] Када се ради о Конвенцији о форми завјештања 1961, уобичајено боравиште оставиоца у вријеме сачињавања завјештања или у вријеме смрти, представља једну од алтернативних тачака везивања на основу којих се одређује мјеродавно право за облик завјештајних одредаба и за њихов опозив. Конвенција не дефинише уобичајено боравиште оставиоца, нити пак даје смјернице за његово одређивање. Конвенција 1989 предвиђа као мјеродавно право уобичајено боравиште оставиоца у вријеме смрти, али само уколико се истовремено ради о земљи држављанства оставиоца, или ако је уобичајено боравиште трајало најмање пет година прије смрти оставиоца, а не постоји ближа веза са државом држављанства оставиоца. Ни ова Конвенција не садржи дефиницију, нити било каква упутства за одређивање уобичајеног боравишта.

Иако је Конвенција о форми завјештања 1961 ратификована од стране 42 државе,[4] уобичајено боравиште оставиоца, као једна од низа тачака везивања, није изазвало велику пажњу. Што се тиче Конвенције 1989, она никада није ни ступила на снагу, те не чуди то што није имала утицаја на развој уобичајеног боравишта оставиоца као посебног појма. Према томе, идеја о уобичајеном боравишту оставиоца као

[1] Конвенција о сукобима закона у погледу форме завјештајних одредаба из 1961. године – Конвенција о форми завјештања 1961, *https://www.hcch.net/en/instruments/-conventions/full-text/?cid=40,* 24. март 2023.

[2] Конвенција о мјеродавном праву за насљеђивање имовине умрлих лица из 1989. године – Конвенција 1989. *https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?-cid=62*, 24. март 2023.

[3] Уредба (ЕУ) бр. 650/2012 Европског парламента и вијећа од 4. јула 2012. о надлежности, мјеродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу јавних исправа у насљедним стварима и о успостављању Европске потврде о насљеђивању – Уредба о насљеђивању, *Службени лист ЕУ*, Л 201/107.

[4] Албанија, Антигва и Барбуда, Јерменија, Аустралија, Аустрија, Белгија, Босна и Херцеговина, Боцвана, Брунеј, Кина само у односу на Административну област Хонг Конг, Хрватска, Данска, Естонија, Фиџи, Финска, Сјеверна Македонија, Француска, Њемачка, Грчка, Гренада, Ирска, Израел, Јапан, Лесото, Луксембург, Маурицијус, Црна Гора, Низоземска, Норвешка, Пољска, Молдавија, Србија, Словенија, Јужна Африка, Шпанија, Свазиленд, Шведска, Швајцарска, Тонга, Турска, Украјина, УК Велике Британије и Сјеверне Ирске. *https://www.hcch.net/en/instruments/-conventions/-status-table/?cid=40*, 24. март 2023.

посебном појму уобичајеног боравишта развила се тек скоро, након усвајања и ступања на снагу Уредбе о насљеђивању, те је логично посматрати овај појам у контексту поменуте Уредбе.

2. УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ У КОНТЕКСТУ УРЕДБЕ О НАСЉЕЂИВАЊУ

Уредба о насљеђивању усвојена је још 2012. године, али је њена примјена отпочела тек од 17. августа 2015. године.[5] Циљ Уредбе је да регулише све грађанскоправне аспекте насљеђивања односно све облике преноса имовине, права и обавеза поводом смрти, било да је ријеч о неком облику располагања за живота, било да је ријеч о законском насљеђивању. Уобичајено боравиште оставиоца у Уредби има троструку улогу: то је критеријум за одређивање опште надлежности суда који ће расправити насљеђивање заоставштине у цјелини,[6] критеријум за одређивање мјеродавног права у одсуству избора[7] и један од критеријума за заснивање надлежности органа за издавање Европске потврде о насљеђивању[8] установљене овом Уредбом.

Тако ће судови државе чланице у којој је оставилац имао своје уобичајено боравиште у тренутку смрти одлучивати о насљеђивању у цјелини,[9] наравно у случају одсуства пророгације суда.[10] Кад је ријеч о мјеродавном праву, Уредба предвиђа могућност избора права држављанства оставиоца у тренутку избора или у тренутку смрти.[11] Ако оставилац није извршио избор, за насљеђивање у цјелини биће мјеродавно право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у тренутку смрти.[12] Треба напоменути да ће то право бити примијењено без обзира на то да ли се ради о праву неке од држава чланица ЕУ или праву треће земље.[13] Међутим, Уредба предвиђа клаузулу одступања у смислу да се право уобичајеног боравишта оставиоца у тренутку

[5] Уредба о насљеђивању, чл. 84. Поједине одредбе примјењивале су се и раније, али примјена Уредбе у цјелини, везује се за горе назначени датум.

[6] Уредба о насљеђивању, чл. 4.

[7] Уредба о насљеђивању, чл. 21.

[8] Уредба о насљеђивању, чл. 64.

[9] Сматра се да су судови посљедњег уобичајеног боравишта оставиоца најподеснији да одлучују о заоставштини, будући да се, како имовина, тако и насљедници, најчешће налазе управо на територији тог суда. У том смислу, тзв. начело проксимитета је поштовано у потпуности. Више о томе вид. M. Alvarez Torne, “Key Points on the Determination of International Jurisdiction in the New EU Regulation on Successions and Wills”, *Yearbook of Private International Law* 14/2013, 413–416.

[10] Уредба о насљеђивању, чл. 4.

[11] Уредба о насљеђивању, чл. 22.

[12] Уредба о насљеђивању, чл. 21, ст. 1.

[13] Уредба о насљеђивању, чл. 20.

смрти неће примијенити као мјеродавно ако је, из свих околности случаја, јасно да је умрли био очигледно ближе повезан са државом која није држава његовог посљедњег уобичајеног боравишта. У том случају, примијениће се потоње право, односно примијениће се критеријум најближе везе за избор мјеродавног права.[14]

Уредба о насљеђивању не дефинише уобичајено боравиште, чак ни у члану 3 који садржи дефиниције одређених појмова коришћених у тексту Уредбе.[15] То свакако није изненађујуће, имајући у виду раније акте Европске уније који су регулисали различите аспекте грађанског права са прекограничним елементом, у којима је убичајено боравиште такође предвиђено као тачка везивања, а да је, притом, његова дефиниција изостала. Но, за разлику од претходних инструмената Европске уније, Уредба о насљеђивању садржи одређене смјернице о начину одређивања уобичајеног боравишта оставиоца. У том смислу, по први пут наилазимо на такав приступ у инструментима међународног карактера.[16] Треба напоменути да уобичајено боравиште оставиоца у контексту Уредбе о насљеђивању представља аутономан појам и да га као такав треба тумачити независно од тумачења у другим уредбама и независно од тумачења у унутрашњем праву државе поступајућег органа.

Према томе, у раду ћемо размотрити уобичајено боравиште оставиоца у контексту Уредбе о насљеђивању. Након тога, требало би да имамо одговор на питање да ли је уобичајено боравиште оставиоца уистину посебан појам уобичајеног боравишта или је сувишан појам или чак појам који доводи до правне несигурности.

2.1. Начин утврђивања уобичајеног боравишта оставиоца

За утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца у смислу Уредбе о насљеђивању, значајна су три рецитала[17] који пружају одређена упутства органу који расправља заоставштину. Њиховим тумачењем могуће је одредити релевантан временски оквир за процјену уобичајеног боравишта, елементе које је неопходно оцијенити приликом

[14] Уредба о насљеђивању, чл. 21, ст. 2.

[15] У теорији се то оцјењује као добро рјешење, будући да бисмо дефинисањем тог појма на сцени имали крут и сложен институт, који би судови по свему судећи различито тумачили. Вид. J. Carrascosa Gonzalez, “European Regulation in Matters of Succession and Habitual Residence of the Deceased”, *Cuadernos Derecho Transnacional* 8/2016, 62. Међутим, постоје и супротна гледишта. У том смислу вид. B. Rich, “Habitual residence in English succession law”, *Trusts and Trustees* 17.4/2011, 319–320.

[16] Национални извори већином садрже дефиницију уобичајеног боравишта уколико се он користи као критеријум надлежности или мјеродавног права.

[17] Уредба о насљеђивању, рецитал 23, 24 и 25.

утврђивања уобичајеног боравишта оставиоца, ситуације које се могу показати спорним, као и евентуална рјешења. Такође, објашњени су и услови за примјену клаузуле одступања који, иако се не односе на начин утврђивања уобичајеног боравишта, могу дати корисне информације.

Уредба у рециталу 23 предвиђа да орган који расправља заоставштину, приликом утврђивања уобичајеног боравишта оставиоца, треба да процијени све релевантне чињеничне елементе током посљедњих година његовог живота и у тренутку смрти. У истом рециталу, Уредба предвиђа да надлежни орган посебну пажњу треба посветити процјени сљедећих елемената: (1) трајање присутности оставиоца у односној држави, (2) сталност присутности, (3) услови присутности и (4) разлози за ту присутност.

Међутим, творци Уредбе исказали су бојазан да би, у одређеним ситуацијама, утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца могло бити сложено. Као такве, наведене су двије ситуације у којима би се, поред набројаних елемената, у обзир узеле и друге чињенице.

1. Најприје, она када је оставилац због професионалних или економских разлога отишао живјети у иностранство како би тамо радио, понекад и дужи временски период, али је задржао блиску и стабилну везу са земљом поријекла. У таквом случају, могло би се сматрати зависно од свих околности, да је оставилац имао своје уобичајено боравиште у земљи поријекла гдје је било (5) средиште интереса његове породице и (6) његов друштвени живот.

2. Друга ситуација тиче се оставиоца који је живио у неколико држава наизмјенично или је путовао из једне државе у другу, а да се притом није стално настанио ни у једној од њих. У таквим околностима, уколико је оставилац био држављанин једне од тих држава или ако је имао своју главну имовину у једној од тих држава, (7) његово држављанство или (8) локализација претежног дијела његове заоставштине могли би бити посебан фактор у укупној процјени чињеничних околности.[18]

Тако утврђено уобичајено боравиште, дакле, након процјене наведених елемената, требало би да покаже блиску и стабилну везу оставиоца са одређеном државом, узимајући у обзир конкретне циљеве Уредбе.[19] Ипак, у рециталу 25 говори се о могућности одступања од редовно мјеродавног права, тј. ближе се одређују услови за примјену клаузуле одступања. Тако се наводи да орган који се бави насљеђивањем може у изузетним случајевима, „доћи до закључка да право

[18] Уредба о насљеђивању, рецитал 24.

[19] Уредба о насљеђивању, рецитал 23.

мјеродавно за насљеђивање не би требало бити право државе уобичајеног боравишта умрлог, него прије право државе са којом је умрли очигледно био више повезан“.[20] Као примјер наводи се ситуација када се оставилац релативно скоро прије смрти преселио у земљу свог уобичајеног боравишта, а при томе све околности случаја указују на то да је био у ближој вези са другом државом. Иако је дата ова могућност, ипак је наглашено да клаузули одступања не треба прибјегавати (сваки пут) када се утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца покаже компликованим.[21]

2.2. Анализа садржаних упутстава

На почетку анализе уобичајеног боравишта оставиоца у свјетлу Уредбе о насљеђивању треба напоменути да Уредба предвиђа овај критеријум како за избор мјеродавног права, тако и за избор надлежног суда, те у крајњем случају и за надлежност органа који могу издати Европску потврду о насљеђивању. У свим побројаним случајевима ради се о јединственом појму. Другим ријечима, појам уобичајеног боравишта треба тумачити на исти начин, независно од тога у коју се сврху конкретно користи, јер у крајњем може бити само једно уобичајено боравиште оставиоца.[22]

У теорији се наводи да анализу уобичајеног боравишта оставиоца треба спровести у два степена када се ради о надлежности, односно у три степена уколико се ради о одређивању мјеродавног права.[23] У првом степену оцјењивала би се стабилност блиске везе са мјестом уобичајеног боравишта како је описано у рециталу 23 Уредбе.[24] Ако се на тај начин не би могло недвосмислено утврдити постојање стабилне и блиске везе, прелази се на други степен, тј. примјену одредница садржаних у рециталу 24, у првом реду држављанства оставиоца.[25] Трећи степен обухвата примјену клаузуле одступања само за потребе одређивања мјеродавног права.[26]

Мишљења смо да овај „степенасти приступ“ свакако не значи да се додатни критеријуми попут држављанства оставиоца, мјеста нала-

[20] Уредба о насљеђивању, рецитал 25.

[21] Уредба о насљеђивању, рецитал 25.

[22] Слично вид. U. Bergquist *et al.*, *EU regulation on Succession and Wills – Commentary*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Koeln 2015, 68.

[23] Д. Зграбљић-Ротар, Т. Хошко, „Уобичајено боравиште оставитеља према Уредби о насљеђивању“, *Загребачка правна ревија* 9.3/2020, 227.

[24] *Ibid.*

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.*

жења његове имовине и слично, користе само у спорним ситуацијама. Треба имати у виду да се упутства налазе у преамбули Уредбе, дакле, њеном дијелу који не ступа на правну снагу и нема обавезујући карактер. Поред тога, у рециталу 23 који садржи одређене смјернице за утврђивање уобичајеног боравишта у „првом степену“, јасно се наводи да би орган који одлучује о насљеђивању приликом утврђивања уобичајеног боравишта требало да изврши укупну процјену животних околности умрлог током посљедњих година живота и у тренутку смрти, да је дужан размотрити све релевантне чињенице, а посебно трајање и сталност присутности, те услове и разлоге присутности. То показује да четири потоња елемента немају привилегован статус, већ да на њих посебно треба обратити пажњу, при чему је надлежни орган и даље дужан да размотри и све остале околности које сматра релевантним. Ипак, ради боље прегледности рада, најприје ћемо анализирати начин утврђивања уобичајеног боравишта оставиоца у „неспорним“ ситуацијама, а потом у ситуацијама које је законодавац окарактерисао као „спорне“.

2.2.1. Утврђивање уобичајеног боравишта у „неспорним“ ситуацијама

Анализа начина утврђивања уобичајеног боравишта у тзв. „неспорним ситуацијама“ везује се за напријед поменути рецитал 23 Уредбе о насљеђивању и елементе које је законодавац препознао као одлучујуће. У вези са *временским оквиром*, законодавац је био експлицитан – релевантно је уобичајено боравиште оставиоца у тренутку смрти.[27] Међутим, приликом његовог утврђивања, неопходно је испитати животне околности оставиоца, не само у тренутку смрти, што се подразумијева, већ и током посљедњих година живота. Сматрамо ову сугестију законодавца значајном, јер она посредно имплицира који је

[27] Ситуација је јасна када се ради о смрти оставиоца, али теорија је, као проблематичну, издвојила ону када се се нестало лице проглашава за умрло. Вид. J. L. Iglesias Buigues, G. Palao Moreno, C. Azcarraga Monzonis, *Sucesiones Internacinales: Comentarios el Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia 2015, 147. Чини нам се да је проблем у томе што се лице проглашава за умрло када протекне извјестан период након његовог нестанка, који може да траје од једне до пет година. Релевантан тренутак јасно је означен као вјероватни дан смрти у рјешењу о проглашењу несталог лица за умрло. Међутим, као тај тренутак може бити означен датум неколико година након нестанка. То значи да би суду биле везане руке, будући да приликом утврђивања уобичајеног боравишта оставиоца, треба цијенити његове животне околности у тренутку смрти и у годинама које су претходиле смрти, што је у овој ситуацији немогуће. Због тога, суд једино може да цијени животне околности оставиоца у тренутку његовог нестанка и у годинама које су претходиле његовом нестанку, јер су само те околности познате.

временски период потребан за стицање посљедњег уобичајеног боравишта оставиоца. Чини се да ту нема мјеста за идеју да се уобичајено боравиште може стећи за дан или неки краћи временски период и слично.

У том смислу, *трајање присутности* оставиоца у односној држави мора бити много дуже.[28] То нису чак ни мјесеци, прије би се рекло године. Поред тога, потребна је стабилност боравка. То не значи да нису допуштена краткотрајна одсуства. *Сталност присутности* требало би посматрати у дужем временском оквиру, дакле, од неколико посљедњих година живота оставиоца. Зашто је то битно? Уколико би био довољан краћи временски период за заснивање уобичајеног боравишта, рецимо шест мјесеци боравка, онда би одсуство од два мјесеца значајно нарушило стабилност боравка. Али ако стабилност боравка цијенимо кроз период од рецимо три године, онда и одсуство од шест мјесеци не нарушава сталност и стабилност боравка.

Када се ради *о разлозима и условима присутности*, тј. боравка, то свакако може имати утицаја на опредјељење да ли је уобичајено боравиште постојало. Прави се разлика између личних разлога: да ли је особа самостално одлучила преселити се и живјети негдје до краја живота (што се може провјерити тиме да ли су успостављени социјално-друштвени односи), или је особа била принуђена негдје се преселити из здравствених и сличних разлога (што се најчешће манифестује одсуством социјално-друштвених веза). Тако се у теорији наводе два примјера који показују значај разлога и услова боравка, као чињеница које указују на (не)постојање уобичајеног боравишта.

Први примјер тиче се преминулог француског држављанина који је радио као нотар у Обали Слоноваче неколико деценија. Разболио се, те је отишао у Париз на лијечење гдје је након три године умро. Међутим, задржао је свој стан у Абиџину, наставио да уплаћује доприносе за социјално осигурање и сматрао се резидентом Обале Слоноваче у сврху плаћања пореских обавеза. Стога се може сматрати да је очигледно да је он задржао своје везе и центар својих животних интереса у Обали Слоноваче, те да у смислу члана 21 Уредбе, треба закључити да је његово уобичајено боравиште и даље у Обали Слоноваче, а њено право мјеродавно.[29]

У другом примјеру, радило се о преминулом аустријском држављанину који је у седамдесетој години одлучио да се пресели на Мајорку у Шпанији и да тамо остане до краја живота, након што је

[28] Упор. К. Кнол-Радоја, „Одступање од начела јединства насљеђивања у Уредби ЕУ-а о насљеђивању“, *Правни вјесник* 49/2019, 55.

[29] U. Bergquist *et al.*, 123.

сав живот провео у земљи свог држављанства. Већи дио његове имовине остао је у Аустрији. Међутим, изгледа да је оставилац коначно и добровољно пребацио центар свој животних интереса у Шпанију, те се она треба сматрати његовим посљедњим уобичајеним боравиштем, а шпанско право примијенити као мјеродавно у смислу члана 21 Уредбе о насљеђивању.[30]

Имајући у виду ове примјере, могуће је уочити битну разлику у разлозима пресељења лица у питању. У првом примјеру, оправдано је запитати се да ли би оставилац уопште долазио у Париз да га на то нису присилиле објективне околности везане за његову болест, као и да ли би тамо остао до смрти да су исходи лијечења били позитивни. У другом примјеру, оставилац је без притиска било какве природе одлучио да се пресели на Мајорку и да тамо остане до краја живота. Поред тога, разликују се и услови боравка. Изгледно је да је оставилац из првог примјера већину свог боравка у Француској провео у болницама, док је вјероватно да је оставилац из другог примјера посједовао сопствену непокретност и уживао у чарима Мајорке све до своје смрти.

У вези са наведеним релевантним чињеничним елементима садржаним у смјерницама за утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца,[31] *трајност и сталност присутности* могли би се подвести под *објективан елемент општег појма уобичајеног боравишта*, док би се *разлози и услови присутности*, могли испитивати у оквиру његовог *субјективног елемента*. Када је ријеч о субјективном елементу, поставља се питање да ли је могуће да лице стекне уобичајено боравиште уколико више није у могућности да самостално формира или реализује своју вољу. У литератури је дат примјер лица које породица смјести у старачки дом или у дом за његу у иностранство.[32] Наводи се да, иако је могуће промијенити уобичајено боравиште лица без пословне способности, треба имати на уму одсуство субјективног елемента који је потребан за социјалну интеграцију у новој средини и представља предуслов за стицање уобичајеног боравишта у некој земљи.[33] Сматрамо да потпуно одсуство воље, ипак, спречава промјену уобичајеног боравишта. Због тога лице које је породица смјестила породица у дом за његу у иностранству, задржава своје претходно уобичајено боравиште. С друге стране, оправдано је поставити питање да ли се можда ради о још једном гранању општег појма уобичајеног бора-

[30] *Ibid.*, 124.

[31] Уредба о насљеђивању, рецитал 23. Ради се о трајању, сталности, условима и разлозима присутности.

[32] U. Bergquist *et al*, 69.

[33] *Ibid.*

вишта у смислу уобичајеног боравишта одраслог лица без пословне способности? У сваком случају, требало би размислити о томе, а посебно имајући у виду хашке конвенције које за субјект заштите имају одрасла лица која нису у стању да се самостално брину о себи.

Но, вратимо се уобичајеном боравишту оставиоца. Надлежни орган мора размотрити и остале околности случаја, тј. друге чињенице који су релевантне за доношење одлуке. То може да укључи држављанство оставиоца, мјесто налажења његове имовине, центар интереса његове породице, његов друштвени живот, као и језик којим говори, државу у којој плаћа порез итд. Коначно, након разматрања свих релевантних чињеничних околности, *утврђено уобичајено боравиште требало би да има блиску и стабилну везу са односном државом*. Или из другог угла: након разматрања свих релевантних околности, *мјесто са којим је оставилац имао стабилну и блиску везу представља његово уобичајено боравиште*. Тако, што је случај мање међународни – повезан са мање држава, то је већа концентрација релевантних фактора у једној држави, па према томе мања је потреба да се они детаљно оцјењују.[34] У супротној ситуацији, када је случај више међународни, онда је мања концентрација релевантних фактора у свакој од земаља са којом је случај повезан, што ствара потребу да се сваки од тих фактора пажљивије процијени и одмјери.[35]

2.2.2. Утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца у „спорним“ ситуацијама

Када се ради о *спорним ситуацијама*, надлежни орган такође треба да разматра све околности случаја и да тако одлучи о уобичајеном боравишту. Међутим, законодавац је одлучио изнијети свој став поводом двије специфичне ситуације.

Подсјетимо, прва је када лице ради у иностранству, те тамо живи чак и дужи период, али задржава блиске везе са земљом порријекла у којој се налази средиште интереса његове породице и његов друштвени живот. Законодавац сматра да се у таквој ситуацији, имајући у виду све околности случаја, може закључити да је оставилац задржао своје уобичајено боравиште у земљи порријекла.[36] Дакле, у овом слу-

[34] J. Re, “Habitual Residence in the Succession Regulation”, *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination* (eds. I. Viarengo, F. C. Villata), Hart Publishing, New York 2020, 141.

[35] *Ibid.*

[36] Уредба о насљеђивању, рецитал 24. Мислимо да и у овом случају треба гледати гдје је средиште животих интереса једног лица, нарочито какав је субјекетивни елемент. Неко може радити дуги низ година у иностранству, на примјер на грађевини, при чему спава и храни се у организованом колективном смјештају и

чају, законодавац је евидентно дао предност субјективном елементу. У ову групу би се могли сврстати и студенти који студирају у иностранству, али долазе у земљу поријекла током распуста, те су са њом задржали блиске везе.

Друга спорна ситуација тиче се лица која су наизмјенично живјела у више држава или путовала из једне земље у другу, а да се притом нису настанила ни у једној од њих. Погрешно би било тумачити да тада држављанство и локација имовине представљају једине околности на основу којих се утврђује уобичајено боравиште оставиоца. Потребно је цијенити све околности, с тим да би ове двије могле имати пресудан значај, али само ако се уобичајено боравиште не би могло утврдити на други начин. Другим ријечима, треба оцијенити да ли су социјалне и породичне везе које је оставилац имао са сваком од тих држава уопште упоредиве.[37] Тек уколико се не може дати предност некој од њих, долазе до изражаја критеријуми држављанства и локације имовине.[38]

На овом мјесту умјесно је поставити питање да ли може постојати двојно уобичајено боравиште оставиоца. С тим у вези, сматрамо да је намјера законодавца је прилично видљива управо из додатних упутстава за утврђивање уобичајеног боравишта у „спорним“ ситуацијама. Животне околности оставиоца, примјера ради, у првој спорној ситуацији су такве да би могле навести суд на закључак да оставилац има уобичајено боравиште у обје средине: у земљи у којој је радио и живио дужи временски период и у земљи свог поријекла. Међутим, тако нешто би довело до цијепања заоставштине, што се коси са циљевима саме Уредбе, те је због тога законодавац и дао упутства како утврдити право уобичајено боравиште. Уосталом, да је одговор на напријед постављено питање негативан потврдио је и Суд правде ЕУ у случају *E. E. intervening: Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E.*[39] Наиме, захтјев за претходну одлуку упућен је од стране Врховног суда Литваније поводом поступка који је Е. Е. покренуо ради издавања Европске потврде о насљеђивању од стране нотара са сједиштем у Литванији, након смрти мајке, која је преминула у Њемачкој. Е. Е. је литвански држављанин, као што је била и

сваки слободан тренутак користи да посјети земљу свог поријекла, у којој се налази његова породица, у коју улаже стечени новац и има развијене породичне и друштвене односе. У таквој ситуацији, без обзира на дужину трајања боравка, одсуство субјективног елемента спречава стицање новог уобичајеног боравишта.

[37] U. Bergquist *et al.*, 69.

[38] *Ibid.*

[39] *E. E. intrevening: Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E., C - 80/19, CURIA.*

његова мајка, иначе оставиља. Мајка је била у браку са њемачким држављанином, те се након закључења брака, заједно са својим, тада малољетним сином, преселила у Њемачку. Она је 2013. године саставила тестамент пред нотаром у Литванији, којим је свога сина, Е. Е., именовала као јединог насљедника цијеле заоставштине. Послије њене смрти, Е. Е. се 2017. године обратио нотару у Литванији, ради покретања оставинског поступка и издавања Европске потврде о насљеђивању, будући да се стан који је био у власништву преминуле, налазио у Литванији. Међутим, нотар је одбио издати Потврду, са образложењем да се уобичајено боравиште оставиље, у смислу члана 4 Уредбе, налазило у Њемачкој. Син је оспорио одлуку нотара пред Општинским судом у Литванији, те је његов тужбени захтјев усвојен, са образложењем да оставиља није прекинула своје везе са Литванијом. Нотар се жалио Окружном суду, који је поништио побијану одлуку и одбио тужбени захтјев Е. Е. Затим је Е. Е. поднио представку Врховном суду Литваније, који је одлучио да прекине поступак и обрати се Суду правде ЕУ са одређеним питањима, међу којима се поставило и питање уобичајеног боравишта оставиље. Дилема је била да ли члан 4 Уредбе треба тумачити на такав начин да се уобичајено боравиште преминулог може утврдити у само једној држави чланици. Суд је образлажући свој став, најприје истакао да Уредба о насљеђивању не садржи дефиницију уобичајеног боравишта, али зато садржи одређене корисне смјернице за његово утврђивање у рециталима 23 и 24 Уредбе. Тумачећи те смјернице, Суд је нашао да орган надлежан за насљеђивање мора одредити уобичајено боравиште оставиоца оцјеном свих околности случаја у само једној држави, јер би супротно довело до фрагментације насљеђивања, што није у складу са циљевима саме Уредбе. Суд се, нажалост, није опредијелио у погледу тога гдје се налази уобичајено боравиште оставиље.

3. ЗАКЉУЧАК

Јасно је да је уобичајено боравиште оставиоца посебан појам уобичајеног боравишта у међународном приватном праву Европске уније, будући да се оно тумачи на аутономан начин, дакле, мимо тумачења уобичајеног боравишта у другим уредбама и без утицаја националних правних система. Сматрамо да се оно у пракси тешко може тумачити сасвим независно у односу на ранија схватања уобичајеног боравишта Суда правде ЕУ. То се види посматрајући дате смјернице за утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца. Трајање, сталност, услови и разлози присутности елементи су које је Суд правде ЕУ окарактерисао као кључне за утврђивање уобичајеног борави-

шта у пресуди у случају *Mercredi v. Chaffe*[40] још 2010. године. Према томе, Уредба ЕУ о насљеђивању само је потврдила мишљење Суда. Једина разлика, у ствари, јесу упутства која се тичу спорних ситуација.

Међутим, поставља се питање да ли је било оправдано створити посебан појам уобичајеног боравишта оставиоца? Наиме, приликом утврђивања уобичајеног боравишта оставиоца, јасно је да оно мора рефлектовати стабилне и чврсте везе са одређеном територијом. Но, зар не би требало увијек бити тако, без обзира на то о којим се то односима ради? Имајући у виду посебан појам уобичајеног боравишта оставиоца у праву Европске уније, хипотетички посматрано, могли бисмо доћи у ситуацију да једна особа има различита уобичајена боравишта у исто вријеме, поводом различитих правних односа.[41] На примјер, уколико би био покренут поступак за развод брака особе која живи у земљи Б годину дана, а непосредно након тога особа премине. По питању развода брака могли бисмо закључити да је особа стекла уобичајено боравиште у земљи Б, док би њено уобичајено боравиште као оставиоца, врло вјероватно остало у земљи А, тј. земљи поријекла. Према томе, јасно је да појам уобичајеног боравишта оставиоца може да доведе до правне несигурности и неуједначеног поступања. Циљ је, очигледно, био да се насљеђивање цијени према праву које се налази у довољно јакој вези са заоставштином, иако би у насљеђивању централна фигура требало да буде оставилац. Упркос

[40] *Mercredi v. Chaffe, C-497/10 PPU, CURIA.* Дијете је рођено августа мјесеца 2009. године од невјенчаних родитеља, мајке Францускиње и оца Британца. Недјељу дана након рођења, родитељи су се раставили. Дана 7. окобра мајка је одвела дијете на острво Реунион. Отац је покренуо поступак за враћање дјетета у Енглеску. Поставило се питање значења уобичајеног боравишта дјетета у оквиру Уредбе Брисел II *bis*. Суд правде ЕУ је одлучио да дијете није могло засновати уобичајено боравиште у Француској за само неколико дана, јер је потребан одређен период трајања да би обично боравиште прерасло у уобичајено, иако се не може говорити о неком минимуму времена. Суд је заузео став да приликом тумачења уобичајеног боравишта дјетета, поред физичког присуства у обзир треба узети и друге околности које указују да боравак није привременог или повременог карактера. Нарочито треба цијенити дужину боравка, сталност боравка, услове и разлоге боравака породице у одређеној држави. Затим, од посебног су значаја и сљедеће околности: држављанство дјетета, чињеница да ли похађа школу, његово знање језика и породичне и друштвене везе. У свему томе важан је и узраст дјетета, јер од узраста дјетета зависи који ће чиниоци бити релевантни. Они се разликују у зависности од тога да ли се ради о дојенчету, школском дјетету или дјетету које је већ завршило школу. Уколико се ради о малом дјетету, посматраће се разлози пресељења мајке, њена националност, друшвено и породично окружење и слично.

[41] Изузев уколико стандарди за утврђивање уобичајеног боравишта оставиоца у контексту Уредбе о насљеђивању не постану стандарди за утврђивање уобичајеног боравишта физичког лица уопште у праву Европске уније.

томе што је уобичајено боравиште оставиоца законодавац ЕУ претворио у посебан појам уобичајеног боравишта, он и даље није имао повјерења у ту тачку везивања, па је предвидио клаузулу одступања. Логично је онда запитати се да ли је било потребе за стварањем посебног појма уобичајеног боравишта када је проблем прије тога могао бити ријешен истом том клаузулом одступања?

Оставилац је физичко лице. Не видимо разлоге зашто се његово уобичајено боравиште не би посматрало кроз општи појам уобичајеног боравишта физичког лица, посебан појам уобичајеног боравишта дјетета и можда посебан појам уобичајеног боравишта одраслог лица без пословне способности, о чему би требало размислити. То је наша коначна препорука правосуђу земаља које нису везане Уредбом ЕУ о насљеђивању, а предвидјеле су уобичајено боравиште оставиоца као критеријум за одређивање мјеродавног права за насљеђивање у својим унутрашњим кодификацијама или их на то обавезују међународни извори, као што је случај са Босном и Херцеговином или Републиком Србијом. Уосталом, земље у окружењу које уобичајено боравиште предвиђају као тачку везивања за одређивање мјеродавног права, такође предвиђају специјалну клаузулу одступања као гарант заштите да ће се на насљеђивање примијенити право које се налази у најближој вези са оставиоцем.

Према томе, уобичајено боравиште оставиоца јесте посебан појам уобичајеног боравишта у оквиру права Европске уније, али изван њега, мишљења смо, да не би требало да се ради о посебном појму, јер би такав приступ у појединим случајевима могао нарушити правну сигурност.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Alvarez Torne, Maria, “Key Points on the Determination of International Jurisdiction in the New EU Regulation on Successions and Wills”, *Yearbook of Private International Law* 14/2013;
2. Bergquist, Ulf, et al., *EU regulation on Succession and Wills – Commentary*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Koeln 2015;
3. Зграбљић Ротар, Дора, Хошко, Тена, „Уобичајено боравиште оставитеља према Уредби о насљеђивању“, *Загребачка правна ревија* 9.3./2020;
4. Iglesias Buigues, Jose Luis, Palao Moreno, Guillermo, Azcarraga Monzonis, Carmen, *Sucesiones Internacinales: Comentarios el Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia 2015;

5. Кнол Радоја, Катарина, „Одступање од начела јединства насљеђивања у Уредби ЕУ-а о насљеђивању“, *Правни вјесник* 49/2019;
6. Re, Jacopo, “Habitual Residence in the Succession Regulation”, *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination* (eds. I. Viarengo, F. C. Villata), Hart Publishing, New York 2020;
7. Rich, Barbara, “Habitual residence in English succession law”, *Trusts and Trustees* 17.4/2011;
8. Carrascosa Gonzalez, Javier, “European Regulation in Matters of Succession and Habitual Residence of the Deceased”, *Cuadernos Derecho Transnacional* 8/2016.

Правни прописи

1. Конвенција о сукобима закона у погледу форме завјештајних одредаба из 1961. године;
2. Конвенција о мјеродавном праву за насљеђивање имовине умрлих лица из 1989. године;
3. Уредба (ЕУ) бр. 650/2012 Европског парламента и вијећа од 4. јула 2012. о надлежности, мјеродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу јавних исправа у насљедним стварима и о успостављању Европске потврде о насљеђивању – Уредба о насљеђивању, *Службени лист ЕУ*, Л 201/107.

Судске одлуке

1. E. E. intrevening: Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E., C‑ 80/19, CURIA;
2. Mercredi v. Chaffe, C-497/10 PPU, CURIA.

Assistant Professor Dragana Damjanović, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

HABITUAL RESIDENCE OF THE DECEASED: IS THIS A SPECIAL NOTION OF HABITUAL RESIDENCE?

Summary

Today, habitual residence represents a general connecting factor in determining both jurisdiction and applicable law. Special notions of habitual residence have developed over time in addition to the general notion of habitual residence. These notions include the habitual residence of a child, the habitual residence of an entrepreneur, and the habitual residence of a legal entity, i.e., an organization without legal status. The question arises, however, whether the deceased's habitual residence also represents a

special notion of habitual residence. The habitual residence of the deceased was first mentioned in the Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions. In addition, the deceased's habitual residence appears as a criterion for determining the applicable law in the Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. However, it remained relatively unnoticed until the implementation and enforcement of the Regulation (EU) on Succession from 2012. In this regard, the habitual residence of the deceased serves a triple function: it is a criterion of general jurisdiction, it is a point of attachment for determining the applicable law to succession as a whole in the absence of choice, and it is one of the criteria used to order the competent authority to issue the European Certificate of Succession, which was provided for by this Regulation. In the paper, the author first analyzes the notion of habitual residence, as it is given in the mentioned Regulation, and then attempts to resolve whether the habitual residence of a deceased person is a special notion of habitual residence.

Key words: *Habitual residence; Habitual residence of the decease; Regulation (EU) on Succession*.

И. Тошић, Ј. Мисаиловић, *Усклађеност пословања у осигуравајућим друштвима*, Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, Источно Сарајево 2023, стр. 611–625.

УДК/UDC 368.03
347.764
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Ива Тошић, истраживач сарадник
Јована Мисаиловић, истраживач сарадник

Институт за упоредно право, Београд

УСКЛАЂЕНОСТ ПОСЛОВАЊА У ОСИГУРАВАЈУЋИМ ДРУШТВИМА

Финансијска криза која је потресла свет узроковала је огромне промене у режимима корпоративног управљања свих привредних друштава, па тако и осигуравајућих друштава. Било је потребно установити нове механизме ради враћања поверења корисника услуга у рад ових друштава. Као један од видова јачања корпоративног управљања јавља се функција праћења усклађености. Ова функција у основи произлази из начела законитости пословања, које поред тога што спада у једно од основних начела пословања привредних друштава, представља и израз пословне етике друштва. Директивом Солвентност II функција праћења усклађености добија формални статус унутар осигуравајућег друштва, као једна од четири кључне функције система управљања.

Ауторке ће у раду обрадити основна обележја, обавезе и значај новоустановљене функције праћења усклађености, као и њен утицај на унапређење корпоративног управљања у осигуравајућим друштвима.

Кључне речи: Осигуравајућа друштва; Начело законитости пословања; Функција праћења усклађености; Кључна функција.

1. УВОД

Функција праћења усклађености се у осигуравајућим друштвима последњих година убрзано развија.[1] Под модерном перспективом пословања где она добија улогу проактивног средства контроле чији је циљ спречавање и минимизирање ризика због непоштовања пропи-

Ива Тошић, *i.tosic@iup.rs*.
Јована Мисаиловић, *j.misailovic@iup.rs*.

[1] О овој функцији вид. P. Amato, “Compliance in Insurance Sector”, *International In-house Counsel Journal* 2011, 1–12.

са, као и ризика од губитка репутације, лице задужено за усклађеност у пословању у обавези је да континуирано надгледа бројне законе, прописе, регулаторне захтеве и унутрашње политике.[2] Наиме, корпоративни крахови, који нису заобишли ни финансијски сектор узроковали су промене режима корпоративног управљања у овим друштвима. Специфичност финансијског сектора, чији део чине и осигуравајућа друштва, условљава строжа правила успостављања секторским прописима у односу на она која су утврђена за остала привредна друштва. Унапређење корпоративног управљања остварује се путем јачања оквира за управљање ризицима, прописивањем услова за искуство и пословни углед чланова управе и носилаца и чланова кључних функција, дефинисањем и разграничењем одговорности ових лица, као и путем екстерног надзора над радом ових друштава. Ова питања регулисана су у оквиру Директиве Солвентност II која представља највећу ЕУ регулативу у области осигурања у последњих тридесетак година. Међутим, услед специфичности осигуравајућих друштава неопходно је додатно унапредити корпоративно управљање, те се у оквиру Директиве Солвентност II издваја посебна функција система управљања, функција праћења усклађености. Ова функција је регулисана чланом 46 Директиве Солвентност II и у складу са њим представља део унутрашње контроле. Важно је напоменути да она јесте део система интерних контрола који треба да идентификује и оцени ризике законитости пословања који настају услед непридржавања правних прописа. Међутим, то не сме навести на погрешан закључак да представља интерну контролу као део прве линије одбране друштва, коју спроводи оперативно руководство. Ово је посебно значајно имајући у виду да функција праћења усклађености треба да врши надзор над првом линијом одбране (интерном контролом), те је неопходно да у односу на њу буде функционално независна. Иако Директива у члану 13 одређује функцију праћења усклађености, као једну од четири кључне функције система управљања, њено издвајање из унутрашње контроле, извршено Делегираном уредбом Директиве, додатно ојачава њен положај и значај у осигуравајућем друштву. Функција праћења усклађености бави се етиком и пословном културом, она се налази у средишту корпоративне културе друштва.

[2] Compliance Excellence in the Insurance Industry, Accenture, 3, *https://www.-accenture.com/t00010101t000000__w__/it-it/_acnmedia/pdf-43/accenture-compliance-excellence-insurance-industry.pdf* , 20. 10. 2022.

2. ОРГАНИЗАЦИЈА ФУНКЦИЈЕ ПРАЋЕЊА УСКЛАЂЕНОСТИ

Начело законитости пословања представља једно од основних начела пословања и друштва су била у обавези да га поштују и пре развоја идеје о кључним функцијама. Пре доношења Директиве у којој су садржана начела за нови, на ризику утемељен правни оквир, управа се сматрала главним носиоцем обавезе пословања друштва у складу са законима, подзаконским актима и интерним правилима. У погледу одговорности за успостављање и функционисање одељења за праћење усклађености, ту нема ништа спорно у погледу одговорности – она је увек на управи, јер је основна обавеза управе да води послове друштва. Ту одговорност управа не може делегирати, али може основати посебан сектор/одељење које би било задужено за праћење усклађености.[3] Стога, лице које обавља функцију праћења усклађености није задужено за доношење одлука, то је увек одговорност управе.

Организација функције праћења усклађености није регулисана одредбама Директиве. Изузев опште норме која предвиђа успостављање ове функције, у Директиви нема даљих смерница у вези са величином, бројношћу и начином њеног организовања. Самим тим, није дефинисано да ли је довољно да у осигуравајућем друштву постоји једно лице које ће обављати ову функцију или је неопходно постојање целог одељења. Приликом одређивања организационе структуре фунцкије праћења усклађености треба применити начело пропорционалности које предвиђа Директива. У складу са овим начелом организацију треба прилагодити природи, обиму и сложености ризика који у друштву постоји, тако да се друштво не доведе до неоправдано оптерећујућих захтева.[4] Стога, пракса познаје различите формате овог организационог дела и поделе послова унутар њега. Наиме, осигуравајућа друштва приликом организовања ове функције треба да воде рачуна о величини друштва и о специфичности сопствених пословних активности.[5] Без одговарајуће организационе структуре на нивоу друштва у целини, функција праћења усклађености пословања неће моћи да изврши своје оперативне задатке.[6]

---

[3] М. Гргић, „Захтјеви еуропског законодавца гледе успоставе кључних функција у сектору осигурања с посебним освртом на функцију праћења усклађености“, *Загребачка правна ревија* 1/2014, 39.

[4] Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*, (у даљем тексту: Директива), рецитал 31.

[5] J. Burkle, *Compliance in Versicherungs-unternehmen*, Beck, 2020, 62.

[6] J. Burkle, 85.

Понекад је организациона структура ове функције тако постављена да одељење за усклађеност пословања броји само једног члана. Тада, у другим одељењима најчешће постоје „сарадници за усклађеност пословања“ који, поред својих „основних“ послова, помажу у обављању ове функције. На овај начин, прави се мрежа савезника у другим одељењима, а лице задужено за усклађеност пословања их обучава како би могли да му помогну у спровођењу додељених му задатака. У малим и мање сложеним друштвима могуће је чак и да једна особа или организациона јединица обавља више од једне функције, уз изузетак функције интерне ревизије.[7] Са друге стране, у већим компанијама, функција праћења усклађености пословања може бројати и велики број запослених. У друштвима где су одељења за усклађеност пословања бројна, запослени су најчешће организовани у различите тимове, чији је задатак да се баве одређеним областима (као што је нпр. пословна тајна, прање новца, заштита података о личности итд.). У овом случају, неопходно је именовати одговорно лице као носиоца функције праћења усклађености,[8] које има примарни задатак да предлаже и одговарајуће мере како би се на најефикаснији начин испунила обавеза ове функције.[9] Такође, у таквим случајевима неопходно је да формирани тимови уско сарађују са руководиоцем како би могли да изврше своје одговорности ефикасно.[10]

3. ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА

Улога функције праћења усклађености пословања је контролна и саветодавна и она најпре треба да открије, анализира, прати, извештава о уоченим ризицима и предлаже корективне мере за њихово превазилажење. Имајући у виду да је њена позиција у друштву таква да она примењује најчешће систем превенције, ова функција има обавезу и одговорност да предлаже мере за успостављање усклађености пословања не само у оним ситуацијама када је ризик неусклађености већ наступио (*ex post*), већ и када је потребно друштво припремити за

[7] Директива, рецитал 32.

[8] *Chief Compliance Officer (CCO) – Носилац функције за усклађеност пословања* је један од најважнијих чланова тима, првенствено је одговоран за надгледање усклађености пословања у оквиру осигуравајућег друштва и остваривање усклађености са законима, регулаторним захтевима, политикама и процедурама. F. Hertel, “Effective Internal Control and Corporate Compliance”, *A Law and Economics Impact Analysis of the Mysteries of a German Aktiengesellschaft Listed on the NYSE*, 2018, 250.

[9] М. Гргић, 42.

[10] T. Braun, “Compliance in financial institutions – Tasks, Functions and Structure”, *Compliance Norms in Financial Institutions – Measures, Case Studies and Best Practices*, Springer International Publishing, 2019, 153.

промене које настају у оквиру законодавног оквира и разјаснити утицај измењеног правног оквира на обављање делатности друштва у свим његовим сегментима (*ex ante*).[11] Она се фокусира на спречавање губитка поверења и репутације, избегавање административних казни, мера регулатора, финасијских губитака, кривичних и радноправних санкција, које настају као резултат кршења закона или интерних прописа. Поред тога, треба да се усредсреди на транспарентност, исправност понашања према купцима, пружање уговорних информација, извршење уговора и заштиту клијената, као и на проактивну обуку запослених о питањима усклађености.[12]

Како би се омогућило управљање ризиком усклађености у раној фази, неопходна је сарадња између функције праћења усклађености пословања и запослених у другим организационим јединицама. Обично се сазнање о могућим неправилностима које се манифестују у непоштовању усклађености пословања прво појављује у оквиру других организационих делова друштва, ван функције праћења усклађености пословања.[13]

Једно од основних обележја ове функције је њена независност. Међутим, ограничење пуне независности произлази из чињенице да њене активности подлежу процени интерне ревизије у финансијским институцијама. Наиме, интерна ревизија представља трећу линију одбране у финансијским институцијама, те врши надзор над другом линијом одбране, где се налази и функција праћења усклађености. Програм ревизије из наведених разлога треба да обухвати испитивање адекватности предузетих мера, ефикасности извршених контрола и, посебно, примену корективних мера у случајевима кршења утврђених норми у оквиру функције праћења усклађености финансијске институције.[14]

Лица која обављају функцију праћења усклађености морају испуњавати услове у погледу искуства и пословног угледа предвиђене Директивом за носиоце кључних функција и остала лица која обављају ову функцију у друштву.[15] Потребно је да поседују компетентност, мотивацију, континуирано образовање, као и да одржавају блиске

[11] Љ. Стојковић, *Правни аспекти контроле и управљања ризицима у акционарском друштву за осигурање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 199.

[12] Compliance Excellence in the Insurance Industry, 7.

[13] T. Braun, 151–152.

[14] Такав програм треба да укључује испитивање контролних механизама које функција за праћење усклађености примењује као одговарајуће нивоу ризика процењеног у осигуравајућем друштву.

[15] *Fit and Proper*.

односе са сарадницима с циљем очувања и ширења знања и вештина.[16] Самим тим, функцију обављају лица која поседују потребне квалификације и која спроводе идентификацију, процену, праћење, извештавање и дају савете о управљању ризиком усклађености.[17] Имајући у виду да они представљају другу линију одбране у друштву, важно је нагласити да запослени у оквиру ове функције не могу радити у оквиру јединица које су одређени да надгледају.[18] Запослени у одељењу за усклађеност пословања, посебно носилац функције, не смеју предузимати ниједну радњу која може довести до сукоба интереса са њиховим активностима везаним за усклађеност пословања. Такође, носилац функције не сме обављати водеће функције у другим компанијама које одржавају пословни однос са компанијом у којој обавља функцију праћења усклађености.[19]

Одељењу за усклађеност пословања мора се омогућити да започне независну истрагу сваки пут када постоје знаци да су захтеви постављени у правилима, прописима и кодексима понашања погрешно протумачени.[20] Потребно је да имају приступ свим информацијама, подацима, документима, лицима и референцама неопходним за обављање својих задатака, као и да имају овлашћење да прикупљају информације о било којој врсти активности. Поред наведеног, лицу задуженом за усклађеност у пословању мора се омогућити састанак са запосленима, приступ канцеларијама компаније, документима и досијеима, као и подацима огранака уколико је то неопходно. Са друге стране, како би на адекватан начин спроводили своја задужења унутар компаније, запослени на овој функцији морају имати одговарајуће ресурсе који се опредељују у складу са величином друштва, врстом, опсегом и сложеношћу његовог пословања, као и величином самог одељења за усклађеност пословања.[21] Функција праћења усклађености, као и остале кључне функције, делује под крајњом одговорношћу управног

[16] *The Best Practice for Operating the Compliance Function (Code of Best Practice)*, Magyar Bankszovetseg – Compliance Working Group, Budapedst 2017, 15.

[17] Control Environment Toolkit: Compliance, 5, *https://www.ifc.org/wps/wcm/-connect/0cb0fd3f-8442-4960-a37f-7e232ca275f1/Compliance_Department_Charter_-Model_Document.pdf?MOD=AJPERES&CVID=my-A5b*, 4. 9. 2022.

[18] Guidelines for compliance function, IIA Norge, 2015, 8, *https://iia.no/wp-content/uploads/2019/09/2017-Guidance-for-the-Compliance-function-FINAL.pdf*, 15. 2. 2023.

[19] И. Тошић, *Усклађеност и контрола усклађености пословања у акционарским друштвима за осигурање у српском праву и по концепту Солвентност II*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 75.

[20] *The Best Practice for Operating the Compliance Function (Code of Best Practice)*, 16.

[21] За више вид. M. Schulz, W. Galster, “Stellung in Unternehmen”, *Der Compliance Officer* 2015, 113–129.

и надзорног одбора и подноси му извештаје најмање једном годишне, али и чешће у случају да утврди неку повреду у домену своје надлежности.[22]

4. ЗАДАЦИ

Обавезе функције праћења усклађености, уопштено посматрано, обухватају неколико обавеза и одговорности. Најпре, ова функција саветује управу и све запослене о усклађености са законима, правилима и стандардима. Осим тога, потребно је да помаже у информисању чланова управе по питању усклађености и даје одговоре на сва питања запослених из њеног делокруга. Такође, лице задужено за усклађеност у пословању успоставља писане смернице за одговарајућу примену усклађености са законима, правилима и стандардима кроз политике и процедуре и друге документе, као што су приручници за усклађивање и интерни кодекси понашања. Најзад, као што смо поменули, неопходно је да о резултатима извештава управу најмање једном годишње.

Задаци које обавља лице задужено за праћење усклађености дефинисани су Директивом и обухватају:

- општи правни надзор;
- саветовање управног или надзорног одбора;
- праћење ризика промена у правном окружењу;
- праћење ризика неусклађености.[23]

У погледу обавеза које предузима лице које обавља ову функцију, потребно је анализирати две недоумице. Прва се односи на питање да ли је однос између овако постављених задатака функције праћења усклађености такав да један представља основну обавезу, а остале три су поткатегорије у оквиру те основне обавезе, или су све обавезе у потпуности равноправне. Уколико се определимо за прво схватање, сва средства би се најпре користила за остварење главне обавезе ове функције. Са друге стране, налази се став да су ове обавезе у потпуности равноправне и то на тај начин што ће ове појединачне обавезе имати пресудан значај у различитим периодима. Наиме, овде се полази од става да се у зависности од тренутног унутрашњег и спољног правног окружења појединој обавези у том тренутку даје превага

[22] Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*, (у даљем тексту: Делегирана уредба), чл. 268.

[23] Директива, чл. 46.

(нпр. у тренутку доношења нових прописа, најважнија је обавеза раног упозорења, док у тренутку када су прописи већ донети, саветодавна функција добија превагу).[24] Ипак, језичким тумачењем текста Директиве можемо доћи до закључка да је европски законодавац имао намеру да обавезу општег правног надзора одреди као основни задатак функције праћења усклађености, док су остале три поткатегорије у оквиру ове основне функције. Да би постојале јасне одговорности ове функције, неопходно је и да су прецизно описани и формулисани њени задаци.

Такође, потребно је утврдити да ли су обавезе предвиђене Директивом исцрпно одређене или она само предвиђа основне обавезе уз могућност њиховог проширења. Делује да би проширење задатака ове функције било у супротности са вољом европског законодавца, с обзиром на то да ни Делегирана уредба не проширује задатке прописане Директивом. Међутим, без обзира на наведено, узимајући у обзир да функција праћења усклађености представља за осигуравајућа друштва релативно нову функцију, у пракси ће јој често бити додељени задаци који су шире постављени од оних који су предвиђени Директивом. То се пре свега односи на етику и кодекс понашања, спречавање сукоба интереса, поштен однос према клијентима и/или потрошачима, борбу против мита и корупције, спречавање превара, заштиту личних података и пословне тајне, оцену примерности надзорних/управљачких органа, активну улогу у спровођењу политика пословања, друштвено одговорно пословање.[25]

Функција праћења усклађености друштва мора успоставити политику праћења усклађености и план праћења усклађености. Политика праћења усклађености одређује обавезе, одговорности, способности и извештавање функције праћења усклађености. Са друге стране, у оквиру плана праћења усклађености утврђују се планиране мере за сва релевантна подручја друштава за осигурање и њихова изложеност ризику усклађености. План праћења усклађености помаже у суочавању са сталним променама у пословном окружењу и омогућава превазилажење препрека које отежавају постизање пословних циљева.[26] Обавезе функције праћења усклађености укључују процену адекватности мера које је друштво за осигурање донело како би спречило неусклађеност.[27] Из свега наведеног можемо закључити да функцију

[24] J. Burkle, 87.

[25] И. Тошић, 85.

[26] E. E. Mariscotti, *Corporate risk and Leadership – What Every Executive Should Know About Risks, Ethics, Compliance, and Human Resources*, Routlege Taylor & Francis Group, 2020, 523.

[27] Делегирана уредба, чл. 270.

праћења усклађености не можемо посматрати само као организациону јединица унутар друштва. Она укључује широк опсег унутрашњих и спољашњих активности чији је циљ спречавање кршења, злоупотреба, превара и проневера. Ове активности се односе на све нивое осигуравајућег друштава, те на тај начин она добија стратешки значај на пољу управљања ризиком са којим се сусрећу осигуравајућа друштва.[28]

Посебно је значајно да се унутар друштва утврде и донесу писане смернице о начину спровођења праћења усклађености са законима, као што су разни приручници о праћењу усклађености, интерни кодекси понашања и остале практичне смернице. У оквиру њих је неопходно је да се утврди систем вредности друштва који се заснива на законитом пословању и уверење о праведном тржишном такмичењу и избегавању сукоба интереса.[29]

5. ЗНАЧАЈ ФУНКЦИЈЕ ПРАЋЕЊА УСКЛАЂЕНОСТИ

Пословање компанија не може бити базирано искључиво на стицању профита, већ је неопходно да се спроводи на умерен и одржив начин, који се базира на фер односима између учесника и поверењу. Можемо рећи да чињеница да се након скандала и кризе која је њима изазвана доноси строга регулатива указује да је изостало превентивно деловање, као и да није постојала свест о томе на који начин се спроводи одрживо пословање.[30]

Поред управе друштва, успостављање и функционисање целовитог система управљања ризиком у осигуравајућем друштву обезбеђено је и гарантовано постојањем његових кључних функција.[31] Целовитост и вишеслојност система управљања (ризицима), се остварује путем улоге сваког носиоца појединачно и кроз њихове узајамне односе унутар и изван друштва у целини, као и према органу надзора. Стога систем управљања *de iure* и *de facto* представља врло битан део целокупне структуре корпоративног управљања.[32]

---

[28] Вид. N. Valkanov, E. Stavrov, “Preventing Bank Frauds by Ensuring Effective Compliance Function”, *Cuadernos de Sofia* 1/2019.

[29] М. Гргић, 46.

[30] М. Тањевић, „Комплајнс фунција – статус и перспектива“, *Банкарство* 1/2018, 120.

[31] Директива, рецитал 30.

[32] Љ. Стојковић, „Правни аспекти система управљања у друштву за осигурање и принцип сразмерности према Директиви о Солвентности II“, *Сразмерност и правна извесност у праву осигурања*, Удружење за право осигурања Србије, Палић 2017, 281.

За пословање друштва од посебног значаја је да буде конкурентно на тржишту, да чува своју репутацију и интегритет, као и поверење акционара и клијената. Управо ради остварења тог циља, функција праћења усклађености мора бити део свеукупне културе његовог пословања.[33] Међутим, значајно је напоменути да иако функција праћења усклађености представља један од кључних елемената доброг корпоративног управљања, усклађеност пословања не може бити у надлежности искључиво једне особе или функције. Значај ове функције огледа се управо у олакшавању спровођења ове обавезе друштва свим запосленима и члановима управе, и то од стране лица која имају посебна знања и искуства.[34] Потребно је да ова функција буде уплетена у све активности и процесе унутар компаније, као и да буде поштована од стране сваког запосленог.[35]

О значају ове функције говоре и Основни принципи осигурања. У складу са Принципом бр. 8.5 потребно је да функција праћења усклађености буде ефикасна и способна да помогне осигуравачу да испуни своје законске и надзорне обавезе, успоставља и одржава корпоративну културу законитости и етичности пословања.[36] Даље, на основу смерница бр. 8.5.2 обавезује се управа да усвоји кодекс или предузме друге одговарајуће мере којима ће се обезбедити да осигуравач испуњава све важеће законе, подзаконске прописе, одлуке надзорних органа и интерне политике, као и да етички и одговорно води своје пословање. Ради оцене да ли се пословање води на етички начин, функција законитости пословања мора да утврди, примени и одржава одговарајуће механизме и активности. То је неопходно из више разлога:

- да би друштво одржавало етичку копроративну структуру;
- како би се обезбедило да осигуравач прати и има адекватне процедуре, процесе и контроле;
- како би се обезбедило поверљиво извештавање од стране запослених о запажањима, недостацима, потенцијалним или стварним прекршајима који се односе на осигуравачеве

[33] Deloitte, The changing role of Compliance, 9, *https://www2.deloitte.com/content/-dam/Deloitte/global/Documents/Financial-Services/gx-financial-changing-role-compliance.pdf*, 22. 2. 2023.

[34] И. Тошић, 84.

[35] J. S. Nelson, “Compliance as Management”, *The Cambridge Handbook of Compliance*, 2021, 106.

[36] П. Марано, „Нова надзорна парадигма: култура ношења ризика и етички кодекс“, *Право осигурања, управа и транспарентност – основе правне сигурности*, Палић, 2015, 173.

интерне процедуре, законске и надзорне обавезе или етичка питања.[37]

Суштина контроле усклађености пословања је у креирању вредности као главног принципа пословања.[38] Добра култура праћења усклађености позитивно утиче на пословање друштва на више начина. Смањује се организациони, индивидуални и репутациони ризик, омогућава се повећање самопоуздања запослених током обављања посла. Такође, на тај начин привлаче се, задржавају и ангажују нови запослени и побољшава транспарентност која омогућава боље доношење одлука.[39]

Незаконито пословање изазива низ последица за друштво, од губитка поверења до казни регулаторног тела и престанка рада друштва. Међутим, функција праћења усклађености пословања ипак пресудну улогу има у заштити од репутационог ризика и губитка поверења клијената, јер корисници теже да послују са друштвима која деле њихове вредности и принципе усклађености пословања.[40] С обзиром да је након корпоративних сандала нарушено поверење корисника у рад ових друштава, уколико у друштву постоји добра култура пословања, клијентима то оставља утисак озбиљности и добре организационе структуре и улива сигурност у рад друштва. Уколико друштво поседује прецизан и ефикасан програм усклађености пословања, јасно ставља до знања заинтересованим странама да је то главни приоритет друштва.[41] Од посебног значаја су три ствари: да је програм добро осмишљен, да се примењује озбиљно и у доброј вери и да функционише у пракси. Програм праћења усклађености утврђује: 1) улогу и мисију функције; 2) место у организацији; 3) организациону структуру; 4) оквир њеног деловања; 5) методологију рада. Поред наведеног, ефикасан програм усклађености пословања друштва указује на стручност компаније у вези са свим релевантним законима и

[37] International Association of Insurance Supervisors, *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups*, 2019, principle 8.5.6, 89–90.

[38] V. S. Khanna, “Compliance as Costs and Benefits”, *The Cambridge Handbook of Compliance*, 2021, 15.

[39] M. K. Jain, “Regulatory and Supervisory Expectations on Compliance Function in Banks”, *RBI Bulletin* 2019, 89.

[40] Као што *Warren Buffet* каже „Потребно је више од 20 година да стекнете углед, али само 5 минута да бисте га упропастили“. Ова реченица јасно говори колико је лако изгубити репутацију, углед и поверење клијената, у чему се огледа и првобитни значај функције праћења усклађености.

[41] Основни принцип контроле усклађености пословања јесте очување интегритета и репутације друштва. Ради остварења тог циља, неопходно је да све организационе јединице, органи и запослени поштују законске и друге прописе.

прописима. Међутим, и стручност компаније и њених запослених утиче на репутацију и однос клијената према друштву, тако да је неоспорна чињеница да је усклађеност пословања један од највећих индикатора поверења у пословање компаније и механизам заштите њене репутације.[42]

Добро корпоративно управљање огледа се у настојању да пословање компаније буде у потпуности усклађено са законима, подзаконским и интерним актима, и да се у складу са њима понашају њени органи и сви запослени.[43] Да би пословање било успешно неопходно је да постоји спремност свих нивоа друштва за осигурање на усаглашавање са законским прописима и не треба да се ограничава само на носиоце ове функције.[44] Показало се да свест и култура запослених када је у питању усклађеност пословања није на задовољавајућем нивоу. Из тих разлога, напредна иностранa пракса регулаторима налаже да све више обављају супервизију путем процене (*judgement-based*[45]), испитујући исправност појединих облика понашања, иако су правно дозвољена.[46]

6. ЗАКЉУЧАК

У савременим условима пословања осигуравајућа друштва суочавају се са бројним ризицима, који потичу из пословног окружења, закона и регулативе, оперативне ефикасности, као и репутације самог друштва. Водећи скандал који је потресао сектор осигурања је колапс највећег осигуравајућег друштва у САД – *American International Group (AIG).* То је довело до практично „изнуђеног“ регулаторног одговора. Као део новог режима корпоративног управљања јавља се фун-

[42] И. Тошић, 85.

[43] За више вид. Y. Olalere, “Corporate Governance: The Role of Management and Other Stakeholders in Good Governance”, *Journal of Insurance and Financial Management* 1/2021, 1–7.

[44] P. Hauser, „Растући значај функције законитости пословања на примеру аустријске економије осигурања”, *Европска ревија за право осигурања* 2/2014, 7.

[45] На овај начин надзор би ишао даље од чисте усклађености са законским прописима, овај вид надзора значи контролу постављајући нормативно питање да ли је предузимање неке радње права одлука без обзира што је правно дозвољена. Овај начин надзора тежи томе да промени пословање друштава од тога „да ли можемо нешто да урадимо (да ли је то правно дозвољено)“, до „да ли треба то да урадимо“. Ово ће имати значајне промене и за функцију усклађености пословања. J. Gray, P. C. Metzing, “Defining and Delivering Judgement-based Supervision: The Interface with the Legal System”, *Journal of Banking Regulation* 3–4/2013, 228–240; R. M. Lastra, “Defining Forward Looking, Judgement-based supervision”, *Journal of Banking Regulation* 3–4/2013, 221–227.

[46] М. Тањевић, 124.

кција праћења усклађености, која у складу са одредбама Директиве Солвентност II представља једну од четири кључне фунцкије система упрвљања. Она тежи да обезбеди транспарентност и да промовише *compliance* културу, која мора бити део корпоративне културе друштва. Из тих разлога, одговор на нове околности није пуко процедурално техничко прилагођавање већ рад на развијању свести о одговорности, како би се допринело очувању и развоју добре пословне репутације друштва и обезбедило стабилно пословање. Функција праћења усклађености унапређује културу и пословну етику друштва, кроз контролу и саветовање управе и свих запослених у погледу усклађивања са регулаторним оквиром. Она се не фокусира само на оно понашање које је правно дозвољено, већ оно које је ослобођено ризика и на тај начин чува репутацију компаније и поверење корисника услуга.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Amato, Paolo, “Compliance in Insurance sector”, *International In-house Counsel Journal* 2011;
2. Braun, Tomasz, „Compliance in Financial Institutions – Tasks, Functions and Structure”, *Compliance Norms in Financial Institutions – Measures, Case Studies and Best Practices*, Springer International Publishing, 2019;
3. Burkle, Jürgen, *Compliance in Versicherungs-unternehmen*, Beck, 2020;
4. Valkanov, Nedyalko, Stavrova, Elena, „Preventing Bank Frauds by Ensuring Effective Compliance function”, *Cuadernos de Sofia* 1/2019;
5. Gray, Joana, Metzing, Peter Christian, “Defining and Delivering Judgement-based Supervision: The Interface with the Legal System”, *Journal of Banking Regulation* 3–4/2013;
6. Гргић, Младенка, „Захтјеви еуропског законодавца гледе успоставе кључних функција у сектору осигурања с посебним освртом на функцију праћења усклађености“, *Загребачка правна ревија* 1/2014;
7. Jain, Mahes Kumar, “Regulatory and Supervisory Expectations on Compliance Function in Banks”, *RBI Bulletin* 2019;
8. Khanna, Vikramaditya S., “Compliance as Costs and Benefits”, *The Cambridge Handbook of Compliance*, 2021;
9. Lastra, Rosa, M. “Defining Forward Looking, Judgement-based Supervision”, *Journal of Banking Regulation* 3–4/2013;
10. Марано, Пјерпаоло, „Нова надзорна парадигма: култура ношења ризика и етички кодекс“, *Зборник радова Право осигурања, управа и транспарентност – основе правне сигурности*, Палић, 2015;

11. Mariscotti, Eduardo Esteban, *Corporate Risk and Leadership – What Every Executive Should Know About Risks, Ethics, Compliance, and Human Resources*, Routlege Taylor & Francis Group, 2020;
12. Nelson, J. S., “Compliance as Management”, *The Cambridge Handbook of Compliance*, 2021;
13. Olalere, Yomi, “Corporate Governance: The Role of Management and Other Stakeholders in Good Governance”, *Journal of Insurance and Financial Management* 1/2021;
14. Стојковић, Љиљана, „Правни аспекти система управљања у друштву за осигурање и принцип сразмерности према Директиви о Солвентности II“, *Сразмерност и правна извесност у праву осигурања*, Удружење за право осигурања Србије, Палић 2017;
15. Стојковић, Љиљана, *Правни аспекти контроле и управљања ризицима у акционарском друштву за осигурање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016;
16. Schulz, M., Galster, W., “Stellung in Unternehmen”, *Der Compliance Officer* 2015;
17. Тањевић, Милош, „Комплајнс фунција-статус и перспектива“, *Банкарство* 1/2018;
18. Тошић, Ива, *Усклађеност и надзор усклађености пословања у акционарским друштвима за осигурање по концепту Солвентност II и српском Закону о осигурању*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022;
19. Hauser, Peter, „Растући значај функције законитости пословања на примеру аустријске економије осигурања”, *Европска ревија за право осигурања* 2/2014;
20. Hertel, Fabian, “Effective Internal Control and Corporate Compliance”, *A Law and Economics Impact Analysis of the Mysteries of a German Aktiengesellschaft Listed on the NYSE*, 2018.

Интернет извори и документи

1. Guidelines for compliance function, IIA Norge, 2015, *https://iia.no/wp-content/uploads/2019/09/2017-Guidance-for-the-Compliance-function-FINAL.pdf*;
2. Deloitte, The Changing Role of Compliance, *https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Financial-Services/gx-financial-changing-role-compliance.pdf*;
3. Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*;
4. International association of Insurance supervisors, *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups*, 2019;

5. *The Best Practice for Operating the Compliance Function(Code of Best Practice)*, Magyar Bankszovetseg – Compliance Working Group, Budapedst 2017;
6. Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*;
7. Compliance Excellence in the Insurance Industry, Accenture, *https://www.accenture.com/t00010101t000000__w__/it-it/_acnmedia/pdf-43/accenture-compliance-excellence-insurance-industry.pdf*;
8. Control Environment Toolkit: Compliance, *https://www.ifc.org/wps/-wcm/connect/0cb0fd3f-8442-4960-a37f-7e232ca275f1/Compliance_Department_Charter_Model_Document.pdf?MOD=AJPERES&CVID=my-A5b*.

Research Assistant Iva Tošić, LL.D.

Research Assistant Jovana Misailović, LL.M.

Institute of Comparative Law, Belgrade

COMPLIANCE FUNCTION IN INSURANCE UNDERTAKINGS

Summary

The financial crisis lead to considerable changes in the corporate governance regimes of all companies, including insurance undertakings. Therefore, it was necessary to establish new mechanisms to regain consumers' trust. The compliance function occurs as one of the forms of strengthening corporate governance in these companies. This function derives from the principle of business legality, which, in addition to being one of the basic principles, is also an expression of the company's business ethics. In the Solvency II Directive, the compliance function is given a formal status within the insurance company as one of the four critical functions of the management system.

In the paper, the authors analyze the basic features, tasks and importance of the newly established compliance function and its impact on improving corporate governance in insurance companies.

Key words: *Insurance companies; Principle of business legality; Compliance function; Key function.*

УДК/UDC 347.4/.5
347.77
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Виши асистент Његослав Јовић, ма

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ЗАБРАНА УГОВОРНИХ ОГРАНИЧЕЊА НА ПРОИЗВОДИМА – СЛУЧАЈ *Impression Prods., Inc. v. Lexmark Int'l, Inc.*

Одлука Врховног суда САД у предмету Impression Products v. Lexmark Int'l *представља преседан и успоставља режим међународног исцрпљења патента у САД. Према овој пресуди, носилац патента који прода производ исцрпљује патентна овлашћења на том производу, без обзира на било каква ограничења која намјерава да наметне на производу или ограничи локацију продаје. Ова пресуда је значајно ослабила позицију носилаца патената у САД.*

Забрана ограничења након продаје уведена у предмету Impression Products је груб инструмент у односу на оправдања која се за то нуде. У његову корист, правило о per se исцрпљењу при продаји је једноставно и лако разумљиво, али пошто је категорично, оно не разликује штетне посљедице уговорних ограничења након продаје од великог броја корисних. Антимонополски закон у САД о ограниченој дистрибуцији почео је на сличан начин, усвајајући категоричка правила сама по себи, која су се промијенила и на крају уступила мјесто нијансираном третману под правилом разума. Испитивање врста уговорних ограничења наметнутих у случајевима исцрпљења патента указује на то да се она користе у различите сврхе и са различитим ефектима. Због тога није добро рјешење увођење потпуне забране наметања ограничења након продаје. Чињеница је да ограничења након продаје постоје у различитим облицима, са различитим ефектима на конкуренцију или иновације. Систем правила за преиспитивање и спровођење таквих ограничења мора узети у обзир ове разлике, па би у законе о патентима требало унијети одредбе које би требале бити осјетљиве на различите тржишне ситуације у којима се патенти могу појавити.

Његослав Јовић, *njegoslav.jovic@pf.unibl.org*.

Увођењем потупне забране уговорних ограничења на производима и међународног режима исцрпљења патента Врховни суд САД је значајно промијенио досадашњу праксу нижих судова и дозволио паралелну трговину. Самим тим значајно утиче и на пословну праксу привредних субјеката у САД које ће морати да промијене досадашње концепте пласирања производа на тржиште који су обухваћени патентном заштитом.

Кључне ријечи: Уговорна ограничења на производима; Врсте уговорних ограничења; Међународно исцрпљење патента; Паралелна трговина.

1. УВОД

Исцрпљење патента је вид ограничења овлашћења носиоца патента са сврхом успостављања равнотеже интереса између носиоца патента, будућих власника заштићених производа и јавног интереса. Постојање самог института је изузетно значајно за слободан промет робе и функционисање сваког тржишта. Међутим, примјењивање строгог правила исцрпљења патента у сваком случају, без изузетка, не узима у обзир интересе носиоца патента. Зависно од врсте патента и околности случаја, могуће је да интереси носиоца патента нису адекватно задовољени првом продајом заштићеног производа.

Суштина института исцрпљења права је у томе да носилац субјективног права интелектуалне својине губи искључиво овлашћење на стављање у промет и употребу конкретног производа у којем је заштићено интелектуално добро материјализовано, кад тај производ стави први пут у промет на начин да дође до промјене његовог власника. Према томе, нови власник тог конкретног производа може њиме слободно располагати и употребљавати га, а да тиме не повриједи субјективно право интелектуалне својине.[1]

Од правног режима који је важећи у држави у којој је патент признат, зависи и географски обим исцрпљења патента. Уобичајно је национално исцрпљење патента које се примјењује на територији одређене државе. Међутим, све чешће се државе опредјељују за међународно исцрпљење патента. У оквиру одређених региона на снази је регионално исцрпљење патента.

У САД, федерални судови имају искључиву надлежност за спорове који се односе на патент. Поступци се покрећу пред окружним судом, а о жалбама одлучује апелациони суд савезне државе, тј.

[1] С. Марковић, „Актуелизација важних теоријских питања у савременој судској пракси права жига“, *LIBER AMICORUM проф. др Мирко Васиљевић*, (ур. Д. В. Поповић), Београд 2021, 504, фн. 19.

Федерални окружни суд. Против пресуда Федералног окружног суда постоји правни лијек пред Врховним судом САД.

У праву САД, безусловна продаја заштићеног производа исцрпљује овлашћења носиоца патента да контролише употребу производа од стране купца након тога. Институт исцрпљења патента се, међутим, није примјењивао на изричито условну продају или лиценцу.[2] Термин „условна продаја“ обухвата сва уговорна ограничења која треба да прате заштићени производ у трговини и сматрају се „условима“ приликом продаје, који спречавају наступање исцрпљења патента.[3] Поред тога, неопходно је да је производ законито направљен и стављен у промет.

Пракса Федералног окружног суда се разликовала од праксе Врховног суда САД и остављала је простора носиоцу патента да под одређеним условима наметне уговорна ограничења након продаје. Међутим, Врховни суд САД је пресудом *Impression Products*[4] укинуо досадашњу праксу Федералног окружног суда и наметнуо је потпуну забрану уговорних ограничења након продаје.

2. ПОЈАМ УГОВОРНИХ ОГРАНИЧЕЊА НА ПРОИЗВОДИМА

Уговорна ограничења након продаје су првобитно успостављена у судској пракси САД под називом „пост-продајна“ ограничења. У ЕУ таква уговорна ограничења нису експлицитно прописана, али се одређене врсте уговорних ограничења након продаје могу препознати у судској пракси ЕУ.[5]

Уговорна ограничења након продаје имају за циљ да ограниче препродају или одређену употребу заштићеног производа. Уобичајено уговорно ограничење након продаје је нпр. у виду клаузуле „само за једнократну употребу“. Носилац патента може ставити у промет

[2] B. Braun Med., Inc. v. Abbott Labs., 124 F.3d 1419, 1426 (Fed. Cir. 1997).

[3] A. S. Rinehart, “Contracting Patent: A Modern Patent Exhaustion Doctrine”, *Harvard Journal of Law & Technology* 23/2010, 496.

[4] Impression Prods., Inc. v. Lexmark Int’l, Inc., 137 S. Ct. 1523 (2017).

[5] Уобичајена врста уговорних ограничења након продаје је забрана поновне употребе, што је разматрано у случајевима, као што су: CJEU, C-166/15, Aleksandrs Ranks and Jurijs Vasiļevičs v. Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokoratūra and Microsoft Corp. (2016); CJEU, C-140/10, Greenstar-Kanzi Europe NV v. Jean Hustin and Jo Goossens. (2011); CJEU, C-46/10, Viking Gas A/S v. Kosan Gas A/S. (2011); CJEU, C-127/09, Coty Prestige Lancaster Group GmbH v. Simex Trading AG. (2010); CJEU, C-59/08, Copad SA v. Christian Dior couture SA, Vincent Gladel and Société industrielle lingerie (SIL). (2009); CJEU, C-16/03, Peak Holding AB v. Axolin-Elinor AB (2004); CJEU, C-414/99 и C-416/99, Zino Davidoff SA v. A & G Imports Ltd and Levi Strauss & Co. and Others v. Tesco Stores Ltd and Others. (2001).

производ са уговорном клаузулом у виду ограничења располагања или употребе производа на одређени начин како би продаја била условна за купца.[6] Ова ограничења након продаје у одређеним државама онемогућавају наступање исцрпљења патента, док у другим државама долази до исцрпљења патента.

Код лиценце недостају елементи уговора о продаји и нема преноса својине, а сагласност носиоца патента се односи на одређену употребу производа, тако да није дозвољена његова употреба у друге намјене. Носилац патента има повољнији положај од стицаоца лиценце приликом уговарања лиценце уз ограничења прописана патентним, уговорним и правом конкуренције.[7] Лиценца може садржити различит обим додијељених имовинских овлашћења ограничених на одређено вријеме, на одређеној територији, у оквиру одређене области употребе и у одређеном обиму.

У случају да су путем лиценце наметнута уговорна ограничења која се примјењују на купца и након продаје, онда би се морало утврдити да ли стицалац лиценце има овлашћење од носиоца патента да врши продају или не. Ако је овлашћен да врши продају, наступа исцрпљење патента. Међутим, ако је стицалац лиценце изашао ван оквира лиценце, као у случају *General Talking Pictures*,[8] стицалац лиценце је извршио повреду патента тако што је извршио продају на коју није био овлашћен, а купац би такође извршио повреду патента коришћењем тог производа или његовом даљом препродајом.

Када је носилац патента продао главни производ, а лиценцирао његов резервни дио, задржао је својину над резервним дијелом за себе и овлашћење да ограничи употребу резервног дијела. Из тога слиједи да су уговорна ограничења након продаје, генерално, важећа када су у оквиру заштите патента. Ако носилац патента није дао сагласност за коришћење производа на одређени начин и задржао је овлашћење на ту конкретну употребу за себе, до преноса својине није дошло и није наступило исцрпљење патента.[9] Таква уговорна ограничења употребе производа могу бити важећа.

Када су главни производ и резервни дио обухваћени уговорним ограничењима након продаје, настају ефекти затварања који утичу на конкуренцију на низводном тржишту. Такво понашање има антикон-

[6] A. S. Rinehart, 495–496.

[7] R. W. Gomulkiewicz, X. Nguyen, D. Conway-Jones, *Licensing Intellectual Property: Law and Application*, Aspen Publishers, 2008, 173.

[8] General Talking Pictures Corp. v. Western Elec. Co., 304 U.S. 175, 181 (1938).

[9] P. Sutinen, *Post-sale restrictions in patent and trademark licensing agreements: Validity and compliance with competition law*, Master Thesis, Faculty of Law, Lund University, Lund 2018, 35–36.

курентске ефекте. Примјер је случај *SodaStream*,[10] гдје је конкуренција на низводном тржишту пуњења боца била ограничена лиценцом *SodaStream*. Монопол који ствара патент и наметнута уговорна ограничења након продаје представљају препреке за улазак на тржиште, а у одређеним случајевима улазак на тржиште можда неће ни бити могућ.[11] Због тога, уговорна ограничења након продаје могу имати ефекат затварања низводног тржишта.[12]

3. ВРСТЕ УГОВОРНИХ ОГРАНИЧЕЊА НА ПРОИЗВОДИМА

Носилац патента може покушати да ограничи ефекат исцрпљења патента употребом одређених пракси ограничавања располагања или употребе производа, а неки илустративни примјери тих уговорних ограничења су: територијална ограничења или одређивање канала дистрибуције, при чему носилац патента задржава друге територије или канале дистрибуције за своје потребе, клаузуле о везаној продаји које обавезују купца да купи друге производе или услуге заједно са заштићеним производом, клаузуле „поље употребе“ које ограничавају купца да користи или препрода производ у оквиру одређених тржишта производа, група потрошача или технолошке области, клаузуле против поправке, побољшања или модификације којима се забрањује купцу да мијења производ, чиме се он приморава на куповину новог производа, клаузуле којима се фиксирају цијене и обавезује купац да препрода производ по одређеној цијени, изнад или испод одређене цијене, клаузуле о неоспоравању, према којима је обавеза купца да не оспорава ваљаност патента, што је санкционисано раскидом уговора или накнадом штете.[13]

У пракси се најчешће потешкоће сусрећу приликом утврђивања да ли је продаја одобрена од стране носиоца патента путем продаје производа уз примијењена уговорна ограничења директно купцима, или носилац патента продаје једну или више компоненти вишекомпонентног заштићеног производа.[14]

---

[10] CJEU, C-197/21, Soda-Club (CO2) and SodaStream International (2022).

[11] P. Sutinen, 55–56.

[12] Вид. шире Ђ. Јовић, *Границе исцрпљења патента*, докторска дисертација (необљављена), Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2023, 83–85.

[13] M. Lindgren, *Post-sale Restrictions & Exhaustion of Intellectual Property Rights, An Analysis of Post-Sale Restrictions in the EU: Their Effects on Exhaustion and Enforceability between the Contracting Parties*, Master Thesis, Faculty of Law, Lund University, Lund 2014, 12. Вид. исто: C. M. Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2007, 167–404.

[14] A. S. Rinehart, 493.

Забрана употребе производа другог добављача односи се на ситуацију у којој давалац лиценце забрањује употребу производа другог добављача као резервног дијела за његов главни производ. Резервни дио је заштићен патентом и лиценциран је крајњем купцу, док је главни производ предмет продаје.[15] У предмету *SodaStream*[16], стицалац лиценце имао је овлашћење да користи само боце за гас од даваоца лиценце у машини за карбонизацију, а у предмету *Impression Products*, стицалац лиценце могао је користити мастило у штампачу само од даваоца лиценце. „Једнократна употреба“ односи се на поље ограничења употребе у уговору о лиценци, према којем је лиценца ограничена на једнократну употребу.[17] Оба ова ограничења имају за циљ олакшавање цјеновне дискриминације.

Постоје различите врсте уговорних ограничења које може поставити носилац патента, а који се могу класификовати у двије категорије: уговорно ограничење након продаје заштићеног производа, нпр. ограничење цијене при препродаји, и уговорно ограничење употребе заштићеног производа, нпр. ограничење употребе заједно са непатентираним производима или ограничење поновне употребе патентираног производа.

Уговорна ограничења након продаје и ограничења употребе се могу разликовати од ограничења у области употребе када су ова друга наметнута као ограничења лиценце.[18] Код првих, носилац патента жели да ограничи продају или употребу заштићеног производа који је продат, док код других он намеће ограничења стицаоцу лиценце у употреби заштићеног производа који није био предмет продаје.

Уговорна ограничења након продаје не смију бити наметнута како би помогла носиоцу патента да се такмичи на тржишту и оствари вишеструку корист. Међутим, ако је ограничење испреплетено са проналаском и ако природа проналаска оправдава наметнуто ограничење, онда би ограничење требало бити примјењиво и дозвољено.[19] Тако, нпр. носилац патента за 3-D наочале планира да прода 3-D наочале биоскопима, али током фазе тестирања установи се да вишеструком употребом ових наочала гледаоци филмова добијају инфекције ока. Носилац патента, пошто је утврдио да 3-D наочале постају

[15] Вид. H. H. Lidgard, *National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law: From Maglite to Pirate Bay*, Hart Publishing, 2011, 147.

[16] CJEU, C-197/21, Soda-Club (CO2) and SodaStream International (2022).

[17] Вид. P. Sutinen, 6.

[18] Вид. A. Somboon, *Patent Exhaustion in Cases of Recycling and Repair of Goods*, Master Thesis, Thammasat University, Faculty of Law, Bangkok 2015, 35.

[19] J. L. Roth, “Exhaustion Cannot Stifle Innovation: A Limitation on the “First Sale” Doctrine”, *UC Irvine Law Review* 5/ 2015, 1231.

контаминиране након прве употребе и проузрокују ове инфекције (приликом наредне употребе), одлучи да прода 3-D наочале само биоскопима који пристану да користе наочале са уговорним ограничењем након продаје у виду клаузуле за једнократну употребу.[20] Ово уговорно ограничење штити јавно здравље и нема за сврху накнадну контролу од стране носиоца патента како би остварио двоструки профит, већ је природа проналаска та која оправдава његово ограничење након продаје.

Други примјер је нпр. патент за генетски модификовану сој у. Носилац патента продаје сјеме које је отпорно на хербициде, фармерима који га користе за сијање усјева. Сами усјеви дају више соје, али носилац патента забрањује фармерима да сију сјеме друге генерације. Он тврди да би без уговорног ограничења патент постао безвриједан након прве продаје, јер ниједан фармер не би купио ново сјеме када би умјесто тога могао да узгаја оно које је он произвео.[21] Тржиште утиче на ово ограничење употребе и оправдава га. Ако купац занемари ова уговорна ограничења употребе, носилац патента ће га тужити за повреду патента.

У одређеним ситуацијама, због природе проналаска, носилац патента не може да елиминише потребу за ограничењима употребе путем подизања купопродајне цијене. Примјери као што су 3-D наочале и сјеме соје показују да у неким случајевима могу бити неопходна ограничења употребе да би се заштитило јавно здравље или сврха патента. Ови циљеви се не могу постићи једноставним повећањем продајне цијене, а многи проналасци би изгубили своју сврху. У тим областима би изостале иновације.

Купац може радије да купи производ са уговорним ограничењима употребе, ако ће цијена производа у том случају бити значајно мања.[22] Ако исцрпљење патента ограничава носиоца патената да примјењује уговорно ограничење употребе, онда ће број купаца заштићених производа због повећања цијене бити мањи.

У већини случајева, купопродајна цијена је довољна награда за носиоца патента па судови треба да претпоставе да су било каква уговорна ограничења употребе покушај да се побољша позиција носиоца патента на тржишту, а терет доказивања да то није случај треба да пада на носиоца патента. Он мора да докаже да су уговорна ограничења употребе које је наметнуо оправдана, тако да једнострано поди-

[20] *Ibid*., 1233; Вид. Marks v. Polaroid Corp., 237 F.2d 428 (1st Cir. 1956).

[21] Вид. Bowman v. Monsanto Co., 133 S. Ct. 1761 (2013).

[22] M. R. Patterson, “Must Licenses Be Contracts? Consent and Notice in Intellectual Property”, *Florida State University Law Review* 40/2012, 157.

зање куповне цијене производа неће уклонити потребу за ограничењима након продаје, као и да су она нераскидиво испреплетена са природом проналаска.

Сама природа проналаска мора бити таква да би уклањање ограничења након продаје угушило иновације. У пракси се мора, од случаја до случаја, утврдити која су ограничења оправдана. Постојећа судска пракса описује два таква сценарија: гдје су ограничења употребе неопходна како би се спријечило да проналазак нанесе штету јавности, и гдје су ограничења употребе неопходна да би се спријечило да патент у потпуности изгуби сву вриједност.[23]

Уговорна ограничења употребе могу бити наметнута од стране носиоца патента и ради заштите јавног интереса. Нпр. претпоставимо да проналазак има двије потенцијалне употребе: А и Б. Употреба А је примарна употреба проналаска који има значајну тржишну вриједност и због које је носилац патента патентирао проналазак. Употреба Б, с друге стране, изазива широке еколошке или биолошке посљедице које у великој мјери штете животној средини. Због тога носилац патента намеће уговорно ограничење употребе након продаје производа купцу да користи проналазак само за употребу А, а не и за употребу Б, и захтијева од њега да сваком сљедећем купцу пренесе исто ограничење употребе.[24] У случају да купац повриједи наметнуто ограничење употребе, носилац патента би га тужио за повреду патента.

У предмету *Mallinckrodt*, тужилац је изричито тврдио да је уговорно ограничење у виду клаузуле за „једнократну употребу“ потребно да би се заштитило јавно здравље. Ограничење за једнократну употребу је, у овом случају, неопходно да би се осигурале иновације, јер *Mallinckrodt* вјероватно неће бити подстакнут да прави ове медицинске уређаје који су обухваћени патентном заштитом ако се пацијенти због његове вишекратне употребе разболе и туже га. Ово ограничење употребе не штети јавности, већ управо супротно, користи јој. Међутим, Федерални окружни суд је у конкретном случају разматрао све околности како би се увјерио да није дошло до злоупотребе патента.[25]

Анализиране врсте уговорних ограничења ометају права купца и често неоправдано повећавају профит носиоца патента. Ипак, у одређеним случајевима природа проналаска оправдава њихово постојање.

[23] J. L. Roth, 1261.
[24] *Ibid*.
[25] Вид. шире Њ. Јовић, 85–90.

4. ЗАБРАНА УГОВОРНИХ ОГРАНИЧЕЊА НА ПРОИЗВОДИМА

Наступање исцрпљења патента се често оправдава у судској пракси и правној теорији аргументима да оно спречава „двоструку корист“ за носиоца патента и искључује „ограничење промета“ приватне својине.[26] Код потпуне забране наметања уговорних ограничења на производима и наступања исцрпљења патента, носилац патента губи сва овлашћења на производу и не може тражити правну заштиту против власника производа позивајући се на повреду патента. Овлашћена куповина од носиоца патента даје власнику производа овлашћење употребе и даље продаје без плаћања додатних накнада.

Врховни суд САД је у предмету *Impression Products v. Lexmark Int'l* истакао да добро формулисано правило исцрпљења патента означава тачку у којој патентно право „*промовише напредак науке и умјетности додјелом проналазачима ограниченог монопола*“ и омогућава им да „*обезбиједе финансијске награде*“ за своје проналаске. Међутим, када носилац патената прода заштићени производ, „*сврха патента је испуњена*“, па „*нема основа за ограничавање употребе и уживања у продатој ствари за власника производа*“.[27]

Одређени теоретичари тврде да је приступ потпуне забране наметања уговорних ограничења на производима и обавезно наступање исцрпљења патента грешка која не доприноси ни политици патентне заштите и иновација, а ни заштити конкуренције.[28] Мана потпуне забране уговорних ограничења на производима је у томе што носилац патента неће правити разлику у цијени између потрошача високе и ниске платежне способности на различитим тржиштима и одређиваће јединствену цијену за све потрошаче.

У предмету *Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics*[29], Врховни суд САД је расправљао о питању да ли се исцрпљење патента односи на продају компоненти патентираног система који се мора комбиновати са додатним компонентама како би се користио патентирани поступак. У питању су биле три рачунарске технологије, проналасци створени за координацију између система меморија и микропроцесора са системом два кеша како би се осигурало да се застарјели подаци замијене са тренутним подацима при захтјевима за читање и писање

[26] Вид. O. Ivus, “Patent Exhaustion in the United States and Canada”, *CIGI Papers* No. 159, 2018, 6.

[27] Вид. Impression Prods., Inc. v. Lexmark Int’l, Inc., 137 S. Ct. 1523 (2017).

[28] Вид. H. Hovenkamp, “Reasonable Patent Exhaustion”, *Yale Journal on Regulation* 35/2018, 514.

[29] Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 U.S. 617, 128 S.Ct. 2109 (2008).

који се обрађују. *LG Electronics* је купио портфолио патената од којих је касније неке од њих уступио путем лиценце *Intel Corporation*. Уговорни аранжман између страна је био сложен и укључивао је тзв. главни уговор и лиценцне уговоре. Главни уговор је предвиђао да *Intel* својим купцима достави писано обавјештење са клаузулом да се *Intel*-ова лиценца не односи на производе направљене комбиновањем *Intel*-ових производа са било којим производом који није *Intel*-ов. Уговор о лиценци је овластио *Intel* да „*прави, користи, продаје (директно или индиректно), нуди на продају, увози или на други начин располаже сопственим производима примјеном лиценцираних патената*“ и укључује клаузулу у којој се наводи да *LG Electronics* и *Intel* не дају лиценце купцима трећих страна да комбинују лиценциране производе са производима који не потичу, ни од *LG Electronics*, ни од *Intel*-а. *Quanta Computer* је купио производе од *Intel*-а које је користио комбинујући их са другим производима који нису *Intel*-ови на начин да је комбинација користила *LG Electronics* патенте, игноришући писано обавјештење које је *Intel* дао у складу са главним уговором. *LG Electronics* је тужио *Quanta Computer* због повреде патената, а *Quanta Computer* се бранила тврдећи да је на производима наступило исцрпљење патента.

Врховни суд САД је закључио да након одобрене продаје, уговорна ограничења употребе производа након продаје не могу бити заштићена тужбом за повреду патента. *LG Electronics* је тврдио да *Intel* није овлашћен да продаје производе за употребу у комбинацији са производима који нису *Intel*-ови. Међутим, Суд је утврдио да уговор о лиценци не ограничава овлашћење *Intel*-а да продаје производе трећим лицима која су намјеравала да их комбинују са дијеловима који нису *Intel*-ови. Штавише, одредба уговора која захтијева обавјештење купаца појављује се само у главном уговору и чак ни повреда тог уговора не би довела у питање валидност уговора о лиценци. Суд је утврдио да је *Intel*-ова продаја била легална. Суд је у својој пресуди напоменуо и то да овлашћена продаја компанији *Quanta Computer* не ограничава нужно друга уговорна права компаније *LG Electronics*. Жалба *LG Electronics* не укључује захтјев за повреду уговора и Суд не заузима став о томе да ли би накнада штете могла бити досуђена иако наступа исцрпљење патента.

У овом предмету Суд није ријешио нејасноће које се односе на компатибилности института исцрпљења патента и условне продаје које произилазе из мишљења Федералног окружног суда у предмету *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, јер овај предмет није ни споменуо. Пресуда Врховног суда САД у случају *Quanta Computer* је анализирала обим исцрпљења патента који се примјењује на продаје унутар

САД, али није отклонила забуну око тога да ли носилац патента може наметнути уговорна ограничења за низводне купце, којима би ограничио исцрпљење патента изван САД.

У предмету *Jazz Photo Corp. v. International Trade Commission*, Федерални окружни суд је сматрао да исцрпљење патента нема међународни обим и да увоз производа из иностранства представља повреду патента. Међународно исцрпљење права се примјењује у случају ауторских права од предмета *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc*[30], а за патент је географски обим био нејасан све до предмета *Impression Products v. Lexmark Int'l.*, када је утврђено међународно исцрпљење патента. У предмету *Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics*, Суд је само одлучио о уговорном ограничењу продаје утврдивши да уговор о лиценци није изричито ограничио стицаоца лиценце да продаје производе. Суд је ријешио проблем уским тумачењем уговора о лиценци и није се изјаснио о условној лиценци, па је остало нејасно у којој мјери носилац патента може користити условну лиценцу за наметање уговорних ограничења купцима низводно.

Преседан представља пресуда Врховног суда САД у предмету *Impression Products v. Lexmark Int'l.* и успоставља режим међународног исцрпљења патента у САД. Према пресуди Суда,[31] одлука носиоца патента да прода производ исцрпљује сва његова овлашћења на заштићеном производу без обзира на било каква уговорна ограничења која носилац патента намјерава да наметне на производу или ограничи локацију продаје. Продајом производа и наметањем уговорних ограничења на ту продају, носилац патента не може контролисати шта ће купац даље да ради са производом. Ова пресуда је значајно ослабила позицију носилаца патента у САД.

У предмету се радило о пракси *Impression Products* који је откупљивао потрошене касете мастила за штампаче који су били заштићени патентима чији је произвођач *Lexmark*, затим их је обнављао допуњавањем мастила и препродао их другим купцима у САД. *Lexmark* је продавао те касете у САД и у другим државама у два продајна програма. Први продајни програм је под називом „*Обична касета*“ и према њему се касете продају по пуној цијени и без ограничења препродаје или поновне употребе. Други продајни програм је под називом „*Вратите потрошени уложак*“ и према њему се касете

[30] Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., 568 U.S. 519 (2013).

[31] Врховни суд САД је истакао, да је „*[…] исцрпљење патента једнообразно и аутоматско. Једном када носилац патента одлучи да прода – било сам или преко стицаоца лиценце – том продајом наступа исцрпљење патента, без обзира на било каква ограничења након продаје која носилац патента намјерава да наметне, било директно или путем лиценце*.“ Impression Prods., Inc. v. Lexmark Int’l, Inc., 137.

продају са попустом од 20%, али са уговорним ограничењем без поновне употребе. Сви купци су добили ова обавјештења о продајним програмима. Конкретно, када *Lexmark* продаје касету, у одређеним ситуацијама од купаца тражи да потпишу уговор којим се слажу да ће је користити само једном и да ће се уздржати од препродаје било коме, осим *Lexmark*-у. Такође, *Lexmark* је продавао касете и у иностранству.

Lexmark је тужио *Impression Products* због препродаје обновљених касета које су биле из другог продајног програма у САД, као и због увоза обновљених касета из иностранства. *Lexmark* је тврдио да је његов патент повријеђен када је *Impression Products* обновио и препродао касете у САД, јер није наступило исцрпљење патента на њима пошто је јасно уговорио са купцима ограничења употребе и накнадне продаје. Такође, за увезене обновљене касете је тврдио да није овластио *Impression Products* да их увози, па пошто је у САД на снази национално исцрпљење патента, дошло је до повреде његовог патента.

Врховни суд САД одбио је оба тужбена захтјева. Пресудио је да чак и ако су ограничења у *Lexmark*-овим уговорима са клијентима била јасна и примјењива према уговорном праву, она не дају право *Lexmark*-у да задржи патентна овлашћења на производу који је одлучио да прода. Према томе, ограничења на производима након продаје се не могу заснивати на патентном праву, већ искључиво на уговорном праву. По питању увоза прерађеног производа из иностранства, Врховни суд САД је пресудио да овлашћена продаја изван САД, као и продаја у САД, исцрпљује сва овлашћења носиоца патента на производу. Суд је разликовао овлашћену продају у иностранству од продаје у иностранству гдје носилац патента није имао никакве везе са продајом, јер продајом у иностранству не наступа исцрпљење патента када носилац патента није имао никакве везе са трансакцијом. Само носилац патента може одлучити да ли ће извршити стављање у промет заштићеног производа у иностранству.

Суд је на овај начин утврдио да се у САД примјењује географски обим међународног исцрпљења патента и да уговорна ограничења након продаје нису обухваћена патентним правом, чиме је ријешио постојеће нејасноће које су постојале на основу предмета *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc., Jazz Photo Corp. v. International Trade Commission* и *Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc.* Овај предмет се јасно разликовао од предмета *Quanta Computer* и по томе што у *Quanta Computer* продаја коју је извршио стицалац лиценце уз уговорна ограничења након продаје није овлашћена и није направљена разлика између активности носиоца патента и стицаоца лиценце.

Посљедица усвајања режима међународног исцрпљења патента је да се заштићени производи могу слободно увозити у САД када их носилац патента прода у иностранству путем својих успостављених канала дистрибуције. У пракси, то значи да носилац патента не може да ограничи препродају свог заштићеног производа у држави која је усвојила међународни режим исцрпљења патента. Међутим, ако носилац патента путем уговора ограничи право купца да користи или препрода предмет, то ограничење ће бити валидно према уговорном праву, али не може представљати повреду патента.[32] Ова пресуда отвара врата за паралелну трговину у САД. Паралелни трговци могу да купе производ који је законито продат у иностранству, те да га увезу и продају у САД остварујући профит на разлици у цијени, а да не дође до повреде патента.

Забрана ограничења након продаје уведена у предмету *Impression Products* је, према мишљењу теоретичара, груб инструмент у односу на оправдања која се за то нуде. Испитивање врста уговорних ограничења наметнутих у случајевима исцрпљења патента указује на то да се она користе у различите сврхе и са различитим ефектима.[33] Због тога није добро рјешење увођење потпуне забране наметања уговорних ограничења након продаје. Чињеница је да уговорна ограничења након продаје постоје у различитим облицима и са различитим ефектима на конкуренцију или иновације. Систем правила за преиспитивање и спровођење таквих ограничења мора узети у обзир ове разлике, па би у законе о патентима требало унијети одредбе које ће бити осјетљиве на различите тржишне ситуације у којима се патенти могу појавити.

Наметање уговорних ограничења цијена препродаје извезене и поново увезене робе покреће различита питања. Продавци се често упуштају у цјеновну дискриминацију између домаће и иностране продаје, јер цјеновна дискриминација може повећати благостање ако повећава производњу, а иностранa продаја је често стратегија повећања производње. Потрошачка еластичност тражње је већа у страној држави, а продавац може да оствари ту продају често само по нижој цијени. Због цјеновне дискриминације носилац патента не мора да снизи цијене на домаћем тржишту да би остварио инострану продају. Проблем цјеновне дискриминације на различитим тржиштима јесте у прописаном режиму исцрпљења патента и дозвољености паралелне трговине. Ако је паралелна трговина дозвољена, купац ће моћи увести

[32] M. Ganslandt, K. E. Maskus, “Parallel imports and the pricing of pharmaceutical products: evidence from the European Union”, *Journal of Health Economics* 23/2004, 1035.

[33] H. Hovenkamp, 548.

производ назад на домаће тржиште и профитирати на разлици у цијени. Због тога носилац патента може одлучити да уопште не продаје производе у другој држави по нижој цијени.

Међународно исцрпљење патента утиче на интересе компанија које посједују патенте и које су продале производе по ниским цијенама у иностранству, под претпоставком да производи неће бити увезени назад ради препродаје.[34] У међународној цјеновној дискриминацији компаније продају своје производе по различитим цијенама у различитим државама у зависности од стања на тржишту и степена заштите интелектуалне својине.[35] Међународно исцрпљење патента ће изазвати паралелну трговину и смањити цијене многих производа на тржишту, а иновативне технолошке компаније и фармацеутски произвођачи забринути су да би њихово истраживање и развој могли били жртвовани кроз смањен профит.[36]

Увођењем потупне забране уговорних ограничења на производима, као и међународног режима исцрпљења патента, Врховни суд САД је значајно промијенио досадашњу праксу нижих судова. Самим тим, значајно утиче и на пословну праксу привредних субјеката у САД који ће морати да промијене досадашње концепте пласирања производа на тржиште који су обухваћени патентном заштитом. Евидентно је да интереси власника производа у САД тренутно представљају основу за јачу примјену исцрпљења патента.[37]

Прије увођења потпуне забране уговорних ограничења на производима у САД, у пракси Федералног окружног суда су била евидентирана одређена ограничења на производима, која су била забрањена прописима антимонополског права или су представљала злоупотребу патента. Забрањена ограничења су због тога била санкционисана од стране суда и њихова повреда од стране трећих лица којима су била наметнута, нису представљала повреде патента.

У ЕУ су нека уговорна ограничења забрањена, без обзира на то да ли би споразум иначе био изузет из примјене члана 101, став 1 УФЕУ, а забране су другачије формулисане у зависности од тога да ли су

[34] Вид. D. J. Hemel, L. L. Ouellette, “Trade and Tradeoffs: The Case of International Patent Exhaustion”, *Columbia Law Review Sidebar* 116/2016, 20–26; Вид. J. A. Rothchild, “Exhausting Extraterritoriality”, *Santa Clara Law Review*, 51/2011, 1187–1188.

[35] R. M. Andrade, “The Parallel Importation of Unauthorized Genuine Goods: Analysis and Observations of the Gray Market”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 14/1993, 409–415.

[36] K. Kitaoka, “Patent Exhaustion Connects Common Law to Equity: Impression Products, Inc. v. Lexmark International, Inc.”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 17/2018, 99.

[37] Вид. шире Ђ. Јовић, 104–109.

компаније конкуренти или не. Примјери забрањених уговорних ограничења су: фиксирање цијена, ограничења производње, алокација тржишта или купаца, ограничење могућности корисника лиценце да искоришћавају сопствена технолошка права, клаузуле о поврату и одредбе које се не оспоравају.[38] Ова ограничења су санкционисана на основу права конкуренције. Остала уговорна ограничења која не представљају повреду права конкуренције нити представљају злоупотребу патента, и која су уведена због правне природе патента или због заштите јавног интереса, те на основу њих носилац патента не остварује неоправдану двоструку корист, требало би дозволити.

5. ЗАКЉУЧАК

Након анализе уговорних ограничења након продаје, њихових врста и одабране судске праксе, превасходно САД, можемо закључити да долази до јачања положаја власника заштићених производа на уштрб носилаца патента. Наметањем потпуне забране уговорних ограничења која су до пресуде *Impression Products* била дјелимично дозвољена и установљавањем међународног исцрпљења патента у САД, носиоци патента ће бити принуђени да преиспитају своје досадашње стратегије приликом пласирања заштићених производа на тржиште.

Паралелна трговина је дозвољена и она ће значајно утицати на уједначавање цијена заштићених производа на различитим тржиштима. То ће за посљедицу имати поскупљење производа на сиромашнијим тржиштима, док ће на развијеним тржиштима довести до смањења цијене заштићених производа.

Уговорна ограничења на производима су и даље дозвољена на различитим тржиштима, што ће носиоци патента из САД имати у виду приликом изласка на тржиште. Мишљења смо да је штетно увођење потпуне забране уговорних ограничења на производима и да одређена ограничења треба дозволити, која морају бити и у складу са правом конкуренције.

[38] Вид. M. Lindgren, 27.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Andrade, Richard M. “The Parallel Importation of Unauthorized Genuine Goods: Analysis and Observations of the Gray Market”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 14, Iss. 3, 1993;
2. Ganslandt, Mattis, Maskus, Keith E., “Parallel imports and the pricing of pharmaceutical products: evidence from the European Union”, *Journal of Health Economics*, Vol. 23, Iss. 5, 2004;
3. Gomulkiewicz, Robert W., Nguyen, Xuan-thao, Conway-Jones, Danielle, *Licensing Intellectual Property: Law and Application*, Aspen Publishers, 2008;
4. Gölstam, Carl Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2007;
5. Ivus, Olena, “Patent Exhaustion in the United States and Canada*”, CIGI Papers* No. 159, 2018;
6. Јовић, Његослав, *Границе исцрпљења патента*, докторска дисертација (необљављена), Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2023;
7. Kitaoka, Kumiko, “Patent Exhaustion Connects Common Law to Equity: Impression Products, Inc. v. Lexmark International, Inc.”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol. 17, Iss. 1, 2018;
8. Lidgard, Hans Henrik, *National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law: From Maglite to Pirate Bay*, Hart Publishing, 2011;
9. Lindgren, Marielle, *Post-sale Restrictions & Exhaustion of Intellectual Property Rights, An Analysis of Post-Sale Restrictions in the EU: Their Effects on Exhaustion and Enforceability between the Contracting Parties*, Master Thesis, Faculty of Law, Lund University, Lund 2014;
10. Марковић, Слободан, „Актуелизација важних теоријских питања у савременој судској пракси права жига“, *LIBER AMICORUM проф. др Мирко Васиљевић*, (ур. Душан В. Поповић), Београд 2021;
11. Patterson, Mark R., “Must Licenses Be Contracts? Consent and Notice in Intellectual Property”, *Florida State University Law Review*, Vol. 40, 2012;
12. Rinehart, Amelia Smith, “Contracting Patents: A Modern Patent Exhaustion Doctrine”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 23, No. 2, 2010;
13. Roth, Joseph L., “Exhaustion Cannot Stifle Innovation: A Limitation on the “First Sale” Doctrine”, *UC Irvine Law Review*, Vol. 5, 2015;
14. Rothchild, John A., “Exhausting Extraterritoriality”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 51, Iss. 4, 2011;

15. Somboon, Anirut, *Patent Exhaustion in Cases of Recycling and Repair of Goods*, Master Thesis, Thammasat University, Faculty of Law, Bangkok 2015;
16. Sutinen, Pauliina, *Post-sale restrictions in patent and trademark licensing agreements: Validity and compliance with competition law*, Master Thesis, Faculty of Law, Lund University, Lund 2018;
17. Hemel, Daniel J., Ouellette, Lisa Larrimore, “Trade and Tradeoffs: The Case of International Patent Exhaustion”, *Columbia Law Review Sidebar*, Vol. 116, 2016;
18. Hovenkamp, Herbert J., “Reasonable Patent Exhaustion”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 35, 2018.

Судска пракса

1. Impression Prods., Inc. v. Lexmark Int’l, Inc., 137 S. Ct. 1523 (2017);
2. Bowman v. Monsanto Co., 133 S. Ct. 1761 (2013);
3. Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., 568 U.S. 519 (2013);
4. Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 U.S. 617, 128 S.Ct. 2109 (2008);
5. B. Braun Med., Inc. v. Abbott Labs., 124 F.3d 1419, 1426 (Fed. Cir. 1997);
6. Marks v. Polaroid Corp., 237 F.2d 428 (1st Cir. 1956).
7. General Talking Pictures Corp. v. Western Elec. Co., 304 U.S. 175, 181 (1938);
8. CJEU, C-197/21, Soda-Club (CO2) and SodaStream International (2022);
9. CJEU, C-166/15, Aleksandrs Ranks and Jurijs Vasiļevičs v. Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokoratūra and Microsoft Corp. (2016);
10. CJEU, C-140/10, Greenstar-Kanzi Europe NV v. Jean Hustin and Jo Goossens. (2011);
11. CJEU, C-46/10, Viking Gas A/S v. Kosan Gas A/S. (2011);
12. CJEU, C-127/09, Coty Prestige Lancaster Group GmbH v. Simex Trading AG. (2010);
13. CJEU, C-59/08, Copad SA v. Christian Dior couture SA, Vincent Gladel and Société industrielle lingerie (SIL). (2009);
14. CJEU, C-16/03, Peak Holding AB v. Axolin-Elinor AB (2004);
15. CJEU, C-414/99 и C-416/99, Zino Davidoff SA v. A & G Imports Ltd and Levi Strauss & Co. and Others v. Tesco Stores Ltd and Others. (2001).

Senior Teaching Assistant Njegoslav Jović, LL.M.

Faculty of Law, University of Banja Luka

PROHIBITION OF CONTRACTUAL LIMITATIONS ON PRODUCTS - THE CASE OF Impression Prods., Inc. c. Lexmark Int'l, Inc.

Summary

The decision of the US Supreme Court in Impression Products v. Lexmark Int'l. sets a precedent and establishes a regime of international patent exhaustion in the US. According to this ruling, a patent holder who sells a product exhausts the patent authority on that product, regardless of any restrictions it intends to impose on the product or the location of the sale. This ruling significantly weakened the position of US patent holders.

The ban on post-sale restrictions introduced in Impression Products is a crude instrument compared to the justifications offered for it. In its favor, the rule of per se exhaustion on sale is simple and easy to understand, but because it is categorical, it does not distinguish the harmful effects of post-sale contractual restrictions from the many beneficial ones. US antitrust law on limited distribution began similarly, adopting categorical rules per se that changed and eventually gave way to nuanced treatment under the rule of reason. An examination of the types of contractual restrictions imposed in patent exhaustion cases indicates that they are used for different purposes and with different effects. Therefore, introducing a complete ban on imposing post-sale restrictions is not a good solution. The fact is that after-sales restrictions come in various forms, with different effects on competition or innovation. The system of rules for reviewing and enforcing such restrictions must take these differences into account, and patent laws should include provisions that should be sensitive to the different market situations in which patents may arise.

By introducing a complete ban on contractual restrictions on products and the international patent exhaustion regime, the US Supreme Court significantly changed the previous practice of lower courts and allowed parallel trade. Therefore, it significantly affects the business practices of economic entities in the USA, which will have to change the current concepts of placing products on the market that are covered by patent protection.

Key words: *Contractual restrictions on products; Types of contractual restrictions; International patent exhaustion; Parallel trade*.

УДК/UDC 347.736
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Виши асистент Ирена Радић, ма

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ИСПИТИВАЊЕ МОГУЋНОСТИ ФИНАНСИРАЊА СТЕЧАЈНИХ ПОСТУПАКА У СЛУЧАЈУ НЕДОВОЉНОСТИ ИМОВИНЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Правило домаћег стечајног права је да се трошкови стечајног поступка намирују из стечајне масе, прије стечајних повјерилаца. Уколико, међутим, имовина стечајног дужника према предвиђањима није довољна да намири трошкове поступка, а повјериоци (или друга заинтересована лица) не уплате предујам за обезбјеђење трошкова, стечајни суд ће одбити приједлог за отварање стечајног поступка. Дакле, у домаћем праву стечајни поступак се финансира првенствено из стечајне масе, а уколико је она недовољна онда се очекује од заинтересованих лица (у првом реду повјерилаца) да обезбиједе финансирање стечајног поступка. Међутим, повјериоци ће ријетко имати интерес да предујме трошкове, нарочито када је имовина дужника незнатна, јер тиме само повећавају дуг који дужник има према њима уз неизвјесну могућност наплате. Стога, не чуди податак да се више од половине стечајних поступака закључи због недовољности стечајне масе, односно без расподјеле средстава повјериоцима.

Иако су бројни разлози због којих имовина стечајног дужника може бити незнатне вриједности, то ипак, на првом мјесту, буди сумњу у његово законито и поштено пословање. Стога је важно и у овој ситуацији омогућити да се испитају разлози који су довели до стечаја, те постоји ли основ за побијање правних радњи стечајног дужника или евентуално кривичну или имовинскоправну одговорност одређених лица. У раду ћемо, упоредноправном анализом испитати како различите државе приступају овом проблему и које су могућности за финансирање стечајног поступка у ситуацији када стечајна маса за то није довољна.

Кључне ријечи: Недовољност имовине стечајног дужника; Незнатна имовина; Трошкови стечајног поступка; Циљеви стечаја; Јавни интерес; Побијање правних радњи; Повреда дужности према друштву; Злоупотреба привредног друштва.

Ирена Радић, *irena.radic@pf.unibl.org*.

1. УВОД – ЦИЉЕВИ СТЕЧАЈА

Упоредноправно посматрано, државе се у великој мјери разликују у погледу стечајне политике коју примјењују. Велики број држава стечајно право посматра, примарно или чак искључиво, као право колективне наплате потраживања, односно као инструмент који треба да служи задовољењу интереса повјерилаца у највећој могућој мјери када се њихов дужник нађе у финансијским тешкоћама[1] Према слову домаћег Закона о стечајном поступку, спровођење стечајног поступка треба да омогући остваривање највеће могуће вриједности имовине стечајног дужника и највећи могући степен намирења повјерилаца.[2] Из наведене дефиниције циља стечаја, видимо да је домаће право прихватило становиште професора Томаса Џексона о циљу стечаја, који стечајно право посматра искључиво као грану права која служи наплати потраживања („*insolvency as a debt collections law*“).[3] Међутим, упркос овако прокламованом циљу стечаја, у пракси се стечајни повјериоци намирују у веома малом проценту, а велики број стечајних поступака се закључује због недостатка/недовољности стечајне масе, када стечајни повјериоци остају ненамирени у цијелости. Према Извјештају Главне службе за ревизију јавног сектора у Републици Српској, више од половине стечајних поступака се закључи због недостатка или недовољности стечајне масе, тј. без подјеле средстава повјериоцима. У Извјештају се наводи да повјериоци у стечајним поступцима нису наплатили више од 4/5 својих потраживања.[4]

Чињеница да су бројни стечајни поступци у којима је стечајни дужник само „празна љуштура“ без имовине која би служила за

[1] H. G. M. Eidenmueller, *Comparative Corporate Insolvency Law* (June 23, 2016). European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 319/2016, Oxford Legal Studies Research Paper No. 30/2017, 9.

[2] Закон о стечају – ЗОС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 16/2016, чл. 11.

[3] T. H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University Press, 1986, 7.

[4] *http://www.gsr-rs.org/static/uploads/report_attachments/imported/RU002-11.pdf.* Из наведених разлога, 2016. године законодавац у Републици Српској прихвата концепт обавезности покретања стечајног поступка и предвиђа прекршајну и имовинскоправну одговорност лица која прекрше ову дужност, као и могућност лица која предујме трошкове стечајног поступка да, у случају недовољности стечајне масе, захтијевају поврат уплаћених средстава од лица која су својом кривицом пропустила да благовремено поднесу приједлог за покретање стечаја. Међутим, Агенција за информатичке, посредничке и финансијске услуге од 2016. године када јој је додијељено у надлежност покретање прекршајних поступака због кршења дужности подношења приједлога, није издала ниједан прекршајни налог нити покренула прекршајни поступак пред судом. Осим тога, аутору није познато да су вођени поступци за утврђивање имовинскоправне одговорности због неблаговременог покретања стечаја.

намирење повјерилаца, посљедица је различитих фактора. Рецесија, пандемија, техничке иновације, лоша срећа, личне прилике лица које води бизнис и сл., само су неки од многих. Дакле, стечај може бити посљедица околности на које лица која управљају друштвом нису могла утицати, али исто тако, може бити посљедица разних преварних радњи и злоупотреба друштва – дужника, предузетих како би се кроз стечај избјегло плаћање обавеза према повјериоцима. Нарочито ће у периоду када друштву пријети инсолвентност, дужник односно лица која управљају друштвом – дужником, настојати да отуђе или у корист повезаних лица располажу вреднијом имовином (опремом, машинама, некретнинама и сл.). Уколико се имовина преноси по тржишној вриједности и без намјере да се изиграју повјериоци (нпр. продају се вредније некретнине, како би се побољшала ликвидност), такво понашање може представљати добру пословну одлуку. Насупрот томе, уколико одговорна лица у друштву у намјери да избјегну плаћање обавеза, проузрокују стечај привидним или стварним умањењем имовине друштва, на начин да имовину привидно или испод тржишне вриједности продају, прикрију, бесплатно уступе трећем лицу или униште, закључе фиктивне уговоре о дугу или признају непостојећа потраживања и сл., та ће лица бити одговорна за кривично дјело проузроковање лажног стечаја.[5]

Између ове двије крајности (законитог и легитимног очувања пословања и понашања које повлачи кривичну одговорност) постоји и велики број проблематичних случајева (у „сивој зони“ између законитог и незаконитог) у којима ће власници настојати да „извуку“ имовину привредног друштва на „сигурније“ мјесто, изван домашаја повјерилаца, обично злоупотребљавајући привредно друштво (односно ограничену одговорност), користећи одређене правне празнине или неефикасну примјену прописа. Стога би један од кључних циљева стечајног поступка требало да буде откривање таквог понашања и пружање адекватног одговора.[6] Добар примјер је стечајно право Уједињеног Краљевства, које предвиђа три основна циља стечајног поступка: 1) остваривање највеће могуће вриједности за повјериоце; 2) успостављање фер и правичног система рангирања повјерилаца и расподјеле имовине међу повјериоцима и 3) обезбјеђивање механизма који ће омогућити да буду откривени разлози који су довели до стечаја (*causes of failure*), лица одговорна за лоше управљање (*guilty of*

[5] Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 64/2017, 104/2018 – УС, чл. 252.

[6] S. Madaus, “Abuse of Companies in Insolvency Law”, *Abuse of Companies (*eds. Birkmose S H., Neville M. & Sorensen Engis K.), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2019, 330.

mismanagement) и, уколико постоји основ, искључење ових лица из управљања другим друштвима у будућности (кроз институт дисквалификације).[7] Наиме, у УК се полази од тога да стечај узрокује губитке повјериоцима и проблеме радницима, од којих многи остају без посла. Држава, такође, губи јер редовно усљед стечаја над пореским дужником не може да наплати порезе и доприносе. Стога се сматра да стечајна регулатива мора омогућити стечајном управнику откривање разлога који су довели до стечаја и утврђивање кривичне или грађанске одговорности лица у стечајном дужнику која су својим понашањем или пропуштањем дужног понашања проузроковала стечај и губитке повјериоцима, као и да омогући дисквалификацију ових лица из пословног живота за одређен период.[8] То се, прије свега, постиже кроз институт побијања правних радњи (*avoidance of transactions*), прописивањем кривичне одговорности за преварно пословање (*fraudulent trading*) и грађанскоправне одговорности за несавјесно пословање (*wrongful trading*), те кроз институт дисквалификације директора.

Иако домаће стечајно право препознаје само један циљ стечајног поступка – што потпуније намирење повјерилаца, откривање и враћање у стечајну масу имовине која је „склоњена“ изван домашаја повјерилаца у одређеном периоду прије отварања стечаја, свакако служи том циљу. Исто тако, утврђивање одговорности лица са дужностима према друштву за повреде тих дужности и накнада штете друштву по том основу, доприноси реализацији овог циља, јер би све што се оствари у таквом поступку ушло у стечајну масу и служило за расподјелу повјериоцима. Стога је стечајни управник дужан да испита постојање основа и да подигне тужбе за побијање правних радњи стечајног дужника и за накнаду штете због повреде дужности према друштву против директора и осталих лица са дужностима према друштву, јер се тиме остварује највећа могућа вриједност имовине стечајног дужника и увећава могућност повјерилаца за намирење. Осим тога, стечајни управник има значајно више информација о пословању стечајног дужника него сами повјериоци, који чак и када су овлашћени на подношење тужбе (нпр. за ванстечајно побијање правних радњи или за пробијање правне личности), редовно немају потребне информације да докажу тужбене наводе. Наиме, по отварању стечајног поступка, пословне књиге и пословна документација стечајног дужника прелазе у државину стечајног управника. Тада наступа и обавеза заступника стечајног дужника и свједока да стечајном судији и стечај-

[7] R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law – Student edition*, Sweet & Maxwell, London 2011, 58.

[8] *Ibid.*, 62.

ном управнику, на њихов захтјев и без одлагања пруже потпуне и истините информације. Дакле, отварање стечајног поступка чини транспарентнијим пословне активности стечајног дужника предузимане прије формалног отварања стечаја, што олакшава стечајном управнику откривање злоупотреба и изигравања слова закона, као и незаконитог или преварног понашања. Откривање оваквог понашања је значајно не само са аспекта већег намирења стечајних повјерилаца у отвореном стечајном поступку, него и због превентивног дјеловања на чланове органа управљања и власнике других друштава да се суздрже од понашања које би у евентуалном стечајном поступку отвореном над друштвом повлачило њихову кривичну или грађанску одговорност.

Уколико, међутим, у стечајној маси нема довољно имовине ни за покриће трошкова поступка, а повјериоци или друга заинтересована лица не уплате предујам за трошкове поступка, стечајни поступак се ни не отвара, односно закључује се одмах по утврђивању недовољности стечајне масе. То ствара правну празнину која у потпуности штити чланове органа управљања и власнике друштва који су друштво оставили без икакве имовине од било каквог преиспитивања њиховог рада. Штавише, ова празнина дјелује подстицајно на ова лица да друштво оставе без имовине како би се спријечило да се у стечајном поступку испитају разлози који су довели до стечаја и открију њихове злоупотребе или незаконито понашање. Наведени проблем је препознат и од стране *UNCITRAL* Комисије, која је у својим Препорукама истакла да постоји значајан јавни интерес да се кроз стечајни поступак обезбиједи преиспитивање пословања стечајног дужника упркос недовољности његове имовине да покрије трошкове поступка.[9] У судској пракси Уједињеног Краљевства је, такође, заузет став да неадекватно финансирање стечајних поступака додатно повећава број директора који крше дужности и подстиче директоре да „очисте“ друштво од имовине.[10] Неадекватно финансирање стечајних поступака дјелује и „*ex ante*” јер утиче на одлуку директора које ризике могу и треба да предузму како би спасили пословање друштва које је већ постало материјално инсолвентно или му пријети ризик од наступања инсолвентности.[11] Наиме, у овом „прелазном периоду“ долази до вишеструког сукоба интереса између повјерилаца, са једне стране, и директора и чланова друштва, са друге стране (различита спремност

[9] UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2006, 62.

[10] Вид. Eastglen Ltd. V. Grafton, 1996, 2BCLC 279, 292–293. Нав. према: A. Keay, P. Walton, *Insolvency Law: Corporate and Personal*, Pearson – Longman, 2003, 383.

[11] G. Van Dijck, “How to Fund Assetless Estates in Insolvency? Assessing European Funding Mechanism”, *ECFR* 2/2014, 136.

на предузимање ризика, односно пристајања на ризик, различити интереси у погледу одлуке да ли ће друштво наставити пословање или ће поднијети приједлог за отварање стечајног поступка, проблем извлачења имовине друштва у корист власника и директора или повезаних лица и сл.). Уколико знају да стечајни поступак неће бити спроведен ако оставе друштво без имовине, онда то ствара додатни подстицај лицима која управљају друштвом и власницима друштва да одлажу покретање стечајног поступка и „коцкају“ се са имовином друштва по принципу „све или ништа“, упуштајући се у ризичне пословне подухвате, као и да извлаче имовину друштва у сопствену корист или корист повезаних лица, умањујући тако шансе повјерилаца за намирење, без страха да ће због тога бити позвани на одговорност.

Из свега наведеног, јасно је да питање финансирања стечајног поступка има велики значај и да је потребно размотрити све предности и недостатке рјешења усвојеног у домаћем праву. Стога ћемо у наставку рада анализирати приступ домаћег законодавца овом питању и објаснити *ratio legis* усвојеног законског рјешења. Потом ћемо представити примјере држава које су, у случају да је стечајна маса недовољна, предвидјеле финансирање стечајних поступака или појединих радњи стечајног управника (попут побијања правних радњи стечајног дужника, утврђивања одговорности директора због повреде дужности према друштву и сл.) из јавних средстава. На крају ћемо указати на потенцијалне проблеме који постоје код овог начина финансирања и изнијети закључна разматрања и препоруке.

2. ПОСЉЕДИЦЕ НЕДОСТАТКА ИМОВИНЕ ОДНОСНО НЕДОВОЉНОСТИ СТЕЧАЈНЕ МАСЕ У ДОМАЋЕМ СТЕЧАЈНОМ ПРАВУ

Као што смо видјели у уводном дијелу, бројни су стечајни поступци у којима дужници немају готово никакву имовину која би могла служити за намирење повјерилаца. У том погледу, домаће стечајно право препознаје неколико различитих ситуација:

1) када се прије отварања стечајног поступка утврди да је имовина дужника недовољна да покрије трошкове стечајног поступка,

2) када се утврди да је имовина недовољна за покриће трошкова поступка након отварања стечајног поступка,

3) када се утврди да је имовина довољна за покриће трошкова стечајног поступка, али да није довољна да намири остале доспјеле обавезе стечајне масе (недовољност стечајне масе).

Уколико се прије отварања стечајног поступка (приликом одлучивања о приједлогу за покретање стечајног поступка) утврди да имовина стечајног дужника, према предвиђању, неће бити довољна да намири трошкове поступка (али да је приједлог допуштен и основан),[12] стечајни судија ће јавним позивом, објављеним на огласној табли суда, електронској табли суда и Службеном гласнику Републике Српске позвати *повјериоце и заинтересована лица* да уплате предујам за обезбјеђење трошкова стечајног поступка у року од 15 дана од дана објављивања позива.[13] Предујмљени износ улази у трошкове стечајног поступка (који се намирују приоритетно из стечајне масе) али уколико се, у отвореном стечајном поступку испостави да је стечајна маса недовољна за враћање предујма уплаћеног за трошкове поступка, уплатилац може захтијевати поврат уплаћеног износа од сваког лица које је било обавезно да поднесе приједлог за покретање стечајног поступка, али је својом кривицом пропустило да то учини. Дакле, у случају скривљеног пропуштања подношења приједлога за отварање стечајног поступка, предвиђена је одговорност ових лица за враћање предујма, али само уколико је стечајна маса недовољна за враћање уплаћеног предујма. Уколико пак повјериоци или друга заинтересована лица не уплате предујам, стечајни поступак неће ни бити отворен.[14]

Ако се недовољност стечајне масе да покрије трошкове поступка утврди након отварања стечајног поступка, стечајни судија ће, такође, закључити стечајни поступак, осим уколико повјериоци или друга заинтересована лица не предујме трошкове поступка.

Уколико је стечајна маса довољна за покриће трошкова стечајног поступка, али није довољна да намири остале доспјеле обавезе стечајне масе, стечајни управник је дужан да пријави суду да постоји недовољност стечајне масе. Ова обавеза стечајног управника постоји уколико, према предвиђањима, стечајна маса неће бити довољна да испуни постојеће обавезе стечајне масе у тренутку доспјелости. Он је дужан на огласној табли суда, електронској табли суда и Службеном гласнику Републике Српске објавити пријаву недовољности стечајне масе и позвати стечајне повјериоце и повјериоце осталих обавеза стечајне масе да доставе своје мишљење о пријави недовољности стечајне масе. Стечајни управник је дужан измирити обавезе стечајне масе сљедећим редослиједом: а) трошкови стечајног поступка, б) дугови

[12] ЗОС, чл. 97, ст, 6.

[13] *Ibid.*, ст. 7.

[14] У пракси у овој ситуацији суд доноси рјешење о отварању и истовременом закључењу стечајног поступка. Вид. Н. Милијевић, В. Чоловић, *Стечај: теорија – пракса*, Удружење правника у привреди, Бања Лука 2020, 129.

стечајне масе који су засновани након пријаве недовољности стечајне масе, а који не улазе у трошкове стечајног поступка, в) остали дугови стечајне масе. Након диобе стечајне масе и измирења обавеза стечајне масе на наведени начин, стечајни судија закључује стечајни поступак. По правоснажности рјешења о закључењу стечајног поступка, стечајни судија наређује брисање стечајног дужника из регистра.

Дакле, домаће стечајно право предвиђа да трошкови стечајног поступка падају на терет стечајне масе, али уколико се испостави да она није довољна за њихово покриће, онда се очекује од заинтересованих лица – у првом реду повјерилаца стечајног дужника, да предујме трошкове поступка. Уколико они то не учине, стечајни поступак се закључује. Логика иза оваквог рјешења је да нема смисла пролазити кроз све фазе стечајног поступка ако је вриједност имовине која улази у састав стечајне масе незнатна. Ако имамо на уму основни циљ стечаја – сразмјерна расподјела уновчене имовине која чини стечајну масу повјериоцима – онда је јасно да без имовине недостаје кључни елемент за вођење стечајног поступка – предмет расподјеле.[15]

Уколико повјериоци уплате предујам трошкова, стечајни поступак се наставља, а уплаћени износ се сматра трошком стечајног поступка и исплаћује се приоритетно из стечајне масе, под условом да се трошкови обезбијеђени предујмом могу намирити из преосталих средстава стечајне масе. Међутим, у пракси, повјериоци ће ријетко бити мотивисани да обезбиједе финансирање оваквих стечајних поступака, јер постоји оправдана бојазан да у стечајној маси неће бити довољно имовине ни за поврат уплаћених средстава. Законодавац даје могућност да, у случају недовољности имовине односно стечајне масе, повјериоци траже поврат уплаћеног предујма од лица која су пропустила да у прописаном року поднесу приједлог за отварање стечајног поступка, али то подразумијева доказивање да су скривљено пропустили благовремено поднијети приједлог, што засигурно није једноставан задатак. У односу на домаће стечајно право, чини нам се бољим рјешење прихваћено у стечајном законодавству Хрватске, које предвиђа да ће суд лицима која имају обавезу подношења приједлога за отварање стечајног поступка, по службеној дужности, наложити плаћање предујма у року од 8 дана, независно од тога да ли је имовина стечајног дужника довољна за покриће трошкова, а уколико не уплате предујам у овом року, приступиће се принудној наплати на начин предвиђен за наплату новчане казне у парничном поступку.[16]

[15] В. Радовић, *Коментар Закона о стечају са одабраном судском праксом и подзаконским прописима*, Службени гласник, Београд 2022, 80.

[16] Стечајни закон, *Народне новине*, бр. 71/2015, 104/2017 и 36/2022, чл. 113.

Према одредбама ЗОС, лице које подноси приједлог за отварање стечајног поступка обавезно је да уплати предујам трошкова. Ова обавеза, нарочито у ситуацији када је имовина дужника мале вриједности, дјелује дестимулативно на покретање стечајног поступка. Наиме, како примјећује проф. Радовић, повјериоци који желе да поднесу приједлог често ће оклијевати у реализацији ове намјере, јер имају у виду високе трошкове стечајног поступка, а самим тим и висок износ предујма који морају уплатити.[17] Како се поврат уплаћеног предујма врши из стечајне масе, у ситуацији када стечајни дужник нема имовине (или је она недовољна за покриће трошкова поступка), то значи да предлагач не само да што неће успјети да намири своје потраживање ни у минималном проценту у стечајном поступку, него ће још морати да сноси и трошкове поступка.[18] Ни од стечајног дужника не треба очекивати другачије, а могуће је чак да стечајни дужник нема довољно средстава чак ни за предујмљивање трошкова. Дакле, у оваквој ситуацији, повјериоци нити су мотивисани да сами подносе приједлог за отварање стечајног поступка, нити да предујме трошкове поступка када је неко други поднио приједлог. С обзиром на то да, као што смо већ објаснили у уводном дијелу, незнатна имовина ствара сумњу у законито и поштено пословање стечајног дужника прије отварања стечајног поступка, неопходно је омогућити спровођење стечајног поступка када дужник нема довољно имовине, а нико од заинтересованих лица не уплати предујам. Овдје би ваљало указати да чак и када трошкови буду предујмљени, они најчешће буду недовољни за покретање сложених судских спорова какви су, најчешће, спорови по тужбама за побијање правних радњи, јер се врло брзо по отварању поступка предујам искористи за наплату трошкова огласа, обавјештавања познатих повјерилаца о отварању стечајног поступка, ангажовања стечајног управника, трошкова неопходних за обезбјеђење имовине и сл.[19] У том смислу, нарочито је значајно омогућити стечајном управнику да, независно од вриједности имовине дужника, у стечајном поступку испита постојање основа за побијање правних радњи стечајног дужника и да испита евентуалну имовин-

[17] В. Радовић, *Стечајно право – књига прва*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2018, 423.

[18] Г. Ајншпилер Поповић, Приказ најзначајнијих новина у новом Закону стечају, 2009, 5, нав према. Радовић, (2018), 424.

[19] Б. Топаловић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, 5. Ауторка истиче да је оправдана замјерка стечајних управника да нису створени материјални предуслови за реализацију законске дужности стечајног управника за подношење побојних тужби, *https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/februar2016/Pobijanje%20-pravnih%20radnji%20Bojana%20Topalovi%C4%87.docx*.

скоправну одговорност лица са дужностима према друштву, прије свега директора и већинских чланова.

3. МОДАЛИТЕТИ ФИНАНСИРАЊА СТЕЧАЈНИХ ПОСТУПАКА СА НЕДОВОЉНО СТЕЧАЈНЕ МАСЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – ПРИМЈЕРИ ХОЛАНДИЈЕ, АУСТРАЛИЈЕ И ФИНСКЕ

Упоредноправно посматрано, постоје различити модели финансирања стечајних поступка у којима је имовина стечајног дужника недовољна да покрије трошкове стечајног поступка. Одређен број држава омогућава финансирање оваквих поступака ангажовањем јавних средстава, било директно из буџета, из фондова посебно основаних за ову намјену или кроз гарантне шеме. При томе, неке државе обезбјеђују финансирање наставка стечајног поступка, а друге само предузимање одређених радњи у стечајном поступку (попут испитивања постојања основа за побијање правних радњи стечајног дужника, утврђивања одговорности директора због повреде дужности према друштву, дисквалификацију директора и сл.). Нама су пажњу привукла рјешења прихваћена у стечајном праву Холандије, Аустралије и Финске, те ћемо их у наставку представити.

3.1. Холандија

Један од задатака стечајног управника према стечајном праву Холандије, је да испита разлоге који су довели до стечаја. Резултат овог испитивања може бити да стечајни управник закључи да је стечај (дијелом) посљедица очигледно лошег управљања друштвом или да постоји основ за побијање правних радњи стечајног дужника. У том случају, стечајни управник би требало да поднесе тужбу против одговорних лица у стечајном дужнику односно против трећих лица у случају побијања правних радњи стечајног дужника, а средства која се на овај начин остваре улазе у стечајну масу и служе за расподјелу повјериоцима. Наведене радње, односно поступке стечајни управник финансира средствима која оствари уновчењем стечајне масе. Уколико, међутим, стечајна маса није довољна да покрије трошкове испитивања постојања основа за подизање ових тужби или за покретање и вођење поступака по таквим тужбама, стечајни управник је овлашћен да захтијева од Министарства правде обезбјеђивање додатних средстава за ту сврху. Наиме, Правилник о гарантној шеми за стечајне

управнике (*Garantstellingsregling Curatoren 2023*,[20] даље у тексту: *GSR*)[21] предвиђа могућност да стечајни управници, под одређеним условима, захтијевају од Министарства правде додатна средства из државног буџета за финансирање одређених радњи у стечајном поступку. Према члану 2 овог Правилника, стечајни управник може захтијевати додатна средства како би спровео прелиминарну истрагу (односно испитао постојање основа за подизање тужбе) или поднио тужбе у случају: а) одговорности директора због повреде дужности према друштву (члан 9 Друге књиге Грађанског законика Холандије – *Burgerlijk Wetboek*); б) одговорности чланова одбора директора или чланова надзорног одбора због очигледног кршења њихових дужности (односно очигледно лошег управљања) које је вјероватно главни узрок стечаја (чл. 138, 139, 248 и 259 Друге књиге Грађанског законика) и в) побијања правних радњи стечајног дужника (чл. 42, 43 и 47 холандског Стечајног закона – *Faillissementswet*).

Захтјев мора да садржи процјену трошкова поступака које ће покренути, односно трошкова испитивања постојања основа за покретање таквих поступака, на основу чега ће Министарство процијенити који износ треба одобрити стечајном управнику. Прије подношења захтјева министру, стечајни управник је дужан прибавити одобрење стечајног судије. При томе, одобравање ових средстава је двоструко условљено: прво, потребно је да је захтијевани износ разуман у поређењу са износом који се може очекивати да ће бити остварен за стечајну масу (у односу 1:4)[22] и друго, потребно је да захтијевани износ буде разуман у односу са укупним обавезама стечајног дужника (у односу 1:2).[23] Нови Правилник који је на снази од јуна 2023. година предвиђа изузетак од правила да однос између захтијеваног износа и средстава која се могу реализовати у случају успјеха у спору мора бити 1:4. Наиме, изузетно министар може одобрити средства из Гарантне шеме и када је је тај однос 1:2, уколико (се сумња да) су

[20] Regeling van de Minister voor Rechtsbescherming van 21 maart 2023, nr. 3533353, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2023), Staatscourant no. 9704.

[21] У јуну 2023. године на снагу је ступио нови Правилник, а до тада је важио правилник из 2012. године, који је замијенио претходни из 2005. године.

[22] Van Dijck, 145. На примјер, уколико стечајни управник захтијева 10.000 €, мора показати да може реализовати најмање 40.000 € у случају успјеха у спору.

[23] До измјена Правилника 2012. године захтијевало се да захтијевани износ буде пропорционалан укупним дуговима, али је након реформе 2012. смањен на однос 1: 2. Вид. K. de Ridder et al., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Rijksuniversiteit Groningen / Pro Facto, 1. Однос 1:2 значи да уколико стечајни управник захтијева 10.000 €, укупан износ обавеза стечајног дужника у стечајном поступку мора износити најмање 20.000 €.

посриједи вишеструки повратници у стечајним преварама. Министар сваке године одређује максималан износ гаранција које може одобрити по овом основу у једној календарској години.[24]

Два основна циља Гарантне шеме су спречавање злоупотребе правних лица (с тим да се од реформе 2012. године све више говори и о „спречавању стечајних превара“ чиме овај први циљ поприма и кривичноправни аспекат) и заштита необезбијеђених повјерилаца.[25] Иако су ова два циља повезана и међусобно условљена, чини се да други циљ претеже над првим, јер средства из гарантне шеме неће бити одобрена чак и ако је очигледно да постоји основ за покретање поступка против одговорних лица у стечајном дужнику или за побијање правних радњи стечајног дужника, уколико повјериоци од тога неће имати користи.[26] Дакле, откривање злоупотребе само по себи није циљ ових одредаба, уколико оно истовремено неће значајно увећати стечајну масу и користити стечајним повјериоцима. Управо из тих разлога, одобравање захтјева стечајног управника је двоструко условљено (одговарајућим односом захтијеваних средстава и очекиваног „поврата“ и односом захтијеваних средстава и укупних потраживања стечајних повјерилаца).

Испитивање стечајних управника у Холандији показало је да је поред административног оптерећења, највећа препрека интензивнијем коришћењу средстава из гарантне шеме управо то што морају испунити наведена два услова (од којих је први, према њиховој оцјени, нарочито проблематичан).[27] Стога је 2023. године уведен горепоменути изузетак, чиме је спречавање стечајних превара, као циљ овог института, додатно добио на значају.

Према евалуацији која је рађена за период од 2012. до 2017. године, одобрено је око 96% поднесених захтјева. Захтјеви су се углавном односили на претходну истрагу, односно истрагу постојања основа за покретање поступака. У око ¼ случајева, стечајни управници су захтијевали одобравање додатних средстава, најчешће како би покренули поступак против директора због повреде њихових дужности. Тек у незнатном броју случајева су средства захтијевана за побијање правних радњи стечајног дужника.

Евалуација је показала и да за сваки 1 евро који држава уложи у Гарантну шему, стечајна маса буде увећана за око 2,5 евра, од тога дио средстава служи за покриће трошкова поступка (највише за нак-

[24] *GSR*, чл. 2, ст. 4.
[25] *Ibid.*, 2.
[26] *Ibid.*
[27] *Ibid.*, 3.

наде стечајним управницима). Корист за повјериоце је, стога, нешто мања, па су на сваки 1 евро који је држава уложила, повјериоци добили додатних 1.9 евра.[28] Закључак Министарства правде је да Гарантна шема за стечајне управнике представља користан инструмент који остварује прокламоване циљеве, те да остварује позитиван друштвени утицај и да, свеукупно посматрано, постиже више користи за друштво него што кошта државу.[29]

3.2. Аустралија

Уколико дужник нема имовине или је имовина незнатна, односно уколико вриједност имовине не прелази 10.000 аустралијских долара, стечајни управник може захтијевати средства из посебног Фонда основаног за ову намјену (*Assetless Administration Fund*). Фонд је основан од стране Владе Аустралије како би се финансирала претходна истрага и припрема извјештаја од стране стечајних управника (*liquidators*) у случају стечаја над друштвима која немају имовину или је имовина незнатна, уколико је извјесно да ће на основу тога Комисија за хартије од вриједности и инвестиције (*Australian Securities and Investment Commission*, даље у тексту: *ASIC*) моћи да покрене поступак против одговорних лица или да ће стечајни управник „повратити“ одређена средства у имовину стечајног дужника.[30] Циљ успостављања Фонда је „затварање правне празнине која би настала уколико пословање „пропале“ компаније не би било адекватно испитано“.[31] Стога, коришћење средстава Фонда треба да допринесе бољем пословном понашању, повећа проценат намирења (необезбијеђених) повјерилаца и смањи обим феникс активности.[32]

---

[28] K. de Ridder *et al.*, *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012,* Rijksuniversiteit Groningen / Pro Facto 2019, 4.

[29] Види Писмо министра Парламенту, *https://www.rijksoverheid.nl/documenten/-kamerstukken/2023/03/20/tk-toetsingkader-risicoregelingen-met-betrekking-tot-de-garantstellingsregeling-curatoren-2023.*

[30] Australian Securities and Investment Commission, Regulatory Guide 109 – Assetless Administration Fund: *Funding criteria and guidelines*, 2012, 6.

[31] *Ibid.*, 6.

[32] О феномену „феникс активности“ говоримо када се имовина привредног друштва коме пријети наступање стечајног разлога преноси на друго привредно друштво које (*de facto* или *de iure*) контролишу иста лица и које наставља обављање исте дјелатности, под истим или сличним пословним именом, док обавезе остају на старом привредном друштву. Сликовито речено, феникс компанија представља нову компанију која се „диже из пепела“ старе компаније која се нашла у финансијским тешкоћама, као што се феникс птица из египатске митологије поново рађа, дижући се из сопственог пепела. Феникс компаније могу представљати законит и легитиман начин очувања пословања финансијски посрнулог привредног друштва, али исто тако могу представљати злоупотребу ограничене одговорности и изигравање циљева

Да би средства из Фонда била одобрена, потребно је да се захтјев стечајног управника односи на а) утврђивање постојања основа за дисквалификацију директора, б) истраживање и сачињавање извјештаја за *ASIC* због кршења Закона о корпорацијама (*Corporations Act 2001 (Cth)*), попут: кршења дужности директора (сек. 180-185 *CA*); управљања компанијом упркос изреченој дисквалификацији (чл. 206а *CA*), пропуштања од стране директора да предузме све разумне кораке како би друштво уредно водило пословне књиге и пословну документацију, пословања за вријеме инсолвентности (*insolvent trading*) (чл. 588G CA) и сл.) или в) поврат имовине „извучене“ из друштва кроз незаконити или преварну феникс активност.

Да би захтјев био одобрен, потребно је да постоји довољно доказа који поткрепљују наводе или сумње стечајног управника. У том смислу, потребно је да постоје документи или свједоци који ће подржати односно доказати наводе стечајног управника.[33] Иако је овај услов разуман, јер спречава расипање средстава Фонда на истраге и покретање поступака који немају шансе за успјех, ипак то подразумијева да стечајни управник прије него што уопште поднесе захтјев за одобравање средстава из Фонда мора да обави велики дио посла о сопственом трошку или уз финансирање ових трошкова од стране повјерилаца.[34]

3.3. Финска

Финско стечајно законодавство је специфично по томе што познаје могућност да се стечајни поступак, који би иначе био закључен усљед незнатне вриједности стечајне масе, настави као тзв. “јавна истрага” *(Julkisselvitys*), именовањем јавног стечајног управника, чији се рад (као и остали трошкови овог поступка) финансира из јавних средстава. Наиме, када дужник нема довољно имовине за спровођење стечајног поступка, а нико од највећих повјерилаца не преузме обавезу плаћања трошкова поступка, опште правило финског стечајног права, слично као и у домаћем праву, је да суд, на захтјев стечајног управника, закључује стечајни поступак. Уз захтјев за закључење поступка због недовољности стечајне масе, стечајни управник доставља попис имовине и обавеза, опис стечајног дужника и процјену

стечаја, са сврхом избјегавања плаћања обавеза према повјериоцима, нарочито пореских обавеза и обавеза према запосленима. Више вид. И. Радић, „Феникс се поново рађа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 88/2020, 247–269.

[33] ASIC, Regulatory Guide 28, 15.

[34] J. Hedges *et al*., “The Potential Economic Gains from Increasing Public Law Enforcement against Illegal Phoenix Activity”, *Monash University Law Review*, Vol 44, No 1, 278.

трошкова стечајног поступка, као и доступна средства за њихово покриће. Још једна специфичност финског стечајног права је постојање Омбудсмана за стечај. Закон о стечају (*Konkurssilaki*, даље у тексту: *KonkL*) предвиђа обавезу стечајног управника, да прије подношења захтјева за закључење стечајног поступка суду, захтјев уз наведене прилоге, достави Омбудсману за стечај, великим повјериоцима и самом стечајном дужнику. На захтјев Омбудсмана за стечај, суд може одлучити да се стечај настави као “јавна истрага” коришћењем јавних средстава, односно именовањем јавног стечајног управника (*Julkisselvittäjä*), уколико нађе да је то оправдано с обзиром на недовољност стечајне масе, потребу да се детаљније испита стечајни дужник односно његово пословање или из неког другог посебног разлога.[35]

Јавни стечајни управник (*Julkisselvittäjä)* у суштини има исте дужности као и редован стечајни управник (*Pesänhoitaja*), и мора да испуњава исте квалификације, а именује га Омбудсман за стечај. У пракси, уобичајено се стечајни управник који је водио поступак именује за јавног управника, с обзиром на то да он има највише информација и знања о стечајном дужнику. Његовим именовањем престају овлашћења и обавезе стечајног управника и стечајних повјерилаца. Трошкови овог поступка (од тренутка када редован стечајни поступак пређе у “јавну истрагу”) се покривају из буџета, у мјери у којој стечајна маса није довољна за њихово покриће, док одлуку о висини накнаде за јавног стечајног управника доноси Омбудсман.[36]

Основни циљ спровођења “јавне истраге” у стечају је спречавање привредног криминала повезаног са стечајем и борба против сиве економије. Стога не чуди податак да је у око 75% случајева “јавна истрага” у стечају покренута због сумње да је извршено неко кривично дјело од стране стечајног дужника, односно одговорних лица у стечајном дужнику, док је у преосталим случајевима разлог било утврђивање имовинскоправне одговорности одређених лица или побијање правних радњи стечајног дужника.[37] Важно је примијетити да Закон даје могућност да се јавна истрага у стечају спроведе и “из других посебних разлога”, не прецизирајући који су то посебни разлози, чиме се постиже флексибилност и могућност да се ова одредба искористи и у неким посебним, непредвидивим ситуацијама.[38] У сваком случају, наставак стечајног поступка употребом јавних средстава

[35] Konkurssilaki 20.2.2004/120 (даље у тексту: *KonkL),* 11.1.

[36] *KonkL*, 11.3.

[37] *https://www.konkurssiasiamies.fi/fi/index/konkurssijayrityssaneeraus/julkisselvitys.html*.

[38] *KonkL*, 11.1.

у ситуацији када је имовина стечајног дужника незнатна, има за циљ да спријечи да злоупотребе, незаконито и несавјесно пословање остану скривени и “сахрањени” заједно са привредним друштвом које је престало да постоји.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Стечајни поступци у којима је имовина дужника недовољна за покриће трошкова поступка нису проблематични само са аспекта необезбијеђених повјерилаца, који у тој ситуацији остају у цијелости ненамирени, већ имају шире друштвене посљедице. Наиме, чињеница да је стечајни дужник „празна љуштура“ без било какве имовине ствара сумњу у његово законито и поштено пословање. Уколико се стечајни поступак не спроводи (односно уколико се закључи одмах по отварању) усљед недовољности имовине дужника, то значи да стечајни управник неће имати прилику да испита разлоге који су довели до стечаја и евентуалну одговорност лица која су учинила повреду дужности према друштву или основе за побијање правних радњи стечајног дужника. Повјериоци, као што смо већ објаснили, најчешће немају довољно информација да покрећу овакве поступке, а у ситуацији када је друштво већ у стечају и покаже се да је имовина незнатна, мало је вјероватно да ће имати подстицај да улажу додатна средства у неизвјесне судске поступке. Стога, различите злоупотребе друштва, повреде дужности према друштву, преноси имовине без накнаде или уз незнатну накнаду и сл., могу остати „закопани“ заједно са друштвом које је престало да постоји кроз стечајни поступак закључен усљед недовољности имовине дужника. То, са једне стране, дјелује стимулативно на лица која управљају другим друштвима да на исти начин „извуку“ имовину из друштва и кроз стечај избјегну обавезе према повјериоцима, док са друге стране, подрива повјерење у правни систем, ствара непоштено пословно окружење и општи утисак да непоштено пословање пролази некажњено. Уколико је број поступака у којима су стечајни дужници без имовине, то може имати негативне реперкусије и на укупну економију државе, јер утиче на ланце снабдијевања, као и на доступност зајмова и кредита.

Иако се снажно залажемо за омогућавање финансирања стечајних поступака у којима дужник нема довољно имовине из јавних средстава (уз испуњеност одређених услова), не смијемо пренебрегнути бројне изазове са којима би се законодавац неминовно сусрео. На првом мјесту, ту је проблем финансирања, односно ограничених буџетских средстава доступних за ту намјену. Поред директног финансирања из буџета, могуће је дио средстава прикупити увођењем новог доприноса за све пословне субјекте, али на тај начин би се тро-

шак оваквих стечајних поступака и непоштено пословање појединих субјеката који су „испразнили“ друштво којим су управљали да би изиграли повјериоце, ставило на терет солвентних пословних субјеката који поштено послују. Осим тога, није једноставно одредити висину таквог доприноса, који би са једне стране, требало да покрије трошкове оваквих поступака, а са друге стране, да не представља значајно оптерећење пословним субјектима. Друга могућност је да се прикупља накнада из стечајних поступака у којима стечајни дужник има имовине, односно да се прије расподјеле средстава повјериоцима, издвоји одређен износ намијењен финансирању стечајних поступака без имовине. У Хрватској, примјера ради, подносилац приједлога за отварање стечајног поступка обавезан је уплатити 1000,00 куна у Фонд за намирење трошкова поступка (а поред тога, по налогу суда додатни износ предујма који не може прећи 20.000,00 куна).[39] Изузетак су радници и бивши радници који подносе приједлог ради намирења својих потраживања по основу рада, Финансијска агенција и Република Хрватска, који не морају уплатити предујам, те се он намирује из Фонда.[40] Питање је, међутим, да ли и у којој мјери овај додатни трошак дјелује дестимулативно на подносиоце приједлога за отварање стечајног поступка.

Други битан задатак законодавца је да утврди критеријуме, односно услове под којима би повлачење јавних средстава било допуштено. Ту је потребно наћи баланс, јер уколико би услови за додјелу ових средстава били превише флексибилни, могло би се, примјера ради, догодити да стечајни управници уопште не воде рачуна о томе да ли лице које тужи има могућност да изврши обавезу утврђену судском пресудом, те да користе ове одредбе како би увећали своју накнаду. Осим тога, потребно је јасно дефинисати да ли је примарни циљ финансирања оваквих стечајних поступака заштита необезбијеђених повјерилаца или спречавање злоупотреба привредних друштава и незаконитог пословања. Иако се ова два циља међусобно не искључују, од њих ће зависити како ће бити одређени услови за додјелу средстава.

У раду смо презентовали на који начин Аустралија, Холандија и Финска приступају проблему стечаја у којима је имовина стечајног дужника незнатна. Нама се чини да холандско рјешење има највише предности и да би са одређеним прилагођавањима домаћем правном и пословном окружењу допринијело не само већој наплати необезбије-

[39] Стечајни закон, чл. 114, ст. 1.
[40] *Ibid.*, ст. 3.

ђених повјерилаца, него би дјеловало на јачање пословне дисциплине, одговорности и поштеног пословања.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Van Dijck, Gijs, “How to Fund Assetless Estates in Insolvency? Assessing European Funding Mechanism”, *ECFR* 2/2014;
2. Goode, Roy, *Principles of Corporate Insolvency Law – Student edition*, Sweet & Maxwell, London 2011;
3. Eidenmueller, Horst G. M., *Comparative Corporate Insolvency Law* (June 23, 2016). European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 319/2016, Oxford Legal Studies Research Paper No. 30/2017;
4. Jackson, H. Thomas, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University Press 1986;
5. Keay, Andrew, Walton, Peter, *Insolvency Law: Corporate and Personal*, Pearson – Longman 2003;
6. Madaus, Stephan, “Abuse of Companies in Insolvency Law”, *Abuse of Companies* (ed. Birkmose S H., Neville M. & Sorensen Engis K.), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2019;
7. Милијевић, Недељко, Чоловић, Владмир, *Стечај: теорија – пракса*, Удружење правника у привреди, Бања Лука 2020;
8. Радић, Ирена, „Феникс се поново рађа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 88/2020;
9. Радовић, Вук, *Коментар Закона о стечају са одабраном судском праксом и подзаконским прописима*, Службени гласник, Београд 2022;
10. Радовић, Вук, *Стечајно право – књига прва*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2018;
11. Ridder, de, Ko., Beukers, Mark, Koning, Jeroen, Lennarts, Loes, Verstijlen, F. M. J, *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren* 2012. Rijksuniversiteit Groningen / Pro Facto;
12. Hedges, Jasper, Ramsay, Ian, Welsh, Michelle, Anderson, Helen, “The Potential Economic Gains from Increasing Public Law Enforcement against Illegal Phoenix Activity”, *Monash University Law Review*, Vol 44, No 1.

Правни прописи и документи

1. ASIC, Regulatory Guide;
2. Закон о стечају, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 16/2016;
3. Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/2017 и 104/2018 – УС;

4. Regeling van de Minister voor Rechtsbescherming van 21 maart 2023, nr. 3533353, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2023), Staatscourant no. 9704;
5. Стечајни закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 71/2015, 104/2017 и 36/2022;
6. UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2006.

Senior Teaching Assistent Irena Radić, LL.M.

Faculty of Law, University of Banja Luka

DELVING INTO THE POSSIBILITIES OF FUNDING THE INSOLVENCIES OF ASSETLESS ESTATES

Summary

According to the Insolvency Act of Republika Srpska, the costs of the bankruptcy proceedings are to be paid from the bankruptcy estate before any creditors. However, if the debtor's assets are insufficient to cover these costs and the creditors (or other interested parties) do not make an advance payment for the costs, the bankruptcy court will dismiss the request to open bankruptcy proceedings. Namely, the bankruptcy proceedings are financed primarily from the bankruptcy estate. If the estate cannot cover the proceedings' costs, interested parties, primarily creditors, will be expected to finance the proceedings. However, creditors are often reluctant to prepay the costs, especially when the debtor's assets are insignificant, as it increases the debt the debtor already owes them with a dubious chance of recovery. This is probably why more than half of the bankruptcy proceedings are terminated due to insufficient bankruptcy estate, meaning no distribution of assets to the creditors.

While there may be many reasons why a bankrupt's assets may be of little value, it raises suspicions about its lawful and honest business dealings. Therefore, it is crucial to investigate the reasons that led to the bankruptcy and whether there are grounds to challenge the debtor's actions or potentially hold certain individuals criminally or civilly liable. This paper compares approaches to this problem in the Netherlands, Australia, and Finland and proposes a possible solution compatible with the domestic legal and business environment.

Key words: *Assetless insolvency; Funding mechanisms in insolvency; State funding of assetless estates in insolvency; Public interest in insolvency; Abuse of companie; Actio Pauliana.*

М. Момчилов, *Уговор о сефу – проблем и значај одређивања правне природе*, Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, Источно Сарајево 2023, стр. 663–685.

УДК/UDC 347.4
336.71
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Милена Момчилов, истраживач – приправник

Институт за упоредно право, Београд

УГОВОР О СЕФУ – ПРОБЛЕМ И ЗНАЧАЈ ОДРЕЂИВАЊА ПРАВНЕ ПРИРОДЕ[1]

Одређење правне природе уговора од великог је теоријског, али и практичног значаја. У ситуацији када одређено питање у вези са конкретним уговором није посебно уређено правилима тог уговора, проналажење меродавних прописа претпоставља утврђивање његове правне природе. Док, са једне стране, одређење правне природе уговора у правној теорији и пракси обично не изазива нарочите дилеме, дотле, са друге стране, у погледу појединих уговора питање правне природе постаје предмет великих дискусија. Када је реч о уговору о сефу, у упоредноправној теорији не постоји јединствен одговор на питање у чему се састоји његова правна природа. Такође, правно уређење овог уговора је у већини правних система рудиментарно. Имајући то у виду, одређење правне природе уговора о сефу постаје нарочито значајно.

У овом раду, аутор настоји да прикаже анализу уговора о сефу у покушају утврђивања његове правне природе, уз указивање на значај, али и проблеме њеног одређења, те на различитост у схватањима правне теорије и праксе када је реч о овом питању. У раду је покушано да се, методом упоређивања уговора о сефу са појединим уговорима грађанског права, утврди са којим од тих уговора уговор о сефу дели највише карактеристика, те правила ког уговора су најподобнија за сходну примену на неуређена питања уговора о сефу. Другим речима, уз уважавање чињенице да уговор о сефу има велики број особина по којима се разликује од других уговора, покушано је да се, упоредним методом, утврди која би правила грађанског права логички била најадекватнија за сходну примену на уговор о сефу. На тај начин, одређење правне природе уговора о сефу добија подједнак теоријски и практичан значај, решавајући велики број практичних проблема, а истовремено служећи даљем развоју правне мисли.

Кључне речи: Уговор о сефу; Сеф; Правна природа; Закуп; Остава; *Sui generis* уговор.

Милена Момчилов, *m.momcilov@iup.rs*, *ORCID: 0000-003-0707-9711*.

[1] Рад представља измењену и скраћену верзију мастер рада одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Уговор о сефу познат је готово свим правним системима. Тако је и српски законодавац, имајући у виду његове специфичности и његов све већи практични значај, овај уговор регулисао као посебан именовани уговор. Према законској дефиницији, уговор о сефу представља уговор у коме се обавезује банка да стави на употребу кориснику сеф за одређени период времена, а корисник се обавезује да за то плати банци одређену накнаду.[2]

Иако именовани уговор, правила српског права која га уређују нису детаљна, тако да многа питања која се у вези са овим уговором могу поставити остају непокривена. Којим ће се правилима попунити правне празнине, зависи пре свега од правне природе уговора о сефу. Уопштено, правну природу било ког уговора може представљати искључиво уговор који је по логици, суштини и начину функционисања у довољној мери сличан уговору чија се правна природа одређује. Такође, да би одређење правне природе уговора имало, поред теоријског, и практични значај, правну природу уговора искључиво треба тражити међу именованим уговорима. Како неименовани уговори ни сами нису уређени законом, отуда ни констатација да неименовани уговор представља правну природу неког уговора не би решила практични проблем одређивања меродавних прописа за попуњавање правних празнина.

У правној теорији разликује се неколико схватања о правној природи уговора о сефу. На једној страни су аутори који стоје на становишту да је уговор о сефу по својој правној природи уговор о остави. Друга група аутора сматра да се правна природа уговора о сефу „крије“ у уговору о закупу. Трећи, пак, уговор о сефу третирају као мешовит уговор са, пре свега, елементима уговора о закупу и уговора о остави. Најзад, четврта група аутора је схватања да од одређења правне природе уговора о сефу треба одустати из разлога његовог значајног разликовања од других уговора, те га, као таквог, сматрају специфичним (*sui generis*) уговором.

2. СЕФ И ОСТАВА

2.1. Начелна разматрања

Историјски посматрано, у покушају одређења правне природе уговора о сефу, најпре су се јавила схватања о остави као правној

[2] Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, чл. 1061, ст. 1.

природи овог уговора.[3] Аутори који заступају ово становиште полазе од одређења уговора о сефу као депозитног банкарског посла.[4] Такође, у теорији се уочило да се смисао уговора о сефу, баш као и уговора о остави, састоји у чувању ствари, те да из тог разлога његову правну природу треба тражити у уговору о остави.[5] Штавише, традиционални назив за уговор о сефу био је трезорна остава, што је ауторима овог става представљало додатни аргумент.[6] Чини се, ипак, да назив једног уговора ни у ком случају не сме определити његову квалификацију, па ни прејудицирати његову правну природу.[7] *A contrario*, одређивању правне природе уговора, како је већ поменуто, треба да претходи анализа његове суштине, логике и начина функционисања.

2.2. Остава као могућа правна природа уговора о сефу

Према српској позитивноправној дефиницији, уговор о остави је уговор којим се један уговорник (оставопримац) обавезује да уз награду или без ње, прими покретну ствар другог уговорника (оставодавца), да је чува и да је врати кад је овај буде затражио.[8] Шире гледано, уговор о сефу дели одређене особине са уговором о остави.

Наиме, чување ствари на сигурном, безбедном месту разлог је закључења како уговора о остави, тако и уговора о сефу. Као што оставодавац закључује уговор о остави, те предаје одређену ствар оставопримцу на чување, тако и корисник закључује уговор о сефу како би обезбедио чување ствари у сигурном простору. Ипак, чување као разлог закључења уговора треба разликовати од чувања као карактеристичне престације. Тако, чување ствари као кауза закључења уговора не значи аутоматски и постојање обавезе неке од уговорних страна да ствар чува. Тако, иако се, како је наведено, и уговор о сефу и уговор о остави закључују ради чувања ствари, разлике, ипак, постоје на плану карактеристичних престација. Док оставодавац, са једне стране, поверава оставопримцу ствари на чување, дотле, са друге

[3] Б. Т. Благојевић, *Посебни део облигационог права*, Београд 1939, 205; Б. Лоза, *Облигационо право – посебни дио*, Сарајево 1977, 183.

[4] Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Трговинско право*, Београд 2020, 516.

[5] M. Esper *et. al*., *Manual de contratos civiles y comerciales*, parte especial, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 2011, 690.

[6] Ово је таква врста оставе код које банка у својим просторијама ставља своме комитенту на располагање одређене сигурносне преграде (касета, кутија, трезор, сеф) у коме овај чува одређене ствари веће вредности (драгоцености, хартије од вредности и сл.). С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 754.

[7] „За оцену правне природе неког односа није битно како је исти означен, већ каква је његова садржина (*falsa nominatio non nocet*).“ Пресуда Привредног апелационог суда у Београду, 4 Пж 5454/19 од 11. марта 2020. године.

[8] ЗОО, чл. 712, ст. 1.

стране, из уговора о сефу не произлази обавеза даваоца сефа да чува ствари које се у сеф похрањују, о чему ће касније бити речи.

Поред чувања као каузе закључења уговора (чувања у ширем смислу), уговор о сефу и уговор о остави чине се сличним и по томе што ни оставопримац (осим код неправе оставе), ни банка нису овлашћени да користе ствари које су предмет чувања. Ипак, док оставопримац, пријемом ствари на чување постаје непосредни држалац примљене ствари, те је фактички у могућности да је користи,[9] давалац сефа ни у једном тренутку не стиче државину на стварима у сефу, те самим тим, коришћење ствари од стране даваоца сефа није ни фактички могуће. О државини на сефу и стварима из сефа биће речи касније.

Чини се да запажене сличности ова два уговора нису довољне за квалификацију уговора о сефу као уговора о остави. Штавише, далеко бројније и значајније разлике између ова два уговора говоре у прилог томе да се остава не би требало сматрати правном природом уговора о сефу.

Прва разлика може се уочити на плану битних елемената уговора. Наиме, битни елементи уговора о сефу су одређење сефа, време на које је банка дужна да стави сеф кориснику на употребу, те накнада коју корисник сефа плаћа банци за пружену услугу.[10] Дакле, није потребно да сауговорници предвиде које ствари ће корисник сефа положити у сеф.[11] Уместо одређења ствари, значај битног елеметна уговора о сефу има одређење самог сефа (простора за чување ствари).[12]

---

[9] Иако је коришћење ствари фактички изводљиво, оставопримцу је забрањено да употребљава ствар која му је дата на чување, осим у случају неправе оставе. Вид. ЗОО, чл. 716, ст. 1.

[10] Б. Лоза, „Уговор о сефу“ (чл. 1061), *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Б. Т. Благојевић, В. Круљ), Савремена администрација, Београд 1983, 2153.

[11] И. Јанковец, *Привредно право*, Београд 1999, 604; М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2018, 393.

[12] Законом о облигационим односима је, системом негативне генералне клаузуле, утврђено које ствари корисник сефа не сме ставити у сеф (предмет или производ који може угрозити сигурност банке или других сефова). ЗОО, чл. 1063, ст. 1. Начелно, у сеф се може похранити било која ствар, уз поштовање прописаног законског ограничења. У случају повреде прописане забране, банци је дато право да изјави раскид уговора. ЗОО, чл. 1063, ст. 2. Банке често општим условима пословања наводе, exempli causa, које се ствари могу похранити у сеф (драгоцености, вредносни папири, документа и сл.), као и ствари које се у сеф не смеју уносити (запаљиви и експлозивни предмети и ствари, односно било шта што може да угрози сигурност других клијената, запослених и просторија банке или оштети сефове и њихов садржај). НЛБ Комерцијална банка ад Београд, Издавање сефова, Сефови НЛБ Комерцијалне банке – чувари Ваших вредности, *https://www.kombank.com/sr/-stanovnistvo/ostalo/izdavanje-sefova*, 15. јул 2022.

Супротно, код уговора о остави, одређење ствари која се предаје оставопримцу на чување представља елемент у погледу кога се уговорне стране морају споразумети да би уговор пуноважно могао настати.

Даље, ова два уговора разликују се на плану обавезе чувања ствари. За разлику од оставе, код уговора о сефу нема предаје ствари на чување.[13] Уместо на чување ствари, банка се обавезује да кориснику стави одређени сеф на упоребу. Другим речима, банка се обавезује да кориснику омогући приступ унутрашњости сефа (што чини предајом кључева – симболичка предаја). Стога, полагање ствари у сеф не третира се њиховом предајом банци на чување.

Такође, како је већ поменуто, банка ни у једном тренутку не стиче државину на стварима похрањеним у сеф, већ исту задржава корисник, као једини овлашћен да тој ствари приступи. Супротно, код оставе, предаја ствари на чување значи и пренос државине на предметној ствари са оставодавца на оставопримца.

Наредна разлика уочава се на плану одговорности. Банка је по основу уговора о сефу дужна да се стара о чувању неповредивости сефа, те да предузима потребне мере обезбеђења доброг стања сефа и надзора над њим (обавеза старања о интегритету сефа).[14] У вези са тим, приступ сефу може се дозволити само кориснику, односно његовом пуномоћнику.[15] Отуда, банка није ни одговорна за ствари похрањене у сеф. За евентуално уништење или оштећење ствари, одговорност банке може се засновати само ако корисник докаже да је пропаст, односно оштећење последица повреде обавезе банке да се стара о интегритету сефа.[16] Другим речима, уколико, на пример, банчиним пропустом, треће неовлашћено лице приступи унутрашњости сефа, те ствари из сефа нестану, или буду оштећене, корисник ће моћи да позове банку на одговорност, али не због неадекватног чувања ствари, већ због повреде обавезе старања о неповредивости сефа.[17]

---

[13] М. Васиљевић, (2018), 393–394; M. C. Quaglia, S. W. Verdura, *Contratos bancarios: locacion de cajas de seguridad*, Lexis Nexis Jurisprudencia, Argentina 2003-III-1054, *http://www.saij.gob.ar/marcelo-qualgia-contratos-bancarios-locacion-cajas-seguridad-dasa050090/123456789-0abc-defg0900-50asanirtcod*, 10. јул 2022.

[14] М. Васиљевић, (2018), 394.

[15] ЗОО, чл. 1062.

[16] И. Јанковец, 604–605; С. Шогоров, *Банкарско право*, Пословни биро, Нови Сад 2004, 99.

[17] Према ставу судске праксе, „банка је дужна да клијенту накнади штету због нестанка новца и ствари похрањених у сеф код банке, која је проузрокована кривичним делом тешке крађе од стране непознатог учиниоца“ јер „банка, у извршавању своје уговорне обавезе из своје професионалне делатности није поступила са повећаном пажњом и према правилима струке (члан 18, ЗОО) како би

Следећа разлика тиче се обавезе враћања ствари.[18] Док је код уговора о остави оставопримац дужан да оставодавцу врати ствар предату на чување, код уговора о сефу банка ту обавезу нема, имајући у виду да код уговора о сефу нема ни пријема ствари на чување, те логично нема ни враћања. Закључењем уговора о сефу корисник стиче право употребе одређеног сефа у уговореном временском периоду. Као противчинидбу, корисник је дужан да банци плаћа одређену накнаду. Обавеза плаћања накнаде не зависи од тога да ли је корисник похранио ствар у сеф, нити висина накнаде од тога колико је дуго ствар била похрањена. Последично, корисник сефа плаћа банци накнаду чак и ако је сеф све време празан,[19] а висина накнаде се унапред уговара, те зависи од типа сефа (квалитета) и временског периода у коме је давалац сефа у обавези да стави предметни сеф на употребу кориснику. Могуће је да корисник у сеф најпре похрани једну ствар, а да након тога ту ствар „подигне“ из сефа, па у исти сеф смести неку другу ствар, или пак остави сеф празан до истека времена трајања уговора.[20] Са друге стране, евентуална накнада коју оставодавац плаћа оставопримцу представља противчинидбу за чување ствари.

2.2.1. Могућност „подизања“ похрањених ствари пре истека уговора

Код уговора о остави често се, како у теорији, тако и у пракси, поставља питање може ли оставодавац узети ствар (предмет оставе) назад пре истека уговора. Владајуће је схватање да оставодавац може тражити да му се ствар врати и пре истека рока, изузев кад рок није уговорен искључиво у интересу оставодавца.[21] Сматра се да је рок уговорен у искључивом интересу оставодавца онда када је остава бестеретна. Међутим, уколико је уговорена теретна остава, не би се *a priori* смело тврдити да је рок важења уговора одређен у искључивом интересу оставодавца. Ипак, уколико би се оставодавцу ускратило право да поврати ствар и пре протека уговореног рока, он би био онемогућен да ствар користи све док се она налази код оставопримца, што нарочито не би било оправдано уколико се предмет оставе може користити у сврхе привређивања. Чини се да би из потребе успостављања обостране заштите најадекватније било прихватити компромисно решење: допустити оставодавцу превремено подизање ствари, али

обезбедила добро стање сефа и надзор над њим, односно онемогућила приступ сефу неовлашћеним лицима (члан 1061 и 1062, ЗОО)“. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2285/2018 од 20. септембра 2018. године.

[18] M. C. Quaglia, S. W. Verdura.

[19] Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 517.

[20] И. Јанковец, 605.

[21] ЗОО, чл. 718, ст. 2.

уз признање оставопримцу права на наплату пуног износа уговорене накнаде.[22]

Код уговора о сефу, како је већ поменуто, уговорне стране су дужне да предвиде у ком је року банка дужна да стави сеф на употребу кориснику. Корисник сефа је у могућности да дискреционо одлучује у ком тренутку ће „подићи“ ствар коју је у сеф претходно одложио,[23] а све до истека уговореног рока биће дужан да банци плаћа уговорену накнаду.[24] И у овом случају би се могло рећи да постоји компромис и уједначена заштита интереса обеју уговорних страна.

Разлика се такође може уочити у томе што, код уговора о остави, моментом када оставодавац „подигне“ ствар, уговор престаје да важи. Поновно чување ствари код оставопримца изискивало би и поновно закључење уговора о остави. Код уговора о сефу, пак, корисник сефа током трајања уговора може полагати и подизати једну исту или више различитих ствари више пута, при чему подизањем ствари уговор о сефу не престаје.

2.2.2. Туђа ствар у сефу

Правила уговора о остави изричито предвиђају могућност да предмет оставе буде и туђа ствар.[25] Међутим, полазећи од принципа савесности, закон посвећује и посебну пажњу питању оставе украдене ствари. Тако, ако се у случају оставе туђе ствари појави њен власник са захтевом за повраћај, оставопримац је дужан да о тужби обавести оставодавца, те да суду саопшти које лице му је спорну ствар предало на чување.[26] Уколико треће лице успе да докаже своје право својине на предметној ствари, успеће и да од оставопримца поврати државину на тој ствари.

Поставља се питање да ли би се, у случају када се у сеф похрани туђа ствар, могла сходно применити правила уговора о остави, имајући у виду да правила уговора о сефу ово питање не уређују. Чини се да је законодавац, прописивањем које се ствари могу (односно не

[22] Такав став је у делу правне теорије заступљен код уговора о ускладиштењу, који представља оставу у привреди. Вид. И. Јанковец, „Уговор о ускладиштењу“ (чл. 737), *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, (ур. С. Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 1271. Чини се прихватљивим заступати овај став и у погледу грађанскоправне теретне оставе.

[23] Вид. И. Јанковец, 605.

[24] Штавише, у случају да корисник не плати макар један оброк уговорене накнаде, банци се пружа могућност да уговор о сефу раскине једностраном изјавом воље. Вид. ЗОО, чл. 1064, ст. 1

[25] ЗОО, чл. 713, ст. 1.

[26] ЗОО, чл. 713, ст. 2.

могу) положити у сеф, имао интенцију да заштити банку и кориснике других сефова од смештања у сеф опасних ствари. Имајући то у виду, може се закључити да, по слову закона, не постоје сметње за полагање туђе ствари у сеф (под претпоставком да није опасна, те не угрожава сигурност банке и других сефова). У том случају, поставља се питање има ли места сходној примени поменуте одредбе уговора о остави?

Имајући у виду различитост у погледу функционисања ова два уговора, чини се да на постављено питање треба одговорити негативно. Ово из разлога што корисник сефа не предаје ствар банци на чување. Тако, ни виндикациони захтев власника ствари против банке не би био основан.[27] Уколико би власник ствари захтевао од банке повраћај, она не би могла одговорити на захтев власника, имајући у виду њену обавезу старања о неповредивости сефа, као и чињеницу да банка не зна које се ствари у сефу налазе.

2.2.3. Правне последице пропасти ствари

Суштина уговора о остави се огледа у чувању ствари која је предмет оставе. С обзиром на то, пропаст исте нужно има за последицу престанак уговора. Супротно, у погледу уговора о сефу, пропаст ствари коју је корисник положио у сеф не повлачи за собом и престанак уговора о сефу, већ он опстаје до истека рока на који је уговор закључен, или до престанка по правилима о престанку уговора, што представља још једну разлику која говори у прилог томе да оставу не би требало сматрати правном природом уговора о сефу.

2.3. Закључна разматрања

Иако је уговор о сефу, као и уговор о остави, настао из потребе чувања ствари на сигурном, описане разлике између ова два уговора преовлађују у односу на сличности. Тако, различитости у погледу функционисања ова два уговора негирају оставу као правну природу уговора о сефу. Правила уговора о остави тешко је, па и немогуће сходно применити на неуређена питања везана за уговор о сефу. Из ових разлога, правну природу уговора о сефу не треба тражити у уговору о остави.

[27] Један од услова за основаност реивиндикационог захтева је да субјект против кога је захтев усмерен има државину у погледу ствари чији се повраћај тражи. Вид. О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 123–134; Закон о основама својинскоправних односа – ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ* бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон, чл. 37.

3. СЕФ И БАНКАРСКИ НЕНОВЧАНИ ДЕПОЗИТ

Уговор о банкарском неновчаном депозиту представља такав правни посао на основу ког депонент предаје банци на чување одређене телесне покретне ствари, уз плаћање одређене накнаде, а банка се обавезује да примљене ствари чува са пажњом доброг стручњака и да их врати депоненту сагласно условима уговора.[28] Као и код уговора о сефу, смисао уговора о банкарском неновчаном депозиту састоји се у чувању одређених ствари код банке, те се на овој линији може уочити њихова сличност.

Међутим, разлике између ова два уговора су далеко бројније. У зависности од тога да ли је реч о отвореном или затвореном депозиту, разлике могу бити изражене у већој или мањој мери. Отворени неновчани депозит постоји у ситуацији када депонент предаје банци на чување одређену неупаковану ствар.[29] Депозитар је дужан да примљену ствар чува са пажњом доброг стручњака, те да је депоненту врати неоштећену на начин предвиђен уговором. Код сефа пак, банка не прима ствар на чување, а самим тим нема ни обавезу да је чува, односно да је врати кориснику.[30] Штавише, како се правна природа уговора о неновчаном депозиту огледа у уговору о остави,[31] сви разлози против квалификације сефа као оставе важе и овде.

Затворени неновчани депозит пак подразумева предају банци на чување одређене упаковане ствари.[32] По основу овог уговора банка није дужна да чува саму ствар, већ да се стара о неповредивости паковања (омота, кутије) у коме се ствар налази. Стога, банка не одговара депоненту за уништење или оштећење ствари, под претпоставком да је паковање (кутија) у коме се ствар налазила остало неоштећено.[33] На овој линији може се уочити да сличност између ова два уговора није довољна за квалификацију уговора о сефу као уговора о затвореном неновчаном депозиту.[34] Ово, пре свега, из разлога што уговор о затвореном неновчаном депозиту у суштини представља врсту уговора о остави, тако да сви аргументи против квалификације сефа као оставе важе и овде. Такође, како уговор о затвореном ненов-

[28] М. Васиљевић, (2018), 388; И. Јанковец, 602.

[29] И. Јанковец, 603; С. Јовановић, *Трговинско право*, Београд 2020, 139.

[30] О разлици између уговора о банкарском неновчаном депозиту и уговора о сефу, вид. А. Катунарић, *Банка – принципи и пракса банковног пословања*, треће издање, Загреб 1981, 247–248.

[31] И. Јанковец, 602; М. Васиљевић, (2018), 388; С. Јовановић, 139.

[32] И. Јанковец, 603.

[33] Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 499.

[34] F. Gschnitzer, *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz*, Wien 1963, 8.

чаном депозиту у српском праву представља неименовани уговор,[35] отуда ни из практичних разлога не би било прихватљиво држати да се у овом уговору огледа правна природа уговора о сефу.

4. СЕФ И ДЕПОНОВАЊЕ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

Закон о облигационим односима уређује уговор о депоновању хартија од вредности као посебан именовани уговор.[36] Реч је о уговору на основу кога се једна уговорна страна (депозитар) обавезује другој уговорној страни (депоненту) да прими одређене хартије од вредности, да их чува, да њима управља, те да их врати другој уговорној страни на њен захтев, а депонент се обавезује да за то плати одређену накнаду.[37]

Иако и уговор о сефу и уговор о депоновању хартија од вредности обезбеђују сигурност у чувању хартија од вредности, постоје значајне разлике између њих. Прво, у сефу се могу чувати како хартије од вредности, тако и друге прикладне покретне ствари, док се уговор о депоновању хартија од вредности односи само на чување хартија од вредности. Међутим, у сефу се, са једне стране, могу чувати само оне хартије од вредности које постоје у физичком облику, док, са друге стране, уговор о депоновању хартија од вредности, поред њих, омогућава и чување дематеријализованих хартија од вредности.

Треће, чување ствари не представља обавезу банке код уговора о сефу. Супротно, једна од основних обавеза банке код уговора о депоновању хартија од вредности тиче се управо чувања хартија од вредности.

Четврто, код уговора о депоновању хартија од вредности, банка је у обавези да, поред чувања, предузима и радње управљања хартијама од вредности.[38] Супротно, банка као давалац сефа нема ни обавезу чувања, а још мање обавезу управљања хартијама од вредности.[39] Закључује се да, с обзиром на бројне суштинске разлике, уговор о депоновању хартија од вредности не решава питање правне природе уговора о сефу.

---

[35] Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 498.

[36] Вид. ЗОО, чл. 1047 и 1051.

[37] Вид. М. Радовић, *Чување и администрирање (депозит) хартија од вредности*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 26.

[38] Администрирање хартија од вредности подразумева предузимање радњи усмерених на вршење и очување права из хартија од вредности. Вид. М. Радовић, 353 и даље.

[39] О разликама између уговора о сефу и уговора о депоновању хартија од вредности, детаљније вид. М. Радовић, 37–38.

5. ЗАКУП КАО ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О СЕФУ

5.1. Начелна разматрања

У модерној правној теорији доминантно је становиште да се правна природа уговора о сефу крије у уговору о закупу.[40] Такво мишљење теорије прихватила је и пословна пракса, о чему, пре свега, сведочи терминологија општих услова пословања банака у којима се помиње „изнајмљивање“ сефова. Полазиште овог схватања правне природе уговора о сефу је његова квалификација као услужног банкарског посла.[41]

У српском праву, уговор о закупу је уговор којим се један уговорник (закуподавац) обавезује да преда одређену непотрошну ствар другом уговорнику (закупцу), а овај се обавезује да му за то плаћа одређену накнаду (закупнину) и да му по истеку одређеног времена исту ствар врати.[42] Из дефиниције уговора уочљиве су и његове сличности и разлике са уговором о сефу.

5.2. Закуп као могућа правна природа уговора о сефу

Између уговора о сефу и уговора о закупу могу се уочити многе сличности. Прво, закуподавац је у обавези да закупцу стави на употребу одређену непотрошну ствар. Слично, банка се обавезује да кориснику стави сеф на употребу одређено време. Друго, закупац и корисник сефа, као носиоци некарактеристичне престације, у обавези су да својим сауговорницима плаћају одређену накнаду као противчинидбу за пружену услугу.

У начину функционисања ова два уговора чини се да нема битнијих разлика. Закупцу, односно кориснику сефа омогућено је да користе предмет уговора одређено време, за шта су у обавези да плаћају накнаду својим сауговорницима. Правно посматрано, уговором о сефу омогућава се кориснику искључива употреба сефа. Тек након тога се поставља питање шта ће корисник сефа држати, односно, да

---

[40] С. Шогоров, 98; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 516; T. Klanten, *Bankrechts-Handbuch – Band I*, 4 Auflage (Hrsg. H. Schimansky, H-J. Bunte, H-J. Lwowski), München 2011, 2155; G. Augustin, W. Kregel, H. Pikart (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, Band III, 1. teil, Walter de Gryter, Berlin – New York 1979, 41; E. Jaeger, *Konkursordung mit Einfuhrungsgesetzen* (Hrsg. F. Lent, F. Weber), 8. Auflage, Band I., Walter de Gryter & CO, Berlin 1958, 255.

[41] О услужним пословима, вид. П. Стојановић, И. Зиндовић, „Правно одређење банкарских послова“, *Правни живот* 11/2010, 507–509.

[42] Вид. ЗОО, чл. 567, ст. 1.

ли ће уопште нешто држати у сефу. У том смислу се уговор о сефу удаљава од оставе, те приближава уговору о закупу.[43]

За пуноважност уговора о сефу није од важности да ли је у сеф положена нека ствар, или је пак сеф празан.[44] Корисник сефа има обавезу плаћања накнаде, не из разлога држања ствари у сефу, већ зато што му је банка ставила сеф на употребу и тиме створила услове за то држање. Исто тако, закупац је у обавези да закуподавцу плаћа накнаду за омогућавање употребе предмета закупа, чак и да он ту ствар фактички не употребљава.

5.2.1. Обавеза одржавања сефа у исправном стању

Банка, поред обавезе да стави сеф кориснику на употребу, дужна је и да исти сеф одржава у добром стању, те да врши надзор над њим,[45] баш као што је и закуподавац у обавези да предмет закупа одржава у исправном стању.[46] Овим се може уочити још једна сличност између ова два уговора, што квалификацију уговора о сефу као уговора о закупу чини оправданијом. Дакле, давалац сефа нема обавезу чувања ствари, тако да и не одговара за њихово уништење, под условом да се ваљано старао о неповредивости сефа.[47] Корисник сефа, дакле, своје ствари штити не њиховим поверавањем на чување, већ њиховим полагањем у сеф који је заштићен од бројних ризика (поплаве, пожара, земљотреса, крађе, разбојништва итд.), те о чијој

[43] Корисник закључује уговор о сефу ради чувања ствари. Ипак, уговор о сефу омогућава кориснику само да дође до простора где ће сам чувати жељене ствари. Чување је, дакле, посредно. Како на основу уговора корисник стиче овлашћење употребе сефа, тако и конструкција уговора о сефу у највећој мери одговара конструкцији уговора о закупу. Вид. L. Auerbach, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Teil 6, Walter de Gryter, Berlin 1952, 153.

[44] У ситуацији када је сеф све време био празан, или пак уколико је само у једном периоду био попуњен, накнада коју корисник сефа плаћа даваоцу представља практично „мртву“ закупнину. Упоредива ситуација среће се код бродарског (чартер) уговора. Наиме, код овог уговора једна уговорна страна (бродар) ставља другој уговорној страни (наручиоцу превоза) одређени брод или део брода на употребу, а ради обављања превоза. Овај тип уговора о поморском превозу робе приближава се уговору о *закупу*, будући да су његови битни елементи одређење брода, као и накнада. Накнада се, као код закупа и сефа, плаћа за стављање брода на употребу, а не за пружање услуге превоза робе. Због тога се има платити у сваком случају, независно од тога да ли је наручилац попунио закупљени брод (део брода) робом, или то није случај. Вид: М. Васиљевић, (2018), 244–245.

[45] ЗОО, чл. 1061, ст. 2.

[46] ЗОО, чл. 570, ст. 1.

[47] J. W. Werhahn, *Bankbedingungen: Allgemeine Geschäftsbedingungen Private Banken (AGB B), Allgemeine Geschäftsbedingungen Sparkasen (AGB S), Allgemeine Geschäftsbedingungen Kreditgenossenschaften (AGB Kr)*, Wiesbaden 1973, 123.

неповредивости банка има обавезу да се стара.[48] Безбедност ствари, дакле, постиже се тек посредно.[49]

5.2.2. Државина на сефу и стварима у сефу

У литератури не постоји јединствен став по питању државине на сефу, односно на стварима које се у њему налазе. Док се са једне стране истиче да је банка непосредни држалац сефа са стварима у њему, са друге стране налазе се аутори који држе да су сеф и ствари у њему у државини корисника.[50] Део литературе другог становишта, као аргумент додаје да је модеран концепт државине више замишљен као идеална моћ него као фактички однос.[51]

Требало би, чини се, стати на становиште да је непосредна државина на сефу и његовој садржини код корисника. Ипак, треба признати и да је, у овом контексту, општа концепција државине умногоме измењена, те да схватању појма државине треба приступити опрезно.[52]

Прво, државина корисника битно је ограничена радним временом банке.[53] Друго, општи услови пословања банака неретко ограничавају корисницима слободу приступа сефовима, прописивањем услова присуства овлашћеног службеника, те обавезе корисника да докажу свој

---

[48] Д. Вељковић, „Уговор о сефу“ (чл. 1061), *Облигационо право кроз коментар Закона и облигационим односима, са регистром појмова*, Пословни биро, Београд 2005, 931.

[49] L. Auerbach, 150–151.

[50] Вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 516.

[51] M. C. Quaglia, Sergio W. Verdura.

[52] У литератури се срећу схватања да банка и након издавања сефа задржава државину над њим из разлога што се сеф и након издавања налази у њеном трезору, али да државина на сефу нужно припада и кориснику сефа будући да је он држалац ствари које се у њему налазе (концепција судржавине). Упор. С. Јанковић, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и привреда* 10–12/2011, 195. Иако се концепција о судржавини на сефу чини прихватљивом, потребно је нарочито нагласити да евентуална судржавина на сефу не би смела овај уговор приближити остави, те негирати закуп као његову правну природу. Наиме, све и да банка има својеврсну државину на сефу, државину корисника сефа треба сматрати „јачом“. Закључењем уговора о сефу, кориснику сефа банка ставља сеф на употребу. То значи да је корисник сефа тим моментом стекао државину на сефу. Јача државина корисника се огледа у томе што је корисник искључиво овлашћен да сеф употребљава, те да приступа његовој унутрашњости. Како банка то овлашћење нема, њена државина на сефу би се могла оквалификовати као „гола државина“.

[53] Raiffeisen Bank ад Београд, Општи услови пословања са сефовима, *https://raiffeisenbank.ba/sites/default/files/dokumenti/2018-01/Opsti%20uslovi%20Sefovi-%2001_2018.pdf*, 12. јул 2022.

идентитет приликом приступања изнајмљеним сефовима.[54] Штавише, познато је да услови пословања банака временски ограничавају боравак корисника сефа у трезору банке.[55] Најзад, у случају појаве ванредних околности, приступ сефу може бити у већој или мањој мери ограничен, или потпуно онемогућен. Тако, на пример, проглашење ванредног стања, те ограничење рада банака, нужно ће се одразити и на корисникову државину.[56]

Наведене модификације, ипак, не би требало да негирају квалификацију уговора о сефу као уговора о закупу.[57] *Ratio* појединих ограничења је потреба заштите безбедности банке и осталих њених клијената, без којих би се њихова сигурност могла озбиљно довести у питање.[58]

5.2.3. Обавеза употребе сефа у складу са наменом

Закупац, односно корисник сефа дужни су да сеф, односно предмет закупа употребљавају у складу са наменом. Код уговора о сефу, међутим, ова дужност корисника није изричито прописана, али се из одредбе о његовој дужности да у сеф не уноси ствари које би могле да угрозе сигурност банке и других сефова имплицитно може закључити

[54] L. Gramlich, *et. al.*, *Gabler Banklexikon (K-Z), Bank – Börse - Finanzierung*, 15. Auflage (Hrsg. L. Gramlich, P. Gluchowski, A. Horsch, K. Schäfer, G. Waschbusch), Springer Gabler, Wiesbaden 2020, 1774.

[55] „Клијент према својој потреби може несметано користити сеф и полагати, односно подизати ствари из сефа сваког радног дана у оквиру радног времена експозитуре у којој се налази сеф, уз задржавање не дуже од 15 минута и уз претходни договор са овлашћеним лицем у Банци. Банка може одобрити Клијенту задржавање у просторијама у којима се налази сеф и дуже од 15 минута уз најаву најмање један радни дан унапред“. Addico Bank ад Београд, Општи услови пословања, *https://www.addiko.rs/static/uploads/Opsti-uslovi-poslovanja-Addiko-Bank-a.d.-Beograd-1.pdf*, 12. јул 2022.

[56] Тако, када је услед пандемије вируса COVID-19 у Републици Србији проглашено ванредно стање, банке су, с циљем спречавања опасности од ширења вируса, донеле одлуку о скраћивању свог радног времена. НЛБ Комерцијална банка ад Београд – Радно време експозитура, *https://www.kombank.com/sr/vesti/radno-vreme-ekspozitura-24580*, 05. јул 2022.

[57] L. Auerbach, 152.

[58] Модификована државина не треба да негира закуп као правну природу уговора о сефу из још једног разлога. Постоје примери за које је неспорно да представљају закуп, а у којима је закупцу лимитирана могућност приступа закупљеној ствари. Тако се у литератури наводи да закуп постоји у ситуацији када одређено лице уз накнаду користи клавир који се све време налази у соби свог власника. Вид. L. Auerbach, 152. Дакле, у овим случајувима се не може рећи да закупац има државину у њеном чистом облику, али се ипак не негира да је реч о односу из уговора о закупу. На исти начин требало би третирати ситуацију код уговора о сефу.

да она постоји.[59] Иако другачије формулисана, чини се да је дужност уздржавања од уношења у сеф опасних ствари конкретизација обавезе употребе сефа у складу са наменом, која је прописана правилима уговора о закупу. Уколико би корисник сефа унео у сеф опасну ствар, тиме би се истовремено могло рећи да је користио сеф противно његовој намени. Правила уговора о сефу у том случају прописују право банке да раскине уговор.[60] Чини се да би се целисходнија заштита постигла уколико би раскид, уместо одлуком банке, наступао *ex lege*. Ипак, правом банке на раскид без опомене и без отказног рока, пружа се виши степен заштите од општег режима прописаног правилима уговора о закупу.

Када корисник пак на други начин употребљава сеф противно његовој намени, чини се да би се сходно могла применити правила уговора о закупу о дужности закупца да води рачуна о намени ствари, те правила о санкцији за случај повреде ове дужности. Тежина санкције зависи од тога да ли закупац повредом прописане дужности изазива „опасност знатне штете за закуподавца“. Уколико то није случај, закон предвиђа право закуподавца на накнаду штете. Уколико је пак то случај, закуподавцу се признаје право на раскид уговора, уз претходну опомену, али без обавезе поштовања отказног рока.[61]

Дакле, ако са једне стране, корисник унесе у сеф опасне ствари, примениће се правило уговора о сефу, те ће банка моћи да раскине уговор без опомене и без отказног рока. Са друге стране, уколико корисник на други начин (не уносом опасних ствари) користи сеф противно намени, требало би сходно применити правила уговора о закупу, те банци дати право на накнаду штете, односно раскид, зависно од тежине повреде. Подобност правила уговора о закупу за сходну примену на нерегулисана питања уговора о сефу јак су аргумент у прилог квалификацији уговора о сефу као закупа.

---

[59] Вид. ЗОО, чл. 1063, ст. 1. С. Јовановић, 142; Б. Лоза „Уговор о сефу“ (члан 1063), *Коментар Закона о облигационим односима II*, друго издање (ур. Б. Т. Благојевић, В. Круљ), Савремена администрација, Београд 1983, 2154–2155.

[60] Вид. ЗОО, чл. 1063, ст. 2.

[61] М. Орлић „Уговор о закупу“ (члан 582), *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, (ур. С. Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 1054. Ако закупац и после опомене закуподавца употребљава ствар противно уговору или њеној намени, или запушта њено одржавања, те постоји опасност знатне штете за закуподавца, овај може отказати уговор без давања отказног рока. (ЗОО, чл. 582).

5.2.4. Дозвољеност подзакупа сефа[62]

Анализом сличности и разлика између сефа и закупа нужно се поставља питање оправданости подзакупа сефа. Чини се да подзакуп сефа не би требало допустити.

Прво, уговор о сефу је трговинскоправни посао, јер га закључује давалац сефа (привредни субјект), са корисником (који може бити и физичко лице). Подзакуп сефа омогућио би да се на страни „подзакуподавца“ сефа нађе било који корисник сефа из главног уговора, па и физичко лице, што, чини се, не би требало допустити, имајући у виду трговинскоправни карактер уговора о сефу.[63] Чини се да подзакуп сефа није оправдан чак ни у случају привредног субјекта као подзакуподавца, имајући у виду да он (подзакуподавац) фактички не би био у могућности да извршава све оно што је обавеза даваоца сефа, јер се сеф не налази у његовом трезору (просторијама), већ у трезору (просторијама) другог субјекта (даваоца сефа из главног уговора).

Такође, забрана подзакупа сефа чини се оправданом и са аспекта заштите банке. Подзакупом сефа, банка (давалац сефа из главног уговора о сефу) би била принуђена на однос (индиректан, посредством корисника сефова) са лицима са којима, имајући у виду политику свог пословања, не би закључила уговор (нпр. лица са криминалним досијеом), што није оправдано.[64]

Најзад, правила уговора о закупу забрањују поздакуп ако би његово закључење створило штетне последице закуподавцу.[65] Због

---

[62] Подзакуп постоји у ситуацији када закупац из главног уговора (уговора о закупу) преда закупљену ствар на коришћење трећем лицу (подзакупцу), при чему му подзакупац за то плаћа одговарајућу накнаду. Више о подзакупу вид. С. Перовић, 657–659.

[63] Једно од битних обележја уговора о сефу јесте то да је реч о трговинскоправном послу. Ово из разлога што је носилац карактеристичне престације (давалац сефа) без изузетка привредни субјект који се бави стављањем сефова на употребу у оквиру своје делатности (нпр. банка, односно други субјекти чија је искључива делатност издавање сефова) или у вези са обављањем своје делатности (нпр. угоститељски објекти који се примарно баве делатношћу пружања угоститељских услуга, а у вези са тиме се могу бавити и издавањем сефова, односно ормарића за одлагање ствари). О трговинскоправном својству банкарских послова, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 451.

[64] Закон о банкама – ЗОБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 91/10 и 14/15, чл. 4, ст. 3. „Банка има право да на основу оцене надлежних служби Банке и одлука њених органа (на недискриминаторној основи) слободно изврши избор Клијента са којим ће ступити у пословне односе, што укључује и дискреционо право да одбије закључивање уговора, односно пружање услуге Клијенту.“ Euro Bank ад Београд, Општи услови пословања, *https://www.eurobank.rs/upload/OUP_2020/Opsti_uslovi-_poslovanja_Eurobank_a.d.__u_primeni_od_18.03.2020__.pdf*, 15. јул 2022.

[65] Вид. ЗОО, чл. 586, ст. 1. С. Перовић, 657.

специфичности и осетљивости банкарске делатности, чини се да би допуштањем подзакупа сефова могле настати изразито штетне последице за банку. С обзиром на то да је искључење подзакупа дозвољено и код самог закупа, чини се да неоправданост подзакупа сефа не треба да дира у квалификацију уговора о сефу као уговора о закупу. Наиме, сходном применом прописаног правила о искључењу подзакупа, обезбеђује се заобилажење подзакупа сефа, те заштита банака, али се тиме не негира закуп као правна природа уговора о сефу.

5.2.5. Законско заложно право банке

У српском праву, банка има првенство наплате потраживања према кориснику сефа (законско заложно право банке на новцу и предметима који се налазе у сефу). *Ratio* законског заложног права банке је потреба њихове заштите од неодговорности и фраудолозног поступања њихових клијената. У вези са тим, поставља се питање да ли ће банци у сваком случају законско заложно право бити од користи? Како је већ помињано, сеф може остати празан током читавог времена трајања уговора. У том случају, законско заложно право банци не би пружало никакву заштиту. Уколико би корисник у сеф одложио ствари без вредности, или изразито мале тржишне вредности, институт законског заложног права банке био би потпуно бескористан.

За потребе анализе правне природе уговора о сефу, корисно је поставити питање да ли је државина на стварима у сефу нужна претпоставка за заснивање законског заложног права на истим? Код већине законских заложних права у трговини, језичким тумачењем законских одредаба, може се закључити да је државина нужан услов конституисања законске залоге.[66] Да ли је то случај и код уговора о сефу?

[66] Тако, на пример, „превозилац има право залоге на стварима које су му предате ради превоза или у вези са превозом, док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима“. Вид. ЗОО, чл. 679, ст. 1. Даље, „отпремник има право залоге на стварима предатим ради отпремања и у вези са отпремањем све док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима“. ЗОО, чл. 846, ст 1. „Комисионар има право залоге на стварима које су предмет уговора о комисиону док се те ствари налазе код њега, или код неког који их држи за њега, или док он има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.“ ЗОО, чл. 786, ст 1. У овим случајевима неспорно је да је државина нужан услов за установљавање законске залоге. Међутим, како се законско заложно право које претпоставља државину готово изједначава са институтом ретенције, у теорији се, *de lege ferenda*, сугерише измена досадашње концепције, те одустајање од државине као услова за успостављање законске залоге. Вид. С. Јанковић, „Превозиочево законско заложно право и нови Грађански законик Републике Србије“, *Право и привреда* 4–6/2015, 512–513.

Уколико јесте, могло би се закључити да је банка држалац ствари из сефа. На тај начин би се концепција закупа као правне природе уговора о сефу могла озбиљно довести у питање. Према слову закона, „банка има право првенства наплате накнаде настале из уговора о сефу из новчаног износа који је пронађен у сефу, као и из цене добијене продајом других ствари нађених у сефу“.[67] На основу овакве формулације, ипак се чини да на постављено питање треба дати негативан одговор. Законодавац не говори о *државини* на стварима као услову за заснивање законске залоге, већ, супротно томе, помиње *ствари које су у сефу нађене*. Тако, законско заложно право банке код уговора о сефу не дира у концепцију државине на сефу и стварима из сефа, те не дира ни у закуп као правну природу уговора о сефу.

6. УГОВОР О СЕФУ КАО МЕШОВИТ УГОВОР

Према трећем схватању, уговор о сефу је по својој правној природи мешовит уговор, са елементима више уговора, посебно уговора о закупу и уговора о остави.[68] Тако, у појединим сегментима, уговор о сефу ближи је остави, те се на те сегменте примењују правила уговора о остави, док је у неким сегментима ближи закупу, у ком случају се сходно примењују правила уговора о закупу. Неки аутори, поред закупа и оставе, у уговору о сефу виде и елементе неких других уговора.[69]

Међутим, противници схватања уговора о сефу као мешовитог уговора истичу да уговор о сефу ни у једном свом сегменту нема додирних тачака са уговором о остави, наводећи за то разлоге о којима је већ било речи.[70] Чини се да такав став треба сматрати исправним из разлога што се уговор о сефу и уговор о остави суштински разли-

[67] ЗОО, чл. 1064, ст. 3.

[68] И. Јанковец, 604; И. Јанковец, „Уговор о сефу“ (чл. 1061), *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига (ур. С. Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 1639; И. Јанковец, М. Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац 2006, 474; „По својој правној природи, уговор о сефу има одређене елементе уговора о остави (предаја ствари на чување), уговора о закупу (закупљује се одређени простор банке за безбедно чување покретних ствари) и уговора о затвореном депозиту (банка нема увид у то шта се депонује у сеф).“ С. Јовановић, 141–142; C. G. Gerscovich, *Consumidores bancarios. Derechos economicos de los bancos y sus clientes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2011, 347; D. E. Moeremans, *Contrato de caja de seguridad. Prueba del contenido*, LA LEY, 2005E, 232; E. Barbier, „Servicio de caja de seguridad“, *Código civil y comercial de la Nación. Comentado* (dir. R. L. Lorenzetti), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2015, 287.

[69] C. Bollini Shaw, E. Boneo Villegas, *Manual para operaciones bancarios y financieras*, *4.* edicion actualizada Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997, 516.

[70] L. Auerbach, 151.

кују, те самим тим уговор о сефу не садржи у себи елементе за које се може рећи да изводе своје порекло из уговора о остави.

7. УГОВОР О СЕФУ КАО *SUI GENERIS* УГОВОР

У правној теорији присутно је и становиште да уговор о сефу представља *sui generis* уговор.[71] Ово становиште је претежно присутно у француској правној теорији.[72]

Аутори овог става полазе од тога да је уговор о сефу, иако у одређеним аспектима сличан другим именованим уговорима, ипак у тој мери специфичан, тако да је немогуће наћи његову правну природу у неком од именованих уговора. Елементи других уговора садржани у уговору о сефу, према ставу ове групе аутора, изгубили су своју индивидуалност, тако да је уговор о сефу *sui generis* уговор.[73] Полазећи од оваквог схватања, у недостатку посебних правних правила, на уговор о сефу директно се примењују правила уговорног права, те општа правила облигационог права.

Иако је неспорно да је уговор о сефу у великој мери специфичан, ипак, с обзиром на бројне заједничке карактеристике са другим именованим уговорима, а посебно са уговором о закупу, треба сматрати да квалификација уговора о сефу као *sui generis* уговора није прихватљива у нашем праву.

Уосталом, квалификација уговора о сефу као *sui generis* уговора не би на најадекватнији начин решила низ практичних питања која се у вези са уговором о сефу постављају. Имајући у виду да постоји именовани уговор који са уговором о сефу има доста сличности, те чија се правила могу сходно применити на уговор о сефу, занемаривање правила тог уговора, те директна примена општих правила уговорног права, не би била оправдана са аспекта правилне примене материјалног права и потребе уређивања друштвених односа најмеродавнијим правним правилима.

8. ЗАКЉУЧАК

Идеја уговора о сефу састоји се у омогућавању чувања вреднијих ствари на безбедном месту. Како се реализација ове идеје најчешће постиже или поверавањем ствари стручном лицу на чување (остава),

[71] М. Васиљевић, (2018), 394; М. Васиљевић, *Банкарски послови и меница*, Београд 1993, 22.

[72] Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancarie institutionis - Comptes – Opérations - Services*, 8. édition, LexisNexis Litec, Paris 2020, 704–705.

[73] A. E. Freytes, *Contrato de cajas de seguridad*, Cordoba 2014, 101.

или изнајмљивањем безбедног простора у коме ће те ствари бити смештене (закуп), отуда остава и закуп у правној теорији фигурирају као два најдоминантнија одговора на питање у чему се састоји правна природа уговора о сефу.

Иако у погледу каузе закључења сличан остави, чини се да се правна природа уговора о сефу не може наћи у уговору о остави, имајући у виду описане разлике које ова два уговора фундаментално удаљују. Како ова два уговора функционишу на потпуно различите начине, чини се да правила уговора о остави нису адекватна за сходну примену на уговор о сефу, а самим тим и да нема оправдања држати да је правна природа уговора о сефу уговор о остави. Из истих разлога треба негирати квалификацију уговора о сефу као уговора о банкарском неновчаном депозиту, уговора о депоновању хартија од вредности, као и схватање о мешовитој природи уговора о сефу са елементима уговора о остави и уговора о закупу. У погледу становишта о *sui generis* уговору, чини се да је неоправдано да се, због неколико специфичности, одустане од утврђивања његове правне природе.

Наиме, имајући у виду претходно изложене сличности уговора о сефу и уговора о закупу, као и могућност да се бројна правила уговора о закупу примене на нерегулисана питања уговора о сефу те реше практични проблеми, теоријски је и практично најоправданије држати да је уговор о сефу по својој правној природи уговор о закупу. Без обзира на поједине различитости између ова два уговора, чини се да уговор о сефу дели највећи број заједничких особина са закупом, те да је такво одређење правне природе уговора о сефу најадектватније, а нарочито с обзиром да сврха утврђивања правне природе мора бити померена са чисто теоријског на практични терен. Једино ће у том случају анализа правне природе уговора о сефу (али и сваког другог уговора) добити практични значај.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Augustin, Georg, Kregel, Wilhelm, Pikart, Heinz (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, Band III, 1. teil, Walter de Gryter, Berlin – New York 1979;
2. Auerbach, Leonard (ed.), *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Teil 6, Walter de Gryter, Berlin 1952;
3. Благојевић, Борислав Т., *Посебни део облигационог права*, Београд 1939;

4. Благојевић, Борислав Т., Круљ, Врлета (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1983;
5. Bollini Shaw, Carlos, Boneo Villegas, Eduardo, *Manual para operaciones bancarios y financieras*, 4. edicion actualizada Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997;
6. Васиљевић, Мирко, *Трговинско право*, Београд 2018;
7. Васиљевић, Мирко, *Банкарски послови и меница*, Београд 1993;
8. Вељковић, Драгослав, *Облигационо право кроз коментар Закона и облигационим односима, са регистром појмова*, Пословни биро, Београд 2005;
9. Gavalda, Christian, Stoufflet, Jean, *Droit bancarie institutionis-Comptes- Opérations-Services*, 8. édition, LexisNexis Litec, Paris 2020;
10. Gerscovich, Carlos G, *Consumidores bancarios. Derechos economicos de los bancos y sus clientes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2011;
11. Gramlich, Ludwig, Gluchowski, Peter, Horsch, Andreas, Schäfer, Klaus, Waschbusch, Gerd (Hrsg.), *Gabler Banklexikon (K-Z), Bank – Börse - Finanzierung*, 15. Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden 2020;
12. Gschnitzer, Franz, *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz*, Wien 1963;
13. Esper, Mariano, *Manual de contratos civiles y comerciales*, parte especial, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 2011;
14. Jaeger, Ernst, *Konkursordung mit Einfuhrungsgesetzen* (Hrsg. F. Lent, F. Weber), 8. Auflage, Band I., Walter de Gryter & CO, Berlin 1958;
15. Јанковец, Ивица, *Привредно право*, Београд 1999;
16. Јанковец, Ивица, Мићовић, Миодраг, *Привредно право*, Крагујевац 2006;
17. Јанковић, Светислав, „Превозиочево законско заложно право нови Грађански законик Републике Србије“, *Право и привреда* 4–6/2015;
18. Јанковић, Светислав, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и привреда* 10–12/2011;
19. Јовановић, Небојша, Радовић, Вук, Радовић, Мирјана, *Трговинско право*, Београд 2020;
20. Јовановић, Слободан, *Трговинско право*, Београд 2020;
21. Катунарић, Анте, *Банка – принципи и пракса банковног пословања*, треће издање, Загреб 1981;
22. Лоза, Богдан, *Облигационо право – посебни дио*, Сарајево 1977;
23. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código civil y comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2015;
24. Moeremans, Daniel E, *Contrato de caja de seguridad. Prueba del contenido*, LA LEY, 2005E;
25. Перовић, Слободан (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима,* II књига, Савремена администрација, Београд 1995;

26. Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1980;
27. Радовић, Мирјана, *Чување и администрирање (депозит) хартија од вредности*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014;
28. Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Београд 1999;
29. Стојановић, Предраг, Зиндовић, Илија, „Правно одређење банкарских послова“, *Правни живот* 11/2010;
30. Schimansky, Herbert, Bunte, Hermann-Josef, Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch* – Band I, 4 Auflage, München 2011;
31. Freytes, Alejandro Enrique, *Contrato de cajas de seguridad*, Cordoba 2014:
32. Шогоров, Стеван, *Банкарско право*, Пословни биро, Нови Сад 2004;
33. Werhahn, Jürgen W., *Bankbedingungen: Allgemeine Geschäftsbedingungen Private Banken (AGB B), Allgemeine Geschäftsbedingungen Sparkasen (AGB S), Allgemeine Geschäftsbedingungen Kreditgenossenschaften (AGB Kr)*, Wiesbaden 1973.

Правни прописи

1. Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 91/10 и 14/15;
2. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93;
3. Закон о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон;
4. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2285/2018 од 20. септембра 2018. године;
5. Пресуда Привредног апелационог суда у Београду, 4 Пж 5454/19 од 11. марта 2020. године.

Интернет извори

1. Addico Bank ад Београд, Општи услови пословања, *https://www.addiko.rs/static/uploads/Opsti-uslovi-poslovanja-Addiko-Bank-a.d.-Beograd-1.pdf*, 12. јул 2022;
2. Euro Bank ад Београд, Општи услови пословања, *https://www.eurobank.rs/upload/OUP_2020/Opsti_uslovi_poslovanja_Eurobank_a.d.__u_primeni_od_18.03.2020__.pdf*, 15. јул. 2022;
3. НЛБ Комерцијална банка ад Београд, Издавање сефова, Сефови НЛБ Комерцијалне банке – чувари Ваших вредности, *https://www.kombank.com/sr/stanovnistvo/ostalo/izdavanje-sefova*, 10. јул 2022;
4. НЛБ Комерцијална банка ад Београд – Радно време експозитура, *https://www.kombank.com/sr/vesti/radno-vreme-ekspozitura-24580*, 5. јул 2022;

5. Raiffeisen Bank ад Београд, Општи услови пословања са сефовима, *https://raiffeisenbank.ba/sites/default/files/dokumenti/2018-01/Opsti%20uslovi%20Sefovi%2001_2018.pdf*, 12. јул 2022;
6. Quaglia, Marcelo C., Verdura, Sergio W., *Contratos bancarios: locacion de cajas de seguridad*, Lexis Nexis Jurisprudencia, Argentina 2003-III-1054, *http://www.saij.gob.ar/marcelo-qualgia-contratos-bancarios-locacion-cajas-seguridad-dasa050090/123456789-0abc-defg0900-50asanirtcod*, 10. јул 2022.

Junior Research Assistant Milena Momčilov, LL.M.

Institute of Comparative Law, Belgrade

SAFE DEPOSIT BOX CONTRACT – PROBLEMS AND IMPORTANCE OF DETERMINING ITS LEGAL NATURE

Summary

The legal nature of the contract is of great theoretical and practical importance. When the rules of a contract do not specifically regulate a particular contract issue, finding measurable regulations involves determining its legal nature. Generally, determining the legal nature of a contract does not cause specific dilemmas in legal theory and practice. However, there are some contracts with a disputed legal nature. Regarding the safe deposit box contract, there is no single answer to the question of its legal nature. Also, the regulation of this contract in most legal systems is rudimentary. Bearing that in mind, the legal nature of the safe deposit box contract becomes especially significant. This article attempts to analyze safe deposit box contracts with respect to their legal nature, the problems involved in determining their essence and importance. By comparing the safe deposit box contract to similar contracts, the author seeks to determine which of these share the most characteristics with the safe deposit box contract. Furthermore, since the safe deposit box contract has many specific characteristics, an attempt is made to determine which rules would be the most appropriate to apply to the safe deposit box contract. In this way, defining the legal nature of the safe deposit box contract gains equal theoretical and practical significance, solving a number of practical problems and contributing to further development of legal theory.

Key words: *Safe deposit box contract; Safe deposit box; Legal nature; Lease agreement; Deposit; Sui generis contract.*

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У ЗБОРНИКУ РАДОВА „ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА“, У ЧЕТИРИ ТОМА

СА XI. НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА

који је одржан 5. новембра 2022. год. на Палама

(по азбучном реду, са назнаком државе из које су)

1. Амповска, Марија, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев” у Штипу, Сјеверна Македонија;
2. Алихоџић, Јасмина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
3. Бејатовић, Станко, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
4. Беванда, Марко, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
5. Благић, Драган, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
6. Боланча, Драган, редовни професор Правног факултета Универзитета у Сплиту, Република Хрватска;
7. Боранијашевић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
8. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
9. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
10. Бановић, Божидар, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
11. Васиљевић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
12. Васиљевић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, , Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Вековић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
14. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
15. Вујовић, Огњен, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
16. Вуковић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;

17. Вучић, Михајло, виши научни сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
18. Говедарица, Младенка, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
19. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
20. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
21. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
22. Дајовић, Горан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
23. Дамјановић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
24. Дамјановић, Јелена, ванредни професор Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
25. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета и Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
26. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
27. Димитријевић, Душко, научни савјетник Института за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
28. Димитријевић, Марина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
29. Димић, Сузана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
30. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
31. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
32. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
33. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
34. Дураковић, Анита, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
35. Ђерић, Бранко, редовни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;

36. Ђокић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
37. Ђорђевић, Славко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
38. Ђурђић Милошевић, Тамара, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
39. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
40. Ђурић, Владимир, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
41. Етински, Родољуб, редовни професор Правног факултета Универзитета Доња Горица, Црна Гора;
42. Илић Попов, Гордана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
43. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
45. Јовановић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
46. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
47. Јотановић, Раденко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
48. Камбовски, Игор, Редовни професор Правног факултета Универзитета "Гоце Делчев" у Штипу, Сјеверна Македонија;
49. Карбоне, Маријатереза, редовни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
50. Каћаће, Симона, доцент Правног факултета Универзитета у Бреши, Италија;
51. Кнежевић, Марко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија; 1
52. Кнежевић, Саша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија
53. Ковачевић, Дарко, ванредни професор Филозофског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
54. Костић, Милан, редовни професор Економског факултета у Крагујевцу, Република Србија;
55. Краљић, Сузана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору, Република Словенија;
56. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

57. Крешић, Борис, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина;
58. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
59. Кривокапић, Борис, редовни професор, Пословни и Правни факултет Универзитета „МБ“ Београд, Република Србија, Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, Руска Федерација;
60. Крстић, Новак, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
61. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
62. Лалић, Велибор, ванредни професор Факултета безбједности Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
63. Лалић, Срђан, ванредни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
64. Лепетић, Јелена, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
65. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Италија;
66. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
67. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
68. Лукић, Радомир В., редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
69. Мариловић, Ђорђе, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
70. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
71. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
72. Марковић, Сузана, доцент Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
73. Матић Матешковић, Инес, доцент Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
74. Медар, Сузана, доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија;
75. Мезеи, Питер, редовни професор Факултета правних и политичких наука Универзитета у Сегедину, Република Мађарска;
76. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
77. Миладиновић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;

78. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
79. Милотић, Иван, ванредни пофесор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
80. Миљковић, Страхиња, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија
81. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
82. Мишкић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Млинаревић, Предраг, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
84. Мораит, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
85. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;
86. Надаждин Дефтердаревић, Мирјана, редовни професор, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
87. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
88. Новаковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија
89. Онида, Пјетро Паоло, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
90. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
91. Павловић, Гојко, доцент, Истраживачки центар, Бања Лука, Босна и Херцеговина, Република Српска;
92. Палачковић, Душица, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
93. Пена, Урош, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
94. Перић Ковачевић, Слободанка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
95. Перишић Ћеранић, Јелена, научни савјетник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
96. Петковић, Игор, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
97. Петров, Владан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

98. Петровић, Борислав, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина;
99. Петровић, Стојана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
100. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
101. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија
102. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
103. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
104. Прлаиновић Јовић, Олга, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
105. Радивојевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
106. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
107. Радуловић, Срђан, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
108. Радојевић, Мијодраг, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, Република Србија;
109. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
110. Ракић, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
111. Раковић, Ђорђе, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Реублика Српска;
112. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска; 2
113. Ринолфи, Кристијана, доцент Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
114. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
115. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
116. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
117. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;

118. Сакоћио, Антонио, редовни професор Правног факултета Универзитета „Сапјенца“ у Риму, Италија;
119. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
120. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
121. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
122. Станковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
123. Старчевић, Јелена, доцент, Педагошки факултет у Бијељини Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
124. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
125. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
126. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Тешић, Ненад, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
128. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;
129. Тузов, Данил Олегович, ванредни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Виша школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
130. Тупеша, Ненад, Редовни професор Православног богословског факултета „Свети Василије Острошки“ у Фочи, Универзитта у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
131. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
132. Хаџић, Мехмед, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
133. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
134. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
135. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија
136. Човић, Ана, Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;

137. Чолаковић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
138. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
139. Џафче, Сејдефа, редовни професор Правног факултета и политичких наука Универзитета АУЕ–ФОН, Сјеверна Македонија;
140. Шаула, Валерија, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
141. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
142. Шокињов, Стефан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија.

LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN PROCEEDINGS "LAW BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION" IN FOUR VOLUMES WITH XI SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE DAY OF THE FACULTY OF LAW

which was held on November 5, 2022. at Pale

(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)

1. Academician Full Professor Bejatović, Stanko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
2. Academician Full Professor Petrović, Borislav, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
3. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
4. Full Professor Antonio Saccoccio, PhD, Faculty of Law, University of "Sapienza" Rome, Republic of Italy;
5. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
6. Full Professor Bevanda, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
7. Full Professor Bolanča, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Split, Republic of Croatia;
8. Full Professor Boranijašević, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
9. Full Professor Brković, Radoje, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
10. Full Professor Banović, Božidar, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade, Republic of Serbia;
11. Full Professor Carbone, Mariateresa, PhD, Magna Graecia University of Catanzaro, Republic of Italia;
12. Full Professor Dimitrijević, Marina, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
13. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
14. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
15. Full Professor Đerić, Branko, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
16. Full Professor Đorđević, Slavko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

17. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
18. Full Professor Etinski, Rodoljub, PhD, Faculty of Law, University of Donja Gorica, Montenegro;
19. Full Professor Ilić-Popov, Gordana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
20. Full Professor Jašarević, Senad, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
21. Full Professor Jovanović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
22. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
23. Full Professor Knežević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
24. Full Professor Knežević, Saša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia,
25. Full Professor Kostić, Milan, PhD, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
26. Full Professor Kraljić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Maribor, Republic of Slovenia;
27. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
28. Full Professor Krivokapić, Boris, PhD, Faculty of Business and Law, „MB" University, Belgrade, Republic of Serbia; Law Faculty, Samara National University „S. P. Korolev", Samara, Russian Federation;
29. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
30. Full Professor Lobrano, Giovanni, PhD, Pontifical Catholic University of Peru, University of Sassari, Republic of Italy;
31. Full Professor Lončar, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
32. Full Professor Lukić, Radomir V., PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
33. Full Professor Marković, Goran, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
34. Full Professor Marković, Ivanka, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
35. Full Professor Mezei, Péter, PhD, University of Szeged, Hungary;
36. Full Professor Miladinović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
37. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
38. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

39. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
40. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
41. Full Professor Nadaždin Defterdarević, Mirjana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
42. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
43. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
44. Full Professor Palačković, Dušica, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
45. Full Professor Pena, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
46. Full Professor Perić Kovačević, Slobodanka, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
47. Full Professor Petrov, Vladan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
48. Full Professor Planojević, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
49. Full Professor Popović, Dušan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
50. Full Professor Prlainović Jović, Olga, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
51. Full Professor Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
52. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Radivojević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
54. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
55. Full Professor Rakić, Branko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
56. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
57. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
58. Full Professor Sejdefa Džafče, PhD, Faculty of Law and Political Science, AUE-FON University, Skopje, Republic of North Macedonia;

59. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
60. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
62. Full Professor Šaula, Valerija, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
63. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
64. Full Professor Šokinjov, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia.
65. Full Professor Tupeša, Nenad, PhD, St. Vasilije Ostroški Faculty of Orthodox Theology in Foča, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
66. Full Professor Veković, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
68. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
69. Full Professor, Principal Research Fellow Ćeranić Perišić, Jelena, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
70. Associate Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
71. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
72. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
73. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
74. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Dajović, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
76. Associate Professor Damjanović, Jelena, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
77. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

78. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
79. Associate Professor Dimić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
80. Associate Professor Dragan Gocevski, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Nort Macedonia;
81. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
82. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duraković, Anita, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Govedarica, Mladenka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
86. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
87. Associate Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
88. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
89. Associate Professor Jotanović, Radenko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
90. Associate Professor Kovačević, Darko, PhD, Faculty of Philosophy, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
91. Associate Professor Krstić, Novak, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic Of Serbia,
92. Associate Professor Krešić, Boris, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
93. Associate Professor Lalić, Srđan, PhD, Faculty of Economics Brčko, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
94. Associate Professor Lalić, Velibor, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

95. Associate Professor Lepetić, Jelena, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
96. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
97. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
98. Associate Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
99. Associate Professor Miljković, Strahinja, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
100. Associate Professor Mlinarević, Predrag, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
101. Associate Professor Novaković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
102. Associate Professor Onida, Pietro Paolo, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy;
103. Associate Professor Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
104. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
105. Associate Professor Raković, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
109. Associate Professor Stanković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
110. Associate Professor Tešić, Nenad; PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
111. Associate Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
112. Associate Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
113. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

114. Associate Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
115. Associate Professor Vuković, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
116. Senior Research Fellow Čović, Ana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
117. Senior Research Fellow Dimitrijević, Duško, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Đurić, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
120. 119. Senior Research Radojević, Mijodrag, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
121. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
122. Assistant Professor Cacace, Simona, Faculty of Law, University of Brescia, Italy;
123. Assistant Professor Čelić, Duško, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
124. Assistant Professor Damjanović, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
125. Assistant Professor Đurđić Milošević, Tamara, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
126. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant Professor Kreštalica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
128. Assistant Professor Marilović, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
129. Assistant Professor Marković, Suzana, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
130. Assistant Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
131. Assistant Professor Medar, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
132. Assistant Professor Miškić, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
133. Assistant Professor Pavlović, Gojko, PhD, Research Center, Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Petković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

135. Assistant Professor Petrović, Stojana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
136. Assistant Professor Radulović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
137. Assistant professor Rinolfi, Cristiana, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy
138. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
139. Assistant Professor Tot, David, PhD, Faculty of Law, University of of Pécs, Hungary;
140. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
141. Assistant Professor Vasiljević, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
142. Research Fellow Stjepanović, Bogdana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Право између стварања и тумачења" (11 ; Пале ; 2022)
Зборник радова "Право између стварања и тумачења" = Collection of papers "Law Between Creation and Interpretation". Том II = Vol. II / XI Научни скуп поводом Дана Правног факултета, Међународни научни скуп одржан 5. новембра 2022. год. на Палама ; [организатор] Универзитет у Источном Сарајеву, Правни факултет и [суорганизатори] Европска организација за јавно право, Међународни савез правника, Институт за упоредно право, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Институт за криминолошка и социолошка истраживања ; [коуредници Димитрије Ђеранић ... и [др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2023 (Лакташи : Графомарк). - XIX, 702 стр. ; 25 cm

На спор. насл. стр.: Collection of papers "Law Between Creation and Interpretation". - Текст на срп., слов. и енгл. језику. - Текст ћир. и лат. - Тираж 80. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-99938-57-74-7

COBISS.RS-ID 139232001