



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 заштите и злоупотребе“
Том III

COLLECTION OF PAPERS
“Law Between Protection and Abuse”
Vol. III

XIII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 26. октобра 2024. год. на Палама

УДК 34(082)

ISBN 978-99938-57-93-8

Источно Сарајево, 2025. 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 Protection and Abuse”
Vol. III

ЗБОРНИК РАДОВА
„Право између заштите и злоупотребе“
Том III

The XIII Scientific conference on
The occasion of the Day of the Faculty of Law,
International scientific conference,
held in Pale, 26 October 2024

UDC 34(082)

ISBN 978-99938-57-93-8

East Sarajevo, 2025

ЗБОРНИК РАДОВА

XIII 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 26. октобра 2024. год. на Палама, на тему:
„ПРАВО ИЗМЕЂУ ЗАШТИТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ“

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 Ђеранић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Самир Аличић

Лектор и коректор за српски језик

Проф. др Нина Ђеклић

Лектор и коректор за енглески језик

Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

Техничка припрема

Проф. др Димитрије Ђеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Доц. др Брано Хаџи Стевић / Доц. др Мирјана Пупић
Виши асс. мр Тијана Баћовић / Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма / Виши асс. Љубана Сладић, ма

Штампа

Графомарк, Лакташи

Тираж

65 примјерака

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

COLLECTION OF PAPERS

The XIII Scientific conference on The occasion of The Day of The Faculty of Law, on general topic „Law Between Protection and Abuse“, which is organized
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 28. October 2023, 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 Čeranić
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Associate Professor Radislav Lale
Full Professor Samir Aličić

Proofreading for the Serbian language

Associate Professor Nina Čeklić

Proofreading for the English language

Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

Technical preparation

Associate Professor Dimitrije Čeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Assistant Professor Brano Hadži Stević / Assistant Professor Mirjana Pupić
Senior Teaching Ass. Tijana Baćović / Senior Teaching Ass. Đorđe Perišić
Senior Teaching Ass. Ivana Lazarević / Senior Teaching Ass. Ljubana Sladić

Printing

Grafomark, Laktaši

Circulation

65 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
ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА

Научни одбор

Проф. др Миленко Крећа, бивши судија Међународног суда правде, судија *ad hoc* Европског суда за људска права, ранији члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда у Хагу, председник Научног одбора

Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece

Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Председништва Међународног савеза правника, Москва, председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, председник Управног одбора Института за Криминолошка и социолошка истраживања у Београд, Србија

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, професор Департамента правовог регулирања економическој деятельности Финансовог универзитета при Правительстве Российской Федерации, член исполкома Международного союза юристов, Российская Федерация

Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду, Србија

Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора

Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд

Проф. др Јуриј Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија

Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, БиХ, Република Српска

Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинијан 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

Проф. др Иван Милотић, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Хрватска

Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;

Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium

Организациони одбор

Проф. др Горан Марковић, председник; Академик проф. др Станко Бејатовић;

Проф. др Владимир Чоловић; Проф. др Јелена Ђеранић Перишић; Др Ивана Стевановић; Проф. др

Димитрије Ђеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др Самир Аличић; Проф. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крешталица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Доц. др Драгана Дамјановић; Доц. др Брано Хаџи Стевић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент Ђорђе Перишић, мр; Виши асистент Ивана Лазаревић, ма; Виши асистент Љубана Сладић, ма.

Коуредници

Проф. др Димитрије Ђеранић; Проф. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Ђорђе Мариловић;

Проф. др Радислав Лале; Проф. др Самир Аличић

Conference Proceedings
LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW

Scientific Committee

Prof. Milenko Kreća, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law, 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 Permanent Court of Arbitration, Serbia, President of the Board;

Prof. Spiridon Flogaitis, Full Professor, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece;

Academician Stanko Bejatović, Full Professor, 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, Serbia;

Prof. Vid Jakulin, Full Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia;

Prof. Borče Davitkovski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, North Macedonia;

Prof. dr Elena Gennadievna Bagreeva, Full Professor of the Department of legal regulation of economic activity of the Financial University under the Government of the Russian Federation, member of the Executive Committee of the International Union of lawyers, member of the Association of Lawyers of Russia, academician of the Slavic Academy, Russian Federation;

Prof. Vladimir Čolović, Full Professor, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia;

Prof. Velimir Rakočević, Full Professor, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;

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

Prof. Jurij Toplak, Full Professor, University of Maribor, Slovenia;

Prof. Goran Marković, Full Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina;

Prof. Dragan Gocevski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, North Macedonia;

Prof. Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosenti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary;

Prof. Ivan Milotić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia;

Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;

Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium.

Organizing Committee

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović;

Full Professor Vladimir Čolović; Full Professor Jelena Čeranić Perišić; Ivana Stevanović, PhD;

Associate Professor Dimitrije Čeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Full Professor Samir Aličić; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Dragana Damjanović; Assistant Professor Brano Hadži Stević; Ninoslava Radić, LL.M; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M; Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević, LL.M; Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Čeranić; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Associate Professor Radislav Lale; Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XIII Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Право између заштите и злоупотребе“, који је одржан 26. октобар 2024. 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,**

**Министарству за научнотехнолошки развој и високо образовање
Републике Српске, министру доц. др Жељку Будимиру,**

Српском члану Предсједништва БиХ, гђи Жељки Цвијановић,

Д.о.о. Милкус, Пале, г. Миомиру Кусмуку

**Адвокатској комори Републике Српске,
предсједнику г. Далибору Мрши**

**Републичкој управи за геодетске и имовинско-правне послове
Републике Српске, директору мр Драгану Станковићу**

Градоначелнику Источног Сарајева, г. Љубиши Ћосићу

Начелнику Општине Источна Илица, г. Маринку Божовићу

Начелнику Општине Источно Ново Сарајево, г. Јовану Катићу

Начелнику Општине Трново, г. Драгомиру Гаговићу

**Нотарској комори Републике Српске,
предсједнику др Бориславу Радићу**

Адвокату из Бијељине, г. Горану Василићу

Нотару из Бијељине, г. Игору Остојићу

Адвокату из Вишеграда, г. Николи Андрићу



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 појединцима који су нам помогли у припреми и одржавању XIII Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2024. години био највећи научни скуп у области права у Европи.

С поштовањем,

ДЕКАН
Проф. др Горан Марковић

Several prominent institutions and individuals provided to us the financial support for the organization of the XIII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law on the general topic “LAW BETWEEN PROTECTION AND ABUSE“, which was held in Pale on 26 October 2024. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

**President of the Republic of Srpska,
Mr. Milorad Dodik,**

**The Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education,
Minister Assistant Professor Željko Budimir,**

Serbian member of the BiH Presidency, Ms. Željka Cvijanović,

D.o.o. Milkus, Pale, Mr Miomir Kusmuk

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

**Republic administration for geodetic and property affairs, Republic of Srpska,
Director Dragan Stanković, LL.M.**

Mayor of the City of Istočno Sarajevo, Mr. Ljubiša Ćosić

Mayor of the Municipality of Istočna Ilidža, Mr. Marinko Božović

Mayor of the Municipality of Istočno Novo Sarajevo, Mr. Jovan Katić

Mayor of the Municipality of Trnovo, Mr. Dragomir Gagović

**Notary Chamber of the Republika Srpska,
President dr. Borislav Radić**

Attorney from Bijeljina, Mr. Goran Vasilić

Notary from Bijeljina, Mr. Igor Ostojić

Attorney from Višegrad, Mr. Nikola Andrić



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 XIII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2024 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences in Europe, 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

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР	XVII

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 1

<i>Проф. др Гордана Станковић</i> ПРЕВЕНЦИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА НА ПРЕИНАЧЕЊЕ ТУЖБЕ	1
<i>Проф. др Бранко Мораит</i> АНТИНОМИЈЕ О ДРЖАВНОЈ ИМОВИНИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	16
<i>Проф. др Зоран Поњавић</i> <i>Судија Ивана Поњавић Сердар</i> ПРЕБИВАЛИШТЕ ДЕТЕТА У СЛУЧАЈУ ПРЕСЕЉЕЊА РОДИТЕЉА	46
<i>Проф. др Илија Бабић</i> НУЖНИ ПРОЛАЗ – СА ИСПИТИВАЊЕМ РЕШЕЊА ПРЕДНАЦРТА ГЗ СРБИЈЕ (2015).....	68
<i>Проф. др Станка Стјепановић</i> НАКНАДА ШТЕТЕ ПРОУЗРОКОВАНЕ АУТОНОМНИМ ВОЗИЛОМ, <i>DE LEGE LATA</i> И <i>DE LEGE FERENDA</i>	88
<i>Проф. др. Ранка Рачић</i> ИЗДВАЈАЊЕ ДЈЕТЕТА ИЗ ПОРОДИЦЕ	105
<i>Проф. др Наташа Стојановић</i> ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ПРАКСИ ВРХОВНОГ СУДА И АПЕЛАЦИОНИХ СУДОВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	120
<i>Проф. др. сци. Викторија Хаубрих</i> <i>Проф. др. сци. Марија Видић</i> СПОРОВИ У СВЕЗИ С ПОВРЕДОМ ЖИГА ЕУРОПСКЕ УНИЈЕ.....	142

<i>Проф. др. сци. Борис Крешић</i> <i>Ајла Незировић, ма</i> НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЈЕТЕТА У СИСТЕМУ ХРАНИТЕЉСТВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	171
<i>Виши научни сарадник др Катарина Јовичић</i> КАДА ЈЕ ПОНУДА ДОВОЉНО ОДРЕЂЕНА ПРЕМА БЕЧКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ	189
<i>Проф. др Тамара Ђурђић-Милошевић</i> <i>Проф. др Новак Крстић</i> ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗАВЕШТАЊА	204
<i>Проф. др Јелена Дамјановић</i> СПРЕЧАВАЊЕ ЗЛОУПОТРЕБА ВЈЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ ПРИЛИКОМ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ	217
<i>Проф. др Дамјан Даниловић</i> ПРЕНОС УДЈЕЛА У ДРУШТВУ СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ ПУТЕМ ПРАВНОГ ПОСЛА	231
<i>Научни сарадник др Богдана Стјепановић</i> ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕРИ И УГОВОРНО УРЕЂЕЊЕ МЕЂУСОБНИХ ИМОВИНСКИХ ОДНОСА	249
<i>Божана Гужјевић, председник суда</i> ЗАШТИТА НАЧЕЛА САВЈЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА У УГОВОРИМА У ПРИВРЕДИ	270
<i>Виши асистент мр Тијана Баћовић</i> О ЗНАЧАЈУ ИНСТИТУТА ГАРАНЦИЈЕ У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ	288
<i>Армина Чуњало, ма</i> ЕУ АИ АКТ И ГДПР У УПОРЕДНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ: ИЗАЗОВИ ЗАШТИТЕ ЛИЧНИХ ПОДАТАКА У ДОБА ВЈЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ	303

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 2

<i>Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник</i> ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОБАВЕЗНОГ ОСИГУРАЊА У САОБРАЋАЈУ	325
<i>Проф. др Ирина Стаматоуди</i> УПОТРЕБА И ЗЛОУПОТРЕБА ЗАШТИТЕ МОРАЛНИХ ПРАВА У ГРЧКОМ ПРАВУ	345
<i>Проф. др Јелена Ђеранић Перишић, научни саветник</i> ЗАШТИТА ЖИГА У БОЈИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – СТУДИЈА СУДСКЕ ПРАКСЕ У ВЕЗИ СА ЖИГОМ <i>CHRISTIAN LOUBOUTIN</i>	379
<i>Проф. др Тадеуш Зембрзуски</i> САНКЦИЈЕ ЗА ЗЛОУПОТРЕБУ ПРАВА У ПОЉСКОМ ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ	395
<i>Проф. др Тина Пржеска</i> <i>Доц. др Теа Лалевска</i> ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА У МАКЕДОНСКОМ ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ И ЊЕНЕ ПРАКТИЧНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ	409
<i>Проф. др Луис Хавијер Капоте Перез</i> ВЈЕШТАЧКА ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ: ДА ЛИ АПЛИКАЦИЈА ЗАИСТА МОЖЕ ДА СТВАРА?	429
<i>Проф. др Луција Иринеску</i> ЗАШТИТА МАЛОЉЕТНИКА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У РУМУНИЈИ	441
<i>Проф. др Марија Кауракова</i> КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРИМЕНЕ ПОСЕБНИХ ЕКОНОМСКИХ И ДРУГИХ МЕРА РАДИ ОБЕЗБЕЂИВАЊА ЕФИКАСНОГ ФУНКЦИОНИСАЊА РУСКОГ ЕНЕРГЕТСКОГ СИСТЕМА ПОД САНКЦИЈАМА	452
<i>Доц. др Цинција Валенте</i> ЗАШТИТА И АУТОНОМИЈА: ИСТРАЖИВАЊЕ ИЗАЗОВА ЗАШТИТЕ РАЊИВИХ СТРАНА, КОМПАРАТИВНИ ПРИСТУП	463
<i>Доц. др Флорина Флорентина Морозан</i> ЗАШТИТА ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА У СЛУЧАЈУ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ У ОПШТЕМ ИНТЕРЕСУ?	490

Доц. др Магдалена Скибинска

ДА ЛИ СЕ ВРАЋАЊЕ КВАЗИПОДНЕСКА ПРЕМА ЧЛАНУ 186 ПОЉСКОГ ЗАКОНИКА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ СМАТРА ЗЛАТНОМ СРЕДИНОМ ИЗМЕЂУ СПРЕЧАВАЊА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И ОБЕЗБЈЕЂИВАЊА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ?	504

Др Марија Ерокова

ОСНОВИ ЗА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈУ И ЊЕНЕ ПОСЛЕДИЦЕ: ГРАЂАНСКОПРАВНИ ПРИСТУП РУСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА	518

Др Моника Струс-Волос, адвокат

ИНСТРУМЕНТИ КОЈИ СЕ ПРИМЕЊУЈУ У ПОЉСКОЈ У СКЛАДУ СА ЗАКОНОМ О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ – ЕФИКАСНЕ МЕРЕ ЗАШТИТЕ ЖРТВА ИЛИ СРЕДСТВО ЗЛОУПОТРЕБЕ ЗАКОНА?	533

Хоа Десулави-Шливинска, адвокат, докторанд

РАВНОТЕЖА ИЗМЕЂУ ЗАШТИТЕ ПРАВА ДЈЕТЕТА И ЗЛОУПОТРЕБЕ ЗАКОНА У ВИЈЕТНАМСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ	551

Данијел Ерб, докторанд

ПОСЛОВНИ УГЛЕД У СВЕТЛУ ПРАВА И УСКЛАЂЕНОСТИ.....	561

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА.....	574

CONTENTS

FOREWORD	XVIII

CIVIL LAW SECTION 1

<i>Full Professor Gordana Stanković, LL.D.</i> PREVENTION OF ABUSE OF THE RIGHT TO MODIFICACION OF A LAWSUIT	1
<i>Full Professor Branko Morait, LL.D.</i> ANTINOMIES ABOUT STATE PROPERTY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA	16
<i>Full Professor Zoran Ponjavić, LL.D.</i> <i>Ivana Ponjavić Serdar, Judge</i> CHILD'S PLACE OF RESIDENCE IN CASE OF PARENT'S RELOCATION	46
<i>Full Professor Ilija Babić, LL.D.</i> NECCESARY PASSAGE – CONSIDERATIONS OF PROVISIONS OF THE PRELIMINARY DRAFT OF THE SERBIAN CIVIL CODE (2015)	68
<i>Full Professor Stanka Stjepanović, LL.D.</i> COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY AN AUTONOMOUS VEHICLE DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA	88
<i>Full Professor Ranka Račić, LL.D.</i> REMOVAL OF A CHILD FROM THE FAMILY	105
<i>Full Professor Nataša Stojanović, LL.D.</i> FAMILY LAW PROTECTION AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN THE PRACTICE OF THE SUPREME COURT AND THE COURTS OF APPEAL OF THE REPUBLIC OF SERBIA.....	120
<i>Associate Professor Viktorija Haubrich, LL.D.</i> <i>Associate Professor Marija Vidić, LL.D.</i> TRADEMARK DISPUTES IN THE EUROPEAN UNION	142

Associate Professor Boris Krešić, LL.D.

Ajla Nezirović, LL.M.

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN THE FOSTER CARE
SYSTEM IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 171

Senior Research Associate Katarina A. Jovičić, LL.D.

WHEN AN OFFER IS SUFFICIENTLY DETERMINED UNDER THE
VIENNA CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF
GOODS 189

Associate Professor Tamara Đurđić-Milošević, LL.D.

Full Professor Novak Krstić, LL.D.

BASIC FEATURES OF A JOINT WILL 204

Associate Professor Jelena Damjanović, LL.D.

PREVENTION OF ABUSE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE WHEN
CONCLUDING A LICENSE AGREEMENT 217

Associate Professor Damjan Danilović, LL.D.

TRANSFER OF SHARES IN A LIMITED LIABILITY COMPANY BY
CONTRACT 231

Research Associate Bogdana Stjepanović, LL.D.

COHABITING PARTNERS AND CONTRACTUAL REGULATION
OF THEIR PROPERTY RELATIONS..... 249

Božana Gužvić, Judge

PROTECTION OF THE PRINCIPLES OF CONSCIENTIOUSNESS AND
HONESTY IN COMMERCIAL CONTRACTS..... 270

Senior Teaching Assistant Tijana Baćović, LL.M.

ON THE IMPORTANCE OF THE GUARANTEE INSTITUTE IN
OBLIGATIONS LAW 288

Armina Čunjalo, LL.M.

THE EU AI ACT AND GDPR IN COMPARATIVE PERSPECTIVE:
CHALLENGES FOR PERSONAL DATA PROTECTION IN THE AGE
OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE 303

CIVIL LAW SECTION 2

<i>Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.</i> LOSS OF RIGHTS FROM COMPULSORY TRAFFIC INSURANCE.....	325
<i>Full Professor Irini Stamatoudi, LL.D.</i> USE AND ABUSE OF MORAL RIGHTS PROTECTION UNDER GREEK LAW	345
<i>Full Professor, Principal Research Fellow Jelena Ćeranić Perišić, LL.D.</i> PROTECTION OF COLOR TRADEMARKS IN COMPARATIVE LAW – A CASE STUDY OF THE CHRISTIAN LOUBOUTIN TRADEMARK.....	379
<i>Full Professor Tadeusz Zembrzusi, LL.D.</i> SANCTIONS FOR ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS IN POLISH CIVIL PROCEEDINGS.....	395
<i>Full Professor Tina Pržeska, LL.D.</i> <i>Assistant Professor Tea Lalevska, LL.D.</i> PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHTS IN MACEDONIAN CIVIL LAW AND ITS PRACTICAL IMPLICATIONS	409
<i>Associate Professor Luis Javier Capote-Pérez, LL.D.</i> AI AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CAN AN APP. REALLY CREATE?	429
<i>Associate Professor Lucia Irinescu, LL.D.</i> PROTECTION OF MINORS AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN ROMANIA.....	441
<i>Associate Professor Maria Kaurakova, LL.D.</i> SPECIFICS OF SPECIAL ECONOMIC AND OTHER MEASURES' APPLICATION TO ENSURE THE EFFICIENT FUNCTIONING OF THE FUEL AND ENERGY COMPLEX OF RUSSIA IN TERMS OF SANCTIONS	452
<i>Associate Professor Cinzia Valente, LL.D.</i> PROTECTION AND AUTONOMY: EXPLORING THE CHALLENGES OF SAFEGUARDING VULNERABLE PARTIES THROUGH A COMPARATIVE LENS.....	463

<i>Assistant Professor Florina Florentina Morozan, LL.D.</i> PROTECTION OR ABUSE IN CASE OF EXPROPRIATION FOR REASONS OF PUBLIC UTILITY?	490
<i>Assistant Professor Magdalena Skibińska, LL.D.</i> SHOULD THE RETURN OF THE QUASI-PLEADING PURSUANT TO ARTICLE 186 ¹ OF THE POLISH CIVIL PROCEDURE CODE BE CONSIDERED AS THE GOLDEN MEAN BETWEEN PREVENTING THE ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS AND PROVIDING LEGAL PROTECTION IN CIVIL PROCEEDINGS?	504
<i>Maria Erokhova, LL.D.</i> GROUNDS FOR EXPROPRIATION AND ITS EFFECTS: CIVIL LAW APPROACH OF RUSSIAN LEGISLATION	518
<i>Monika Strus-Wolos, Advocate, LL.D.</i> INSTRUMENTS APPLIED IN POLAND PURSUANT TO THE DOMESTIC VIOLENCE PREVENTION LAW – EFFICIENT VICTIM PROTECTION MEASURES OR A LAW-ABUSING IMPLEMENT?	533
<i>Hoa Dessoulavy-Śliwińska, Advocate</i> THE BALANCE BETWEEN PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS AND ABUSE OF LAW IN THE VIETNAMESE LEGAL SYSTEM	551
<i>Dániel Erb, LL.M.</i> CORPORATE REPUTATION IN THE LIGHT OF LAW AND COMPLIANCE	561
LIST OF REVIEWERS	582

ПРЕДГОВОР

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Право између заштите и злоупотребе“, који је резултат научног скупа који је по тринаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан октобра 2024. године, **240 аутора и коаутора из 26 држава са пет континената** (Грчка, Русија, Индија, Кина, Италија, Мађарска, Мексико, Пољска, Португал, Шпанија, Перу, Нигерија, Бугарска, Румунија, Кипар, Грузија, Шведска, Малта, Словачка, Вијетнам, Албанија, Србија, Хрватска, Северна Македонија, Црна Гора, Босна и Херцеговина – Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине), саопштили су **192 реферата** на српском, руском, енглеском, италијанском, шпанском односно матерњим језицима учесника.

Према броју аутора, држава и континената из којих долазе, броју реферата, као и броју и значају суорганизатора, овај скуп био је **највећи одржани научни скуп у области права на простору цијеле Европе у 2024. години**.

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 је на преко **2500 страница у пет томова објављено 115 радова од 149 аутора и коаутора из 19 држава** (Русија, Грчка, Индија, Италија, Мађарска, Мексико, Пољска, Португал, Шпанија, Румунија, Кипар, Словачка, Турска, Вијетнам, Србија, Хрватска, Северна Македонија, Црна Гора, Босна и Херцеговина – Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине). **Скоро половина 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 наунотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске као **међународни научни скуп од посебног значаја прве категорије**, и један је од три најбоље класификована и категорисана научна скупа из свих научних области у држави.

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 Источном Сарајеву, Пале, октобра 2025. год.

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

FOREWORD

We present to the scientific public the Proceedings “Law Between Protection and Abuse”, which is the result of the scientific conference held for the thirteenth time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the conference held in October 2024, **240 authors and co-authors, from five continents and 26 countries** (Greece, Russia, India, China, Italy, Hungary, Mexico, Poland, Portugal, Spain, Peru, Nigeria, Bulgaria, Romania, Cyprus, Georgia, Sweden, Malta, Slovakia, Vietnam, Albania, Serbia, Croatia, North Macedonia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina – Republic of Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina), presented **192 reports** in Serbian, Russian, English, Italian, Spanish that is, in their native languages.

In terms of the number of authors, countries they come from, number of papers and number and reputation of the co-organizers, the XIII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law is the **largest legal conference held in 2024 in the Europe**.

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 Proceedings contain over **2,500 pages in five volumes with 115 works by 149 authors and co-authors from 19 countries** (Russia, Greece, India, Italy, Hungary, Mexico, Poland, Portugal, Spain, Romania, Cyprus, Slovakia, Turkey, Vietnam, Serbia, Croatia, North Macedonia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina – Republic of Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina). Almost half of the papers were published in world languages (English, Russian and Italian). The scientific conference held on the occasion of the Day of the Faculty of Law is categorized and classified by the Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education of the Republic of Srpska as an **international scientific conference of the special importance of the first category** and is one of the three best classified and categorized scientific meetings from all scientific areas in the state.

The authors dealt with various issues of legal theory and practice, in all legal disciplines. Their goal was to independently and critically analyze legal principles and institutes, to subject legal theory and positive law to criticism, and to make a scientific contribution to the development of legal theory and the improvement of legal systems. The multi-methodological approach, which adorns not only the collection as a whole, but also individual papers, made it possible for the scientific analysis to be versatile and rich, and the achieved scientific results significant for the improvement of legal sciences. We believe that students of legal sciences will find enough good scientific analyses, intriguing positions and starting points for new scientific analyses. We also hope that 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 legal sciences, especially in difficult social and political circumstances, in which numerous challenges and difficult-to-solve theoretical and practical questions arise before the practitioners of legal sciences.

In East Sarajevo, Pale, October 2025

Editors-in-Chief

Associate Professor Dimitrije Čeranić

Associate Professor Svjetlana Ivanović

Assistant Professor Đorđe Marilović

Associate Professor Radislav Lale

Full Professor Samir Aličić

**ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 1 /
CIVIL LAW SECTION 1**

Проф. др Гордана Станковић

Редовни професор у пензији, Република Србија

ПРЕВЕНЦИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА НА ПРЕИНАЧЕЊЕ ТУЖБЕ

Право на правну заштиту и принцип диспозиције омогућавају тужиоцу као и противтужиоцу да у току поступка преиначи тужбу. Ако би странка била лишена могућности да подигнуту тужбу односно противтужбу мења, била би принуђена да нове захтеве за пресуду остварује у новим парницама и зато је, из разлога целисходности и економичности, дозвољено да се тужба односно противтужба мења у току првостепеног поступка. Право на преиначење тужбе односно противтужбе омогућава злоупотребу овог процесног овлашћења будући да се тужба може преиначити до закључења главне расправе, посебно ако до тога дође на последњем рочишту за главну расправу. Ако странка у току парнице мења битне елементе тужбе односно противтужбе она мења тему расправљања, извиђања и одлучивања те се перманентно нерационално ангажује рад суда, а противна странка долази у неповољну ситуацију јер стално мора да се брани од предузете офанзивне парничне радње и да се притом излаже новим трошковима поступка. Да би се спречило шиканозно преиначење тужбе, односно противтужбе, а да се странкама не би ускратило право на правну заштиту, законодавац је прописао, с једне стране, услове под којима је преиначење дозвољено, а с друге, да против решења којим се дозвољава или одбија преиначење тужбе односно противтужбе није дозвољена посебна жалба. Нормативним регулисањем института преиначења тужбе превенирана је евентуална злоупотреба овог процесног права и омогућено је да се право на преиначење тужбе користи рационално и лојално.

Кључне речи: Преиначење тужбе; Начело диспозиције; Начело злоупотребе процесних овлашћења; Абузивна парнична радња.

*

* *

Abusus non tollit usum

1. Право на правну заштиту,¹ по својој правној природи, представља аутономно јавно субјективно право које је, као једно од основних људских права, признато и загарантовано свим правним субјектима међународним и националним правним актима. Оно се признаје оном правном субјекту који сматра да има потребу за правном заштитом, без обзира на то ко је покренуо поступак правне заштите² и против кога је поступак покренут. Праву на правну заштиту одговара дужност суда³ да пружи правну заштиту кад су испуњени законски услови. Правна заштита коју треба да пружи суд у парничном поступку мора да испуњава одређене квалитете⁴ – да буде законита,⁵ правилна,⁶ једнака⁷ и правична.⁸

¹ Право на правну заштиту први пут је изричито било предвиђено у одредбама првог Закона о парничном поступку Републике Србије из 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 111/09, као фундаментално људско право које припада странкама које траже од суда правну заштиту по правилима парничне процедуре и истовремено су предвиђени и очекивани квалитети правне заштите која треба да буде законита, једнака и правична.

² Право на правну заштиту осим физичким и правним лицима припада и друштвеним феноменима који немају статус правног лица али им је законом или одлуком суда, под одређеним условима и са дејством у конкретној парници признато страначко својство, као и одређеним државним органима као странкама у функционалном смислу.

³ Испуњавање дужности пружања законите правне заштите зависи од правилне примене материјалног и процесног права које суд мора да познаје (*iura novit curia*). Суд треба да поступа по правилима процесног права и да пресуди на основу правила материјалног права.

⁴ Садржину права на правну заштиту чине и право на закониту правну заштиту, право на једнаку правну заштиту и право на правичан поступак као основна процесна људска права операционализована кроз различите одредбе ЗПП (2011).

⁵ Принцип законитости налаже суду да поштује све правне норме које чине правни поредак. Приликом пружања правне заштите суд у поступку поступа по начелу легалитета. Он не може да поступа по начелу опортунитета или по начелу правичности. Процесна правила су императивне природе и представљају једини извор процесног права који регулише поступање суда и странака у парничном поступку. Процесни режим је пројектован тако да спречи арбитрерност, произвољност и злоупотребе процесних овлашћења, а самим тим и да спречи непотребно одуговлачење поступка. Суд је, исто тако, дужан да спор који је повод парници реши на начин који је предвиђен правом и у складу с правилима материјалног права. Законито пружање правне заштите на основу правила материјалног права значи да је суд везан за хијерархију правних извора и да се судске одлуке заснивају на Уставу, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима, законима и другим

2. Право на правну заштиту остварује се и врши у сваком конкретном случају тражењем правне заштите одређене садржине. Кад тужилац затражи правну заштиту, он одређује: од кога заштиту тражи, према коме се заштита тражи и у чему се та заштита треба да састоји. Право на правну заштиту у парничном поступку врши се да би се издејствовала одлука суда којом се изриче тражена правна заштита и тако, посредним путем, уз ангажовање суда, остварило повређено, угрожено или оспорено грађанско субјективно право. Право на правну заштиту које се врши и остварује покретањем поступка за пружање грађанскоправне заштите гаси се у сваком конкретном случају тек кад се оконча поступак за пружање правне заштите без обзира на то да ли је исход поступка за тужиоца био повољан или није.

3. Тужбу, као иницијалну парничну радњу којом се од суда захтева пружање правне заштите одређене садржине, тужилац може, по правилу, да допуни, измени или преиначи новом парничном радњом у току поступка под предвиђеним условима, као и под условом да тиме не злоупотребљава своја процесна овлашћења.⁹ Ово правило важи и у погледу противтужбе јер је она, по својој правној природи, самостална тужба коју је подигао тужени као противтужилац.¹⁰

општим актима донетим у складу с законом (одредба члана 6, став 2 Закона о уређењу судова из 2023).

⁶ Право на правилну правну заштиту, које произлази из принципа законитости, значи да суд доноси одлуку по правилима парничног поступка тако што на утврђено чињенично стање у поступку примењује правила материјалног права којима је регулисан конкретни правни однос у коме је настао спор. Пружање правилне правне заштите значи да је суд везан за правне норме процесног и материјалног права – да мора да поступа по правилима парничне процедуре и да настали спор у парници реши на основу правила материјалног права онако како то она предвиђају, што значи да треба да усвоји или да одбије захтев за пресуду зависно од тога да ли је правна заштита затражена основано или није.

⁷ Право на једнаку правну заштиту представља уставни принцип и елемент владавине права. Парничне странке имају једнак процесноправни положај иако се налазе у различитим процесним улогама јер је то последица уставног принципа о једнакости пред законом и судом и једнаког права на правну заштиту. Обе парничне странке су равноправне и имају подједнака права и дужности у поступку.

⁸ Право на правично суђење представља уставни и конвенцијски принцип. Право на правичан поступак представља право странке, с једне стране, на одређени правичан третман од стране суда у поступку, а с друге, право странке да јој се у поступку правне заштите пружи заштита по унапред прописаном методу правне заштите. Право на правичан поступак има два аспекта: институционални, који треба да обезбеди независност суда и судија и непристрасност оних који одлучују у поступку пружања правне заштите, и процедурални аспект, који се манифестује у правичном поступању током поступка.

⁹ Санкција за предузету абузивну парничну радњу је њено одбацивање јер је суд дужан да спречи сваку злоупотребу процесних овлашћења. Суд је дужан да одбаци тужбу чим утврди да она представља факт злоупотребе права. У пракси се право на

Приликом редиговања тужбе односно противтужбе може да дође до грешака или до неког пропуста, те је тужиоцу омогућено да наставе грешке у писању поднеска отклони. Тим променама, које не представљају преиначење тужбе, не дира се у идентитет тужбе јер и после извршених промена у садржини тужба остаје иста.¹¹ Могућно је, исто тако, да тужилац, према дотадашњем току поступка, оцени да је требало или да другачије формулише свој захтев за пресуду, да истакне још неки захтев за пресуду, да промени лице које се налази у улози туженог или да тужбом обухвати још једног туженог. Ако тужилац¹² изврши промене тужбе у објективном или у субјективном смислу¹³ он тужбу мења у одређеном обиму или на одређени начин тако да претходно поднесена тужба и преиначена тужба нису идентичне.¹⁴ Променом тужбе накнадним предузимањем нове парничне радње у једној парници, тужилац износи пред суд нови спор на решавање или повећава обим већ изнетог спора, тако да долази до промене и посредног и непосредног предмета парнице.¹⁵

Промена тужбе односно противтужбе је диспозитивна парнична радња тужиоца односно противтужиоца. Због правне природе ове

тужбу, као јавно субјективно право најчешће злоупотребљава кад су у питању парнице о фиктивним споровима или парнице покренуте тзв. *SLAPP* тужбама (тужбама којима се покрећу стратешке парнице против туженог због његовог јавног говора о питању од јавног интереса у циљу његовог застрашивања, оптерећивања, кажњавања или узнемиравања и које фактички имају за циљ ограничавање права на слободу мишљења, информисања и јавног изражавања).

¹⁰ О противтужби и врстама противтужбе детаљно: Г. Станковић, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд 2018, 351; Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2023, 373; Г. Станковић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2024, 655.

¹¹ Промене којима се не преиначује тужба су: допуне, исправке и промене тужбених навода, сужавање тужбеног захтева и промена правног основа тужбеног захтева.

¹² Вид. Г. Станковић, В. Боранијашевић, 54.

¹³ Детаљно о томе вид. Г. Станковић, М. Д. Мијатовић, „Преиначење тужбе“, *Зборник радова „Право, традиција и промјене“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2020, 1.

¹⁴ Тужилац може тужбу да преиначи тако што ће: извршити промене у личности туженог, постојећи захтев квантитативно повећати, уз постојећи захтев истакнути нови, уместо првобитног истакнути нови захтев и променити чињенични основ тужбе. Зависно од тога на шта се промена у тужби односи разликују се субјективно и објективно преиначење тужбе.

¹⁵ Не представља преиначење тужбе истицање захтева за утврђење у току парнице (тзв. међупредлога за утврђење), захтева за одређивање привремене мере, захтева за обезбеђење парничних трошкова или захтева за накнаду парничних трошкова јер су то самосталне парничне радње. Међутим, истицање захтева за камату представља преиначење тужбе јер се истиче споредни захтев који се односи на потраживање о коме се одлучује пресудом.

парничне радње, право на преиначење тужбе не припада умешачу на страни тужиоца односно противтужиоца. Пуномоћник који је адвокат на основу издатог парничног пуномоћја и који има овлашћење по закону да предузима све парничне радње у поступку нема овлашћење да сам тужбу преиначи.

4. Разлози који мотивишу странку да промени битне елементе тужбе могу да буду различити. Може се догодити да је тужилац погрешно управео тужбу или да је погрешно формулисао тужбени захтев. Може се догодити да је накнадно сазнао за нове чињенице због којих може да истакне још један захтев за пресуду или да га квантитативно повећа или да, због насталих промењених околности, може накнадно да истакне још један захтев за пресуду.

5. Право на промену тужбе предвиђено је законом¹⁶ из разлога економичности и целисходности. Тужилац има интерес да преиначи тужбу када постојећу парницу жели да искористи да реши још један спор, да повећа изгледе на успех у конкретној парници или да избегне ризик губитка парнице.

Ако би тужилац био лишен могућности да подигнуту тужбу мења био би принуђен да нове захтеве за пресуду остварује у новим парницама и тиме оптерећује суд решавањем нових спорова, да себе или туженог излаже новим трошковима и зато је законом дозвољено да се тужба мења у току првостепеног поступка.¹⁷ Ако би, међутим, тужилац стално мењао тужбу, стално би мењао тему расправљања, извиђања и одлучивања, перманентно би нерационално био трошен судски рад, а тужени би стално био у неповољној ситуацији јер би стално морао да се брани од нове тужбе и да се притом излаже новим и новим трошковима. Због тога је законодавац дозволио промене тужбе под условима који су предвиђени законом и тиме спречио евентуалну злоупотребу процесних овлашћења и нерационално одуговлачење поступка.

6. У одредбама ЗПП (2011) предвиђени су услови за допуштеност преиначења тужбе у објективном и субјективном смислу.¹⁸ Тужилац

¹⁶ Закон о парничном поступку Републике Србије – ЗПП (2011), *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – др. закон, одредбе чл. 199–201.

¹⁷ У појединим регионалним правним системима дозвољено је преиначење тужбе само у току припремног поступка да би се спречило да се у току главне расправе, на којој се изводе докази, тужба преиначи будући да је законодавац сматрао да би то довело до одуговлачења поступка.

¹⁸ Тужилац најчешће преиначује тужбу у субјективном смислу да би отклонио грешку која је од утицаја на одлуку о основаности истакнутог тужбеног захтева. У пракси најчешће долази до субјективног преиначења тужбе због промене туженог посло-

има право да тужбу преиначи до закључења главне расправе.¹⁹ Ако би евентуално тужилац преиначио тужбу после закључења главне расправе суд је дужан да неблаговремено преиначену тужбу одбаци.

Тужилац може да преиначи тужбу без икаквих ограничења пре литиспенденције. После литиспенденције тужилац може да преиначи тужбу у објективном слислу само ако тужени пристане да расправља о преиначеној тужби, а ако он не пристане на преиначење, суд може да дозволи њено преиначење под одређеним условима. Осим тога, преиначење тужбе је и поред противљења туженог допуштено по самом закону у одређеним ситуацијама.

Тужилац може да преиначи тужбу у субјективном смислу после литиспенденције тако што ће уместо првобитног туженог тужити неко друго лице и тако изазвати тзв. чисто процесну сукцесију или тако што ће проширити тужбу на нове тужене и тако накнадно засновати пасивно супарничарство. Услови за преиначење зависе од вида субјективног преиначења.²⁰

7. Преиначење тужбе у објективном смислу после литиспенденције је дозвољено је, пре свега, уз пристанак туженог да би се на тај начин његови интереси заштитили и тужилац спречио у евентуалној злоупотреби процесних овлашћења.²¹ Тужени је одговорио на тужбу и у одговору на тужбу оспорио је истакнути тужбени захтев. Пошто је преиначењем тужбе промењен тужбени захтев о коме се тужени већ изјаснио, потребно је да му се пружи могућност да се изјасни и о промењеној тужби – о тужби која замењује првобитно подигнуту тужбу.

давца у току парнице која је резултат извршене статусне промене у складу са законом, због промене у личности главног уредника медија у медијским парницама или због тога што је банка у току парнице против дужника продала проблематичан кредит. Приликом субјективног преиначења тужбе минимални су изгледи да овај институт буде злоупотребљен.

¹⁹ Кад по одлуци другостепеног суда правна ствар буде враћена на поновно суђење тужилац у поновљеном првостепеном поступку нема право да на новој главној расправи преиначи тужбу у објективном смислу тако што ће променити истоветност захтева или истаћи други захтев уз постојећи а који не произлази из истог чињеничног стања. Кад чињенично стање буде измењено у поновљеном поступку тако да се измени чињенични супстрат, тужилац може да преиначи тужбу јер нема идентитета у погледу чињеничног стања на коме су били засновани ранији тужбени захтеви.

²⁰ Детаљно: Г. Станковић, (2024), 670.

²¹ Правила о преиначењу тужбе важе и у погледу преиначења мандатне тужбе после изјављивања приговора против платног налога будући да је тада овај посебан парнични поступак доживео трансформацију и да се у наставку поступка поступа по правилима општег парничног поступка. Уколико тужени евентуално повуче изјављени приговор против платног налога, издати платни налог производи дејство, те у тој ситуацији тужилац више не би могао да преиначи мандатну тужбу.

С друге стране, странке су биле дужне да на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу ако се припремно рочиште обавезно не заказује, изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и које су потребне за образложење изнетих предлога, да предложе доказе којима се потврђују изнете чињенице, да се изјасне о наводима и понуђеним доказима противне странке, као и да предложе временски оквир за спровођење поступка.²² Временско лимитирање у погледу дужности изношења процесног материјала на припремном рочишту омогућава суду да у току претходног поступка на припремном рочишту извиђа правну ствар и изврши тријажу процесног материјала, док је фаза главне расправе резервисана за извођење доказа у циљу формирања чињеничне подлоге за одлучивање.

Ако тужилац тужбу преиначи у фази главне расправе и тужени пристаје на преиначење,²³ суд мора решењем да констатује да је преиначење тужбе допуштено ако су били испуњени услови предвиђени законом. Против овог решења није дозвољена посебна жалба. Кад дозволи преиначење тужбе, суд је дужан да решењем одреди нов временски оквир за спровођење поступка. У наставку поступка странке расправљају о преиначеној тужби. Тужени ће, кад је оспорио истакнуте захтеве у преиначеној тужби, образложити због чега сматра да је неоснован нов тужиочев тужбени захтев изношењем нових чињеница и понудом нових доказа.

Суд није овлашћен да цени целисходност или оправданост преиначења тужбе кад тужени пристаје да расправља по преиначеној тужби. Суд је везан за дату сагласност туженог за преиначење тужбе и дужан је да констатује решењем да се парница наставља по преиначеној тужби.

8. Ако тужени не пристаје да расправља по преиначеној тужби,²⁴ суд је дужан да у тој ситуацији одлучи да ли је преиначење тужбе дозвољено. Суд је дужан да дозволи објективно преиначење тужбе кад су кумулативно испуњена два услова предвиђена законом. Он је дужан да дозволи преиначење тужбе увек кад оцени да је оно целисходно за коначно решење спора међу парничарима и ако то неће изазвати знатно одуговлачење поступка.

²² Вид. Г. Станковић, (2024), 1070.

²³ Тужени нема право да захтева да се одложи расправа да би се изјаснио да ли пристаје на преиначење тужбе јер би то довело до одуговлачења поступка.

²⁴ Тужени понекад не пристаје на преиначење тужбе јер или има више изгледа на успех у парници покренутој тужбом или не пристаје на преиначење због нових парничних трошкова које мора да поднесе по преиначеној тужби или да их евентуално касније сноси.

Кад је преиначење тужбе целисходно за коначно решење спора фактичко је питање и то зависи од конкретне ситуације, начина на који је тужба преиначена и оцене суда.

Ако тужилац преиначи тужбу повећањем постојећег захтева суд ће оценити да је преиначење целисходно јер то, по правилу, неће изазвати знатно одуговлачење поступка. Кад тужилац преиначи тужбу истицањем новог захтева уз постојећи, оцена целисходности зависиће од стања чињеничног супстрата у тренутку преиначења тј. да ли прикупљени чињенични материјал у тренутку преиначења омогућава да се без знатног одуговлачења реши спор.

Ситуација је нешто сложенија у погледу оцене целисходности преиначења ако тужилац тужбу преиначи променом истоветности захтева. С обзиром на то да преиначење променом истоветности захтева представља у суштини повлачење првобитно подигнуте тужбе, оцена о целисходности преиначења зависиће од неколико фактора. Суд ће бити у ситуацији да процени да ли ће поступањем по преиначеној тужби бити избегнута нова парница, да ли ће моћи да се ефикасно одлучи по преиначеној тужби с обзиром на прикупљени и расположиви чињенични материјал и да ли расположив чињенични супстрат омогућава ефикасно пресуђење без знатног одуговлачења поступка. Сматра се да је увек целисходно да суд дозволи преиначење тужбе ако процени да је боље да се спор реши у конкретној парници уместо да тужилац покреће нову парницу јер то изазива не само нове трошкове за парничаре и знатно ангажовање времена већ оптерећује и рад суда и утиче на његову ажурност и ефикасност.

На оцену суда у погледу целисходности преиначења немају утицај материјалноправна правила јер приликом оцене целисходности преиначења суд не узима у обзир чињеницу да ли ће по преиначеној тужби тужбени захтев бити усвојен или одбијен јер се суд руководи чисто процесним разлозима.

Други услов од кога зависи да ли ће суд дозволити преиначење тужбе тиче се временског тренутка у развоју поступка у коме је преиначена тужба. Тужилац може да преиначи тужбу поднеском или усменом изјавом на рочишту. С обзиром на то да су странке дужне да припремне поднеске подносе најкасније у року од 15 дана пре одржавања рочишта, искључена је могућност евентуалне злоупотребе овог института ако је поднесак који садржи преиначену тужбу послат суду благовремено.²⁵ Међутим, ако је тужилац тужбу преиначио истица-

²⁵ У пракси може да настане проблем ако је тужилац поднеском преиначио тужбу а тужени је у међувремену поднеском признао раније истакнути тужбени захтев. У том случају суд неће моћи да донесе пресуду на основу признања чак и кад је поднесак

њем новог захтева којим је променио истоветност захтева у свом расправном говору непосредно пред закључење главне расправе или у свом завршном говору, тада постоје индиције да преиначење тужбе има абузивни карактер и тада суд, по правилу, неће дозволити преиначење тужбе пошто би то довело до знатног одуговлачења поступка.

9. У пракси су честе ситуације, кад је у питању парница за накнаду нематеријалне штете, да тужилац, пошто је завршено вештачење и пошто је сазнао да ће у будућности трпети одређене штетне последице, изјављује да „прецизира“ свој тужбени захтев тако што квантитативно повећава висину захтева за накнаду штете и предлаже да суд унесе у записник констатацију да је „прецизиран“ тужбени захтев.²⁶

Кад је тужилац определио тужбени захтев тако што је квантитативно повећао износ потраживања истакнутог у тужбеном захтеву он је преиначио тужбу у објективном смислу. У судској пракси се, међутим, често сматра да тзв. „прецизирање тужбеног захтева“ односно опредељивање тужбеног захтева на рочишту квантитативним повећањем тужбеног захтева не представља објективно преиначење тужбе.²⁷

Пошто је суд унео у записник констатацију да је тужбени захтев опредељен на нов начин у погледу висине траженог износа, а тужени није ништа изјавио тим поводом и без противљења се упустио у расправљање о преиначеној тужби, његов пристанак на преиначење се претпоставља и у таквој ситуацији не постоји потреба да суд одлучује о преиначењу тужбе.

Ако се тужени противио преиначењу и суд је закључио да је целисходно да тужилац преиначи тужбу дужан је да одмах, без одлагања донесе решење којим ће одлучити да ли је дозвољено преиначење.

10. У одређеним случајевима, дозвољено је преиначење тужбе по самом закону у току првостепеног поступка независно од тога да ли се тужени противи или се не противи преиначењу тужбе јер је зако-

туженог приспео у суд пре благовремено поднетог поднеска тужиоца који садржи преиначену тужбу јер давање изјаве о признању тужбеног захтева, као један од услова за доношење пресуде на основу признања, не доводи до закључења расправе према одредби члана 348, став 1 ЗПП (2011). Изјава о признању представља основ за доношење одлуке ако су испуњени остали услови за пресуђење. Детаљно о томе вид. Г. Станковић, (2024), 1163.

²⁶ ЗПП (2011) не познаје институт „прецизирања тужбеног захтева“. Прецизирати тужбени захтев означавало би исправку језичке формулације тужбеног захтева који је био неправилно формулисан.

²⁷ У судској пракси има и ситуација да суд, после вештачења којим је утврђена висина штете, налаже тужиоцу да „уреди тужбу тако што ће прецизирати тужбени захтев после налаза судског вештака“.

нодавац сматрао да је оно целисходно и економично те у том случају није потребно да суд одлучује о томе да ли одобрава преиначење. Преиначење тужбе је дозвољено по самом закону, без обзира што се тужени томе противи, ако тужилац преиначује тужбу зато што су се после подизања тужбе измениле околности, тако да по истом основу тражи другу ствар или новчани износ. На пример, ако тужилац уместо пропале ствари тражи накнаду штете. Кад је преиначење тужбе дозвољено по самом закону, евентуално противљење туженог нема утицаја и тужилац је овлашћен да до закључења главне расправе преиначи тужбу.

11. Право да преиначи тужбу у објективном смислу без пристанка туженог по закону предвиђено је и одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу (2015).²⁸ Ово овлашћење има тужилац у парници за утврђење да је извршење недозвољено истицањем два нова кондемпнаторна захтева уз постојећи захтев за утврђење кад је после подизања тужбе у поступку извршења спроведено извршење.²⁹ Он има право да захтева да суд осуди туженог (извршног повериоца из поступка извршења) на чинидбу тако што ће му наложити да врати све оно што је примио у току поступка извршења и да захтева да му накнади, осим парничних трошкова, и трошкове поступка извршења. Усвајањем ових кондемпнаторних тужбених захтева тужилац који је био извршни дужник имаће извршну исправу која ће бити основ за принудно намирање његовог потраживања.³⁰

12. У парници у којој је тужба преиначена у објективном смислу суд је дужан да одлучи о допуштености или недопуштености преиначења. Он о томе одлучује и кад тужени пристаје на преиначење, кад тужени не пристаје на преиначење и кад он одлучује о целисходности преиначења, као и кад је по самом закону дозвољено преиначење.

Решење које суд доноси и кад дозвољава и кад одбија преиначење тужбе, по својој правној природи, је решење о управљању поступком. Против решења којим се дозвољава или одбија преиначење тужбе

²⁸ Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 – Аутентично тумачење, 10/23 – др. закон.

²⁹ Детаљно Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2022, 463.

³⁰ Г. Станковић, „Парнични поступак за утврђење недозвољености извршења“, *Билтен Коморе извршитеља*, Београд, 4/17; Г. Станковић, „Парнични поступак за утврђивање недозвољености извршења“, *Правно-информациони систем Републике Србије*, Литература, <https://www.sglasnik.com>.

није дозвољена посебна жалба јер би то изазвало одуговлачење поступка.

Ако би законодавац дозволио самосталну жалбу против решења којим је дозвољено или одбијено преиначење тужбе то би, с једне стране, представљало повреду и одступање од основног принципа да против решења о управљању поступком није дозвољена посебна жалба осим ако посебним одредбама није друкчије прописано, док би, с друге, право на изјављивање жалбе могло би да буде злоупотребљено а то би негативно утицало на ефикасност судског поступка и настојање да се поступак одвија у разумном року и без одуговлачења.

Уколико би странка касније побијала ово решење уз одлуку о главној ствари, та процесна повреда као жалбени разлог представљала би само релативно битну процесну повреду одредаба парничног поступка.

С обзиром на то да решење којим се дозвољава или одбија преиначење тужбе није решење којим се у једној парници окончава парнични поступак, против овог решења не би била дозвољена општа ревизија као ванредни правни лек.

13. Стварна ненадлежност суда није процесна сметња за преиначење тужбе али може да буде процесна сметња за поступање и одлучивање парничног суда о дозвољености преиначења. Тужилац може тужбу да преиначи и тако да за њу више није надлежан парнични суд већ суд друге врсте или да тужбу преиначи повећањем тужбеног захтева, тако да због тога није више надлежан за преиначену тужбу основни већ виши суд.

Ако парнични суд више није стварно надлежан да поступа по преиначеној тужби, он је дужан да донесе решење којим ће се огласити ненадлежним и одлучити да уступи правну ствар надлежном вишем суду. За одлуку о уступању надлежном суду није од значаја да ли тужени пристаје или не пристаје на преиначење тужбе.

Суд коме је уступљена преиначена тужба може да закључи да није стварно надлежан да поступа по њој. У том случају он је дужан да се огласи ненадлежним и да врати правну ствар суду који му је уступио на решавање преиначену тужбу.

Иако се ради о дозвољеним диспозицијама тужиоца, преиначење тужбе које доводи до промене стварно надлежног суда може да представља парничну радњу абузивног карактера која је предузета у циљу одуговлачења поступка, због повећања парничних трошкова парничном противнику или ради остваривања права на камату јер камата почиње да тече од дана истицања захтева кад се враћа оно што је стечено без основа ако је стицалац био савестан.

14. Суд коме је уступљена преиначена тужба дужан је да спроведе поступак тако што ће доставити поднесак са преиначеном тужбом или записник који садржи изјаву о преиначењу и наложити туженом да се изјасни о преиначеној тужби. Кад се тужени не сагласи да се поступа по преиначеној тужби, суд коме је уступљена преиначена тужба дужан је да оцени да ли је целисходно да дозволи преиначење у конкретној ситуацији. Ако суд коме је уступљена преиначена тужба дозволи преиначење, поступак се наставља пред њим, а ако не дозволи преиначење, правна ствар се враћа суду који је био надлежан да поступа по тужби пре њеног преиначења.

Суд коме је уступљена преиначена тужба дужан је да у року од 15 дана одлучи о допуштености преиначења кад се тужени противи преиначењу тужбе. Прописивањем рока у коме је суд дужан да одлучи о дозвољености преиначења законодавац је настојао да спречи одуговлачење поступка.

Ако је суд дозволио преиначење тужбе, дужан је да омогући туженом да одговори на преиначену тужбу и припреми се за расправљање, ако за то није имао довољно времена.³¹ И тужени који је пристао на преиначење има право на припрему за одговор на преиначену тужбу и расправљање јер треба да размотри њену основаност³² и да понуди доказе за случај да су нове чињенице спорне.

15. Превентивно деловање у циљу спречавања евентуалног абузивног преиначења тужбе остварује се у парници на нормативном плану не само прописивањем услова под којима је преиначење тужбе дозвољено већ и регулисањем принципа судског руковођења поступком који представља најефикасније средство за спречавање абузивних парничних радњи будући да суд процењује и одлучује да ли је преиначење тужбе у конкретној парници дозвољено и да ли служи остварењу објективног циља поступка.³³

16. С обзиром на то да је злоупотреба процесних овлашћења изричито забрањена законом, законодавац је, као једну од репресив-

³¹ Правни стандард „довољно време“ који се односи на време које је потребно туженом да се припреми за одговор на преиначену тужбу и за расправљање по њој пошто је суд дозволио преиначење. Садржину овог правног стандарда одређује суд према конкретним околностима и тренутку у коме је дошло до преиначења тужбе.

³² Основаност истакнутог захтева оцењује се с обзиром на тренутак истицања новог захтева, а не према тренутку подношења првобитне тужбе.

³³ О превенцији злоупотребе процесних овлашћења детаљно: Г. Станковић, „Превенција злоупотребе процесних овлашћења“, *Зборник радова копаоничке школе природног права – Слободан Перовић, Међународни односи и правда*, том 3, Београд 2023, 227.

них мера,³⁴ предвидео новчану казну због злоупотребе процесних овлашћења.

ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Преиначење тужбе и преиначење противтужбе, као диспозитивне парничне радње предвиђене су интересу парничних странака и економичности и ефикасности поступка у погледу решавања спора који је био повод парници, могу да омогуће несавесном парничару да злоупотреби ово процесно овлашћење будући да се тужба односно противтужба може преиначити до закључења главне расправе, посебно ако до тога дође на последњем рочишту за главну расправу. Да би се спречило шиканозно преиначење тужбе, односно противтужбе, а да се странкама не би ускратило право на правну заштиту, законодавац је, из превентивних разлога, прописао, с једне стране, услове под којима је преиначење дозвољено, а с друге, да против решења којим се дозвољава или одбија преиначење тужбе односно противтужбе није дозвољена посебна жалба. Нормативним регулисањем института преиначења тужбе превенирана је евентуална злоупотреба овог процесног овлашћења и створени су услови да се право на преиначење тужбе односно противтужбе користи рационално и лојално, а да се странкама не онемогући приступ суду и пружање правне заштите, док је регулисањем процесних овлашћења суда, принципом судског управљања поступком и принципом забране злоупотребе процесних овлашћења омогућено да суд спречи евентуалну злоупотребу преиначења тужбе односно противтужбе у пракси.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Станковић, Гордана, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд 2018;
2. Станковић, Гордана, *Коментар Закона о парничном поступку*, прво издање, Службени гласник, Београд 2024;
3. Станковић, Гордана, „Превенција злоупотребе процесних овлашћења“, *Зборник радова Копаоничке школе природног права – Слободан Перовић, Међународни односи и правда*, том 3, Београд 2023;
4. Станковић, Гордана, „Парнични поступак за утврђење недозвољености извршења“, *Билтен Коморе извршитеља*, Београд 4/17;

³⁴ Г. Станковић, „Репресивни мерки поради злоупотреба на процесните овластувања“, *Зборник радова са међународног симпозијума Савремено право, правна наука и Јустинијанова кодификација*, Правни факултет Скопље 2004, 249.

5. Станковић, Гордана, „Репресивни мерки поради злоупотреба на процесните овластувања“, *Зборник радова са међународног симпозијума Савремено право, правна наука и Јустинијанова кодификација*, Правни факултет, Скопље 2004;
6. Станковић, Гордана, „Парнични поступак за утврђивање недозвољености извршења“, *Правно-информациони систем Републике Србије*, Литература, <https://www.slglasnik.com>;
7. Станковић, Гордана, Боранијашевић, Владимир, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2023;
8. Станковић, Гордана, Дукић Мијатовић, Маријана, „Преиначење тужбе“, *Зборник радова „Право, традиција и промјене“*, Источно Сарајево 2020;
9. Станковић, Гордана, Палачковић, Душица, Трешњев, Александра, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2022.

Правни извори

1. Закон о парничном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 111/09;
2. Закон о парничном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – др. закон;
3. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 – Аутентично тумачење, 10/23 – др. закон;
4. Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 10/23.

Full Professor Gordana Stanković, LL.D.

Republic of Serbia

PREVENTION OF ABUSE OF THE RIGHT TO MODIFICACION OF A LAWSUIT

Summary

The right to legal protection and the principle of disposition allow the plaintiff as well as the counter-plaintiff to modify the lawsuit during the procedure. If the party was deprived of the possibility to amend the filed claim or counterclaim, it would be forced to file new requests for transfer, the court is created in new lawsuits and that is why, for reasons of expediency and economy, it is allowed to change the claim or counterclaim during the first-instance proceedings. Amending the lawsuit or counterclaim provides a wide possibility for the abuse of this procedural authority, since the lawsuit can be amended until the conclusion of the main hearing, especially if it happens at the last hearing for the main discussion. If a party during the litigation changes the essential elements of the claim, it changes the topic of discussion, exploration and decision-making and is permanently not rationally engages the work of the court, and the opposing party comes to an unfavorable situation because he constantly has to defend himself against the offensive litigation actions and to be exposed to new costs of the procedure. In order to prevent the chicanery modification of the claim, i.e. the counterclaim, without denying the parties the right to legal protection, the legislator prescribed, on the one hand, the conditions under which the modification is allowed, and on the other hand, against the decision allowing or refusing modification of the claim or counterclaim is not allowed as a separate appeal. The normative regulation of the institute of redrafting the claim prevented any abuse of this procedural right and enabled the right to redraft the claim to be used rationally and loyally.

Key words: *Modification of the claim; Principle of disposition; Principle of abuse of procedural powers; Abusive litigation.*

Проф. др Бранко Мораит

Редовни професор и судија у пензији

АНТИНОМИЈЕ О ДРЖАВНОЈ ИМОВИНИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

У чланку аутор обрађује актуелни проблем тражења „коначног рјешења“ за државну имовину у Босни и Херцеговини. У ту сврху анализирано је више текстова разних аутора на ту тему у стручној периодици. У основи свих питања лежи оспоравање уставне надлежности ентитета над природним богатствима и добрима у општој употреби. Као главни иницијатори кампање препознају се Високи представник за БиХ и Уставни суд БиХ. Високи представник је своју дјелатност промовисао законима-декретима, нарочито Законом о забрани располагања државном имовином и пројектом Закона о државној имовини. Судска пракса Уставног суда БиХ подржава иницијативе Високог представника, а уједно даје квалификације и дефиниције државне имовине које Високи представник преузима у законе-декрете. Закључак који произилази након анализе ставова аутора и законских аката гласи да је посебно уређивање и институционализација државне имовине након спроведене трансформације стварних права у Босни и Херцеговини ретроградан и сувишан пројекат.

Кључне ријечи: Право својине; Државна имовина; Трансформација стварних права; Уставна надлежност.

1. УВОД

Вријеме у којем живимо у фокус ставља разна политичко-правна питања чије је благовремено рјешавање пропуштено, да би се након тридесет година „мирне Босне“ заоштрило до нивоа дезинтеграције земље. Питање „чија је државна имовина у Босни и Херцеговини“ је антиномија. Према здраворазумском одговору државна имовина припада држави. И питање је ријешено. Али, од тога почиње тек да се

рјешава.¹ Један од закључака Управног одбора ПИК-а² од јуна 2024. године гласи да „Република Српска није потписник Дејтонског споразума, да ентитети нису државе и немају суверенитет. УО ПИК-а охрабрује домаће органе да се конструктивно ангажују у проналажењу прихватљивог и одрживог рјешења за питања државне имовине, што представља кључни елемент Програма 5+2. Нерјешавање овог питања озбиљно утиче на инвестиције и привредни раст државе.“ Политички директори УО ПИК су на састанку у Бриселу 26. и 27. фебруара 2008. године утврдили захтјеве које органи БиХ требају испунити прије затварања ОХР-а. Ови циљеви су:

1. прихватљиво и одрживо рјешење питања расподеле имовине између државе и других нивоа власти,
2. прихватљиво и одрживо рјешење за војну имовину,
3. потпуно провођење коначне одлуке за Брчко,
4. фискална одрживост промовисана путем Споразума о утврђивању сталне методологије за утврђивање коефицијената за расподелу средстава UIO-а и оснивања Националног фискалног вијећа,
5. заживљавање владавине права (демонстрирано путем усвајања Државне стратегије за ратне злочине, доношењем Закона о странцима и азилу и усвајањем Државне стратегије за реформу сектора правосудја).

Поред ових циљева, Управни одбор Вијећа за провођење мира је такођер утврдио два услова која треба испунити БиХ прије затварања ОHR-а:

1. Потписивање ССП-а, и
2. Позитивна процјена ситуације у БиХ од стране Управног одбора Вијећа за провођење мира заснована на пуном поштовању Дејтонског мировног споразум.

Након ових екскурзија у реалне политичке токове, поставља се претходно питање, чија је држава БиХ? Које држава припада, јер ако

¹ Према изјави Александре Пандуревић, чланице Главног одбора СДС, 2009. године потписан је са Тихићем и Човићем споразум у којем је наведено да ће питање државне имовине бити ријешено на државном нивоу.“ „Ослобођење“, 13. 6. 2024.

² Према Ненаду Кеџмановићу, проф. емеритусу, „Надзор имплементације Дејтонског (основног споразума и десет анекса) требало је ваљда да врше њени потписници (председници, премијери, канцелари), односно њихови кабинети, или министри спољних послова, али они су овластили политичке директоре својих министарстава. Најзад, ови су задатак делегирали амбасадорима у Сарајеву, који чине Веће за имплементацију мира (ПИК), састају се једном недељно и консултују се с лажним в.п.. Елем, амбасадорократија у комбинацији са диктатуром в.п. Наравно, ништа о томе нема у Дејтону.“ „Политика“, 24. август 2024. године.

ћемо знати коме припада државна имовина морамо претходно сазнати коме припада држава? Да ли је народна или партијска? Сигурно да није народна у смислу једнонационалне или грађанске. Прије би требало рећи да је вишенационална, односно да припада првенствено трима конститутивним народима који преко својих националних странака владају државним институцијама. Дакле, ефективно и реално је вишепартијска или тропартијска држава којом доминирају тзв. националне странке. Или, како произилази из инволвираности тзв. међународне заједнице у управљање државом, да је то протекторат међународне заједнице који је беспоговорно крчио свој пут и дјеловао на унутрашњу и међународну политику и правни систем у БиХ. По нашем мишљењу, најбоље би било да је БиХ правна држава и да у њој влада право и демократске институције, а не намиривање интереса партијских бирократија уз стално мијешање поменутих и разних других спољних фактора. Код таквог стања ствари, тешко је рећи коме треба да иде државна имовина.³ Бројни примјери из даље или ближе прошлости указују на квадратуру круга својинског питања у Босни и Херцеговини.⁴

2. ПРЕТХОДНА ПИТАЊА ТРАНЗИЦИЈЕ И ПРИВАТИЗАЦИЈЕ И ПОЈМОВА ИМОВИНЕ ОДНОСНО ВЛАСНИШТВА

О питању транзиције ријеч су првенствено имали економисти. Тако су се поједини изјашњавали да је „појам транзиције доста широк. Ми га сводимо на ликвидацију друштвене својине над средствима за производњу.“⁵

О државној својини у привреди постоји негативно мишљење по којем „државна својина подразумијева увођење политике у економију, чиме се умањује привредна ефикасност и то понекад веома драстично.“⁶ „Кад год се покушало с приватизацијом читаве привреде, њој је претходила етатизација.“ (...) Кад год прибегнете административно заснованој (и, нужно, централизованој) промени у економији

³ Како је сликовито и језгровито рекао Кочићев Давид у „Јазавцу пред судом“, да посједује земљу која није „ни Давидова, ни царска, ни спахијска.“

⁴ Када је, седамдесетих година прошлог вијека, почела децентрализација високог образовања само је сарајевски универзитет остао „државни“, остали су се финансирали од стране локалне заједнице. Данас, Националну и универзитетску библиотеку БиХ финансира ФБиХ, АНУ БиХ, такођер. Ништа са префиксом БиХ нема уређен систем финансирања од стране БиХ. А то је последица Дејтонске децентрализације БиХ, коју неки превиђају или одбијају да прихвате као правни статус.

⁵ С. Бурек, „Уводно излагање“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 10.

⁶ Б. Хорват, „Приватизација наспрам етатизације“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 12.

(...) морате очекивати неетичне поступке који иду до отвореног криминала (...). Корупција, непотизам и опште безакоње се разбуктавају и долази до краха јавног морала.“⁷

Други економски експерти се изјашњавају како „власништво, није везано само за физичку особу, јер је повијесно познато да постоји приватно, државно, институционално и разне комбинације тих власничких односа, те се стога каже да свако правно лице може бити власник.“⁸ И, даље, излаже се да „колективно власништво пројектује апстрактног субјекта као носиоца права власништва (...). Овај тип власништва има такође различите облике, од којих су најчешћи државно или национално власништво (предузеће или непрофитне институције), концесије, јавна добра, јавне финансије и др., од којих су људи као појединци више или мање отуђени, тј. без права да управљају непосредно тим власништвом. Доказано је да нити један од видова колективног власништва није заштићен (контрола, ефикасност, и др.) те нужно производе, поред економских и снажне социјалне посљедице. (...) Зато сваки покушај да се задржи или у другим видовима утемељи колективни тип власништва, бар као иницијалног за одређено вријеме, може произвести, а већ производи, врло негативне економске, а тиме и политичке и социјалне посљедице. (...) Ако из перспективе типа власништва посматрамо могућност остваривања људских права, видјет ће се да приватно власништво омогућава више слобода (политичких, вјерских и других) него што то може колективни тип власништва.“⁹

Изнесен је и став да су „носиоци права власништва (по пропису Закона о власничкоправним односима¹⁰) физичка и правна лица. Посебним законом се одређују лица која су носиоци појединих власничких овлаштења на стварима у власништву Федерације, односно у власништву кантона, опћине или града.“¹¹

Како наводи сљедећи аутор из економске струке, „историја друштва је историја власништва.“¹² Након ослобођења 1945. за освајање и очување стечених власти, супротно „слободи приватне иницијативе у привредном животу“ успједиле су експропријације, национализације и остали провјерени начини остваривања власничких права неко-

⁷ *Ibid.*, 13.

⁸ М. Дедић, „Власништво и права“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 19.

⁹ *Ibid.*, 21.

¹⁰ *Службене новине ФБиХ*, бр. 6/98.

¹¹ Т. Бурмазовић, „Савремени приступ власничкоправним односима у правном систему Босне и Херцеговине“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 44.

¹² С. Андријић, „Власништво у транзицији нетржишног господарства“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 55.

номским средствима.“ У бившој ФНРЈ „државна својина“ се након пет година владања, претвара, шездесетих година у „друштвену својину“, несвојинске природе. То је изашло из спознаје руководства компартије „да државно власништво и у социјалистичким друштвеним заједницама има повијесну ограниченост; да не производи економску ефикасност.“¹³ У ФБиХ је у новембру 1994. „силом закона друштвена својина национализована.“¹⁴

Као економска категорија својина као присвајање је правно дограђена. Значи да је својина и економска али и правна категорија. Занимљива је и својинско-правна терминологија која има коријен у латинским називима. *Dominium* изражава идеју власти коју сопственик има над стварима и који одговара термину „власништво“ док термин *proprietas* данас одговара термину „својина“.¹⁵

Шта је својина?

Како смо већ навели, под појмом својине подразумејева се и економски и правни аспект. Право својине је правна категорија. Првобитна друштвена својина првобитних људских заједница, развојем производње, претвара се у индивидуално присвајање добара.¹⁶ Римски правници дају лапидарну али свеобухватну дефиницију својине кроз њене функције, *usus, fructus i abusus* (посједовање, кориштење и располагање). Економски појам својине означава њену улогу присвајања добара. Правни појам својине или право својине је правно прописан начин присвајања од стране овлашћеног титулара права, односно правном нормом уређен и заштићен правни однос.¹⁷ Право својине је најпотпуније право на ствари које припада титулару, носиоцу, овлашћенику права.¹⁸

Поистовјеђивање појмова „својине“ и „имовине“ јавља се у јеку расправе која се води у Босни и Херцеговини, претежно на политичком нивоу, поводом настојања Високог представника и бошњачке политичке компоненте кроз усвајање њихових апелација Уставном суду БиХ за одређивањем титулара „државне имовине.“ У средишту ужарене политичко-правне расправе, закашњеле тридесетак година након настанка дејтонске БиХ, упорно се, од стране конфронтираних учесника ове расправе наводи да се ради о државној имовини. Под

¹³ *Ibid.*, 56.

¹⁴ *Ibid.*, 57.

¹⁵ Х. Кофрц, „Својина и концесија у процесу транзиције“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 96.

¹⁶ В. Спаић, *Грађанско право – општи дио и стварно право*, Сарајево 1971, 478.

¹⁷ *Ibid.*, 484.

¹⁸ *Ibid.*, 485.

државом, заговорници унитарне и централистичке БиХ имају у виду цјелокупну имовинску масу на цијелој територији БиХ не уважавајући унутрашњу, политичко-територијалну подјелу БиХ на ентитете, који су организационо и функционално државно-политичке заједнице *sui generis*. Према нашем запажању, већина протагониста спорења око државне имовине не примјећује разлику између имовине и својине, јер та разлика и правно-теоретски и практично постоји и ти термини нису појмовно ни садржински синоними. У уџбеницима грађанског права истиче се да је „погрешно својину идентификовати с имовином.“¹⁹ Имовина обухвата сва права неког лица имовинске природе, тј. која су процјењива у новцу и размјењива за новац; имају новчану вриједност и могу се изразити у новцу. Имовина обухвата само права, а под тим се не титулишу ствари, реална добра која су само предмет (објект) имовинских, стварних, права. Имовина не може бити предмет грађанскоправног промета; не може се правним пословима преносити с једног субјекта права на другог. Права обухваћена појмом имовине (стварна, облигациона и др.) могу се преносити средствима грађанскоправног промета, куповати и продавати, поклањати, давати у закуп и сл., али имовина као цјелина не иде у промет.²⁰ И други познати ауторитети цивилисти истичу како је давно запажено да се јављају разна значења термина „имовина.“ Термин „имовина“ се често мијеша са правом својине, па чак и са ствари на коју се право својине протеже. Тако је неправилно рећи „непокретна имовина“, за „непокретну ствар“. То због тога што својина може бити у нечијој имовини, али имовина не може бити у нечијој својини.²¹

3. ТРАНСФОРМАЦИЈА СТВАРНОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ²²

У оквиру обраде власничких односа у БиХ, од краја Другог свјетског рата до 1995. године, за нашу тему су значајна два одјељка који се односе на трансформацију власничког поретка у бившој СФРЈ (1988/90–1992) и у БиХ након 1992. године. Како ауторица излаже, у првој фази уставних промјена Амандманом XXIII на Устав СФРЈ извршена је парцијална либерализација, гарантовањем приватног власништва. Другом фазом уставноправне либерализације отклоњена су квантитативна ограничења приватног власништва, а сваки облик

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1977, 167.

²² М. Повлакић, *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2009.

власништва, друштвеног, задружног, мјешовитог или приватног, проглашен је равноправним.²³ Међутим, реформа затеченог доминантног облика друштвеног власништва, као негације приватног власништва, није успиједила и у БиХ, тј. нису донесени закони о денационализацији и приватизацији због дисолуције СФРЈ.²⁴

Ново власничкоправно уређење ентитета у БиХ ће добити доношењем нових кодификација стварног права на ентитетском нивоу. Тада ни домаћи ни страни актери који су припремали ове кодификаторске акте нису негирали ентитетску надлежност у нормирању стварноправних прописа. Друштвено у државно власништво претворено је у периоду од 1992. до 1995. године, симултано у оба ентитета. У Републици Српској претворба је извршена доношењем Закона о преносу средстава друштвене у државну својину, а у Федерацији БиХ 1994. године доношењем Закона о претворби друштвеног власништва.²⁵ Тим законским актима друштвено власништво преименовано је у државно власништво, али је притом занемарена суштина, тј. да „друштво“ није било власник друштвених средстава, јер су она „*de facto*“ припадала различитим привредним, друштвеним и друштвено-политичким (у ствари „државним“) субјектима. Законима ентитета о претворби власништва није прописано којим јавноправним субјектима се повјеравају поједина средства. Субјект „држава“ је био крајње неодређен.

Ауторица наглашава „да је управо одређивање титулара државног власништва у БиХ, које ентитетски закони нису ријешили, најспорније питање, и то чак није политичко него правно питање.“²⁶ Ми бисмо се могли са овим сложити да се конфликтна босанско-херцеговачка „политика“ није толико инволвирала и замутила цијело ово питање.²⁷ Надаље, ауторица излаже да претворба друштвеног у државно вла-

²³ *Ibid.*, 32.

²⁴ *Ibid.*, 35.

²⁵ *Ibid.*, 40.

²⁶ *Ibid.*, 41.

²⁷ „Из СДА објаснили Додику: „Ентитету РС се не може узети оно што нема – а нема државну имовину, она припада Босни и Херцеговини. (...) Сви потенцијални инвеститори морали би имати на уму да према пресуди Уставног суда БиХ „ентитети нису надлежни за располагање државном имовином на било који начин, укључујући пријенос власништва, закуп, концесију или привремену употребу.“ Због тога ће, прије или касније, бити поништене као незаконите све инвестиције које се покушавају реализовати на државној имовини, уложени новац пропасти, а они који су их омогућили, на челу са Милорадом Додиком, кривично одговарати“, наводи се у саопштењу и да као такав може бити, по сили закона а не посредством правног посла, слједник бивше друштвене својине по територијалном принципу Странке Демократске акције.“ (Портал, „Слободна Босна“, 26. 8. 2024.).

сништво у Републици Српској није разграничила могуће јавноправне титуларе, тј. алокацију државног власништва другим јавноправним субјектима, тј. јединицама локалне самоуправе. И посебно наглашава да у вријеме када је Закон о преносу средстава државне у друштвену својину (1993. године) у Републици Српској донесен, није било размишљања и о разграничењу између РС и БиХ, што ће се доцније испољити као веома комплицирано и осјетљиво правно-политичко питање.²⁸

Ауторица даље истиче да је Закон о преносу средстава друштвене у државну имовину Републике Српске правно нелогичан, јер са друштва као друштвеног универзума није било могуће правним послом пренијети друштвену својину на неког другог правног субјекта, нити од невласника стећи право својине. Чини се да ауторица губи из вида да је ентитет државно-правни субјект, дио државне територије у оквирима територијално-политичког разграничења унутар БиХ и да, као такав, може бити, по сили закона, *ex lege*, сљедник друштвене имовине у оквирима своје територије, по територијалном принципу. Нико не спори вриједност тзв. „функционалног принципа“, тј. „да титулари одређених средстава постану одређени јавноправни субјекти којима су за обављање послова у њиховој надлежности неопходно потребна одређена средства.“²⁹ На примјер, неспорно постојање буџета институција БиХ говори о томе да су за функционисање институција БиХ од стране ентитета БиХ и Брчко Дистрикта БиХ издвајана и непрестано се издвајају потребна средства којима институције БиХ располажу као својом имовином.

Одредбом члана 3 Аутентичног тумачења Закона о преносу средстава друштвене у државну својину у Републици Српској³⁰ прописано је да: „својина која је постала државна на основу члана 3 Закона о преносу средстава друштвене у државну својину уписаће се у земљишним књигама као својина Републике Српске.“³¹ У Федерацији БиХ на снази је Закон о претворби друштвене својине донесен 1994. године од стране бивше Републике БиХ, која у вријеме доношења тог закона није имала фактичку власт на цијелој територији БиХ.³² Како ауторица надаље излаже, Закон о претворби друштвене својине РБиХ из 1994. године одредбом члана 1 прописује да у власништво државе постају добра у општој употреби и природна богатства која, по наводима ауторике, нису уопште подобна да буду објекти права власниш-

²⁸ М. Повлакић, 45.

²⁹ *Ibid.*, 44.

³⁰ *Службени гласник РС*, бр. 74/07.

³¹ М. Повлакић, 46.

³² *Ibid.*, 47.

тва, јер њима одређени јавноправни субјект само управља, тј. има само један атрибут права власништва, управљање, а не и располагање.³³

Ако полазимо и уважавамо овај правно-теоријски релевантан исказ, тада се поставља питање, зашто се политичко посезање за природним богатствима и добрима у општој употреби од стране високих представника и бошњачких политичара уопште разматра као озбиљна опција?

Наведени закон РБиХ који се пролонгира у ФБиХ, како истиче ауторица, „успоставља даље само подјелу на линији БиХ и ФБиХ, све оно на чему право располагања нема ФБиХ припада (Републици) БиХ.“ Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта БиХ из 2002. године, прелазним и завршним одредбама прописује да је БД БиХ, ступањем на снагу тог закона, постао власник пољопривредног, шумског и градског грађевинског земљишта.³⁴ Како ауторица наводи, БД БиХ је тим законом проглашен искључивим власником тих добара, те то асоцира на раније важећу одредбу Устава РС³⁵ према којој су природна богатства, градско грађевинско земљиште, некретнине и ствари од нарочитог привредног, културног и историјског значаја, за које је законом установљено да су од општег интереса искључиво у државном власништву. Дјелимичном Одлуком Уставног суда БиХ број У-5/98 II од 18. и 19. 2. 2000.³⁶ ова уставна одредба је проглашена неуставном, јер је супротна уставној гаранцији права власништва.³⁷ Упркос свим овим законским рјешењима, ауторица истиче да „чињеница да је бивше друштвено власништво постало у ентитетима државним власништвом не значи да се ради о власништву државе БиХ; управо је одређивање титулара државног власништва једно од најспорнијих политичких питања у БиХ.“³⁸

Друштвено власништво из којег је изведено државно власништво у Босни и Херцеговини било је додјељивано различитим субјектима на управљање и кориштење; градско грађевинско земљиште општинама, пољопривредно земљиште општинама и пољопривредним добрима, шуме шумским газдинствима, а зграде и канцеларије органа управе. Током ратних дејстава цијели корпус власништва државе БиХ (који није постојао, прим. наша) подијељен је између различитих

³³ *Ibid.*, 48.

³⁴ *Ibid.*, 52.

³⁵ Устав РС, чл. 59, ст. 1, 2 и 3.

³⁶ *Службени гласник БиХ*, бр. 11/00.

³⁷ М. Повлакић, 53.

³⁸ *Ibid.*, 55.

тих нивоа власти (РС, ФБиХ, Дистрикт Брчко БиХ, десет кантона, градова и општина/опћина). Како даље образлаже ауторица, „питање припадности средстава која су раније припадала БиХ (и ово је упитно, прим. наша) која су по систему готових факата на терену припадала другим субјектима је значајно правно али и горуће политичко питање у БиХ за које још увијек нема рјешења:“³⁹ Одлуком Савјета министара⁴⁰ основана је Комисија за државну имовину, утврђивање и распо-дјелу државне имовине, одређивање права и обавеза БиХ, ентитета и Брчко Дистрикта БиХ у управљању државном имовином. Најпроблематичнијим задатком те комисије показало се одређивање критерија за подјелу државне имовине између различитих нивоа власти.“⁴¹

Према нашем мишљењу ово је нелогичан исказ, јер државна имовина БиХ није утврђена, дефинисана нити пописана, а заговара се њена подјела. Како да се подијели нешто што није утврђено, дефинисано нити пописано? Како ауторица претходно наводи, рат и посљедице рата су свршени факти, имовина је подијељена између новонасталих субјеката, ентитета Брчко Дистрикта БиХ, кантона у ФБиХ, градова и општина/опћина, а планирани закон би имао за циљ „одређивање титулара државног власништва, што другим ријечима значи подјелу имовине између државе БиХ, ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.“⁴²

А како сада ствари стоје на терену и у актима, по нашем мишљењу, то је већ постигнуто. По нама и овај исказ је упитан, јер одређивање титулара треба да значи утврђивање имовине која припада БиХ, а не нова подјела или одузимање имовине од ентитета и БД БиХ. Како се нама чини, ово политичко питање није могуће рјешавати правним мјерама, неком ретроактивном национализацијом, јер је имовина која припада ентитетима и БД БиХ већ дефинисана као државна имовина. Како се наводи, Комисија се руководила територијалним и функционалним принципом прерасподјеле већ распоређене државне имовине, с преовлађујућим функционалним принципом, „да поједини нивои власти, органи и други јавноправни субјекти добију на управљање и кориштење она добра која су неопходна за задовољавање њихових потреба и обављање њихових функција.“⁴³ По нашем мишљењу, ноторно је да је то већ завршено, јер органи БиХ, институције на нивоу БиХ, несметано функционишу у одговарајућим некретнинама и пословним просторима и располажу буџетом БХ институција који се

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Службени гласник БиХ*, бр. 10/05.

⁴¹ М. Повлакић, 56.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, 57.

сваке године повећава. Ипак се, као рефрен понавља, од заговорника васпостављања неке замишљене државне имовине, којом би монополистички господарила држава, да је „држава БиХ слѣдник СРБиХ, те би по принципу правног слѣдништва имовина СРБиХ требала припасти БиХ.“⁴⁴

Под утицајем заговорника догме о државној имовини као *corpus separatum* од имовине ентитета и БД БиХ или о некој свеобухватној имовини која искључује притежање ентитета и БД БиХ, промовисан је став да је у Босни и Херцеговини неријешен статус државне имовине и да, као такав, неминовно претпоставља прописивање забране располагања⁴⁵ овом имовином.

И овај исказ је споран, јер када се каже „овом имовином“, а још се не зна која је, апсурдно је забранити располагање с нечим чега нема. Међутим, Одлуком Високог представника од 26. 5. 1999. и 15. 5. 2003. године⁴⁶ и након тога Законом о привременој забрани располагања државном имовином БиХ⁴⁷ произашло је, и тако је протумачено, да забрана располагања државном имовином погађа постојећу (државну) имовину ентитета и Брчко Дистрикта БиХ, јер дефинисане државне имовине, у погледу обима, врсте, количине и евиденције, што прописује овај законски декрет, у стварности нема. Једина сувисла одредба, која даје извјестан одговор на питање шта је државна имовина БиХ, је у одредби члана 1 Закона о привременој забрани располагања државном имовином БиХ којим је прописано „да се под државном имовином БиХ подразумијева непокретна имовина која припада држави БиХ на основу међународног Споразума о питањима сукцесије, која се на дан доношења овог закона сматра власништвом или посједом БиХ или друге јавне организације БиХ.“⁴⁸ Ова одредба је јасна и тумачења јој не треба. Међутим, у пракси дјеловања високог представника и Уставног суда БиХ дошло је до изражаја екстензивно и произвољно тумачење ове одредбе, јер је потпуно нејасно шта се „сматра“ имовином БиХ. Умјесто тога, а прије дефинисања „власништва државе БиХ“, постало је јасно да су мета овог „рјешавања“ питања државне имовине заправо природна богатства која се налазе на територији БиХ а којим управљају и располажу надлежни органи ентитета, БД БиХ, кантона, градова и општина/опћина у БиХ. Овако поступање координације високог представника и Уставног суда БиХ заправо је уставноправна акција којом се жели промовисати постојање неке нај-

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Службени гласник БиХ*, бр. 13/00, 34/00, 11/01, 24/02 и 13/03.

⁴⁷ *Службени гласник БиХ*, бр. 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07 и 99/07.

⁴⁸ М. Повлакић, 58.

више власти у БиХ која би хијерархијски била надређена нижим нивоима власти, а што није прописано Уставом БиХ, јер БиХ није конституисана као савезна држава у којој би савезна власт имала хијерархијски вишу позицију и била надређена нижим нивоима власти. Овакав развој политичко-правног „рјешавања“ питања државне имовине произлази из појаве да је политичко насиље потиснуло право, правну државу и владавину права, политичари су истиснули из јавног дискурса истинске правне ауторитете, а припадници академске заједнице су, нажалост, у добром дијелу постали апологете политичких центара моћи којима припадају по националном кључу. Сваки покушај вођења уравнотежене, професионалне и квалификоване стручне и академске расправе о овим, вјештачки наметнутим питањима је, у постојећем друштвено-политичком амбијенту, утопијска мисија.

4. ЈАВНОПРАВНИ АСПЕКТ ВЛАСНИШТВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Пошто термин „државно власништво“ упућује на претпоставку да је држава БиХ титулар тог власништва, што је спорно и неријешено питање, као адекватнији термин ауторица предлаже термин „јавно власништво.“ Тиме би се, по нашем мишљењу, одвукла пажња од правог питања које заговорници реинкарнације државног власништва постављају, а то би се постигло и неутралним терминима као што су: „ствари у власништву државе и другим јавноправним субјектима.“⁴⁹ Ауторица истиче и да право својине није јединствено и цјеловито за све титуларе, субјекте, већ да је нужна дистинкција као „крајњи циљ којем трансформација власничких односа у БиХ треба тежити, али који још није постигнут“, тј. одвајање и разликовање правног режима државног јавног власништва од права својине других субјеката права, вјероватно се мисли у режиму приватне својине.⁵⁰ На крају излагања, ауторица истиче, као проблем, неразликовање термина и појмова као што су општа и јавна добра која се неправилно користе као синоними, али наглашава општепознате одреднице; да општа добра уопште не могу бити предмет права власништва нити имати титулара; да су јавна добра опште намјене и употребе подастрта свим субјектима и свима доступна под једнаким условима, док су добра од општег интереса она добра за која је „друштво/држава заинтересована за начин њиховог кориштења“. У ту категорију улазе, према ауторизи, супротно од раније тврдње, и „опћа добра али и ствари које могу бити предметом

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

власништва (пољопривредна земљишта, шуме, културни споменици и сл.).“⁵¹

Према овим наводима произилази да, према заговорницима државне имовине у БиХ, појединим представницима академске заједнице у ФБиХ, Високом представнику и Уставном Суду БиХ, у корпус државне имовине треба да уђу и општа добра, која, како је теоријски исправно и у пракси уобичајено, а од стране ауторице већ потврђено, „не могу бити предмет права власништва нити имати титулара јавног власништва.“ Ако је непобитно да се општа добра не могу подвести под појам јавног власништва, онда није логично да могу ући у прижељкивани корпус државне имовине. Да би се та логичка недоумица замаглила, ако не може у државну имовину хајде да прихватимо да постану јавна имовина БиХ. Како ауторица излаже, „у многим још увијек важећим законима ентитета и кантона у БиХ и даље долази до изражаја посебна позиција државног власништва.“⁵² Својинско-правни односи у БиХ нису уређени по моделу који је разрађен у Закону о власништву Републике Хрватске у којем су општа добра, која не могу бити предмет права власништва дата на управљање држави, јавна добра у општој употреби налазе се под режимом општих добара и јавна добра у јавној употреби су у власништву државе за обављање јавноправних функција државних органа и тијела, средства државног буџета.⁵³

Напомињемо да се и у Босни и Херцеговини за функционисање органа и тијела БиХ континуирано издвајају материјална и финансијска средства, као што су примјери изградње објеката на земљишту РС и ФБиХ за потребе ОСА, државног затвора, Суда БиХ, заједничких институција БиХ и сл. Припремање закона о државној имовини у организацији Високог представника било би, претпостављамо, у форми декрета о национализацији имовине ентитета, Брчко Дистрикта БиХ, кантона, градова, општина/опћина или би било циљано усмјерено на развлашћивање само једног ентитета!? Да ентитети нису сагласни са развлашћивањем и одузимањем уставом повјерених надлежности свједочи и примјер од 20. јуна 2024. године, да је у ентитету ФБиХ у припреми свеобухватан, праведан и модеран закон о шумама.⁵⁴ Како се наговјештава, у средствима јавног информисања, у номенклатури објеката који, према прелиминарним замислима креатора декрета, треба да припадну држави, наводе се грађевинско и пољо-

⁵¹ *Ibid.*, 62.

⁵² *Ibid.*, 63.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ <https://factor.ba>aktuelno>preds...>

привредно земљиште, шуме и шумско земљиште, војна имовина, општа и јавна добра, и добра од јавног интереса и имовина у другим државама.⁵⁵

Прилоге за расправу о државној имовини у Босни и Херцеговини налазимо и у Зборнику радова Будванских правничких дана.⁵⁶ Аутори наглашавају комплексност и важност државне имовине. Према њиховом излагању, државну имовину чини комплекс сачињен од земљишта и вода. То је непроцјењив и незамјењив ресурс који одражава суверенитет једне земље. Надаље, сматрају да државна имовина обухвата непокретне ствари у власништву државе и новчане тражбине као и некретнине изван БиХ. Међутим, признају чињеницу, *status quo*, да БиХ нема стварну контролу над стварима у њеном власништву (*sic*) нити закон о правној контроли над сопственом имовином. Другим ријечима, аутори признају да је државна имовина фикција, а не правна и стварна категорија.⁵⁷ У међународноправној дефиницији државе, како истичу аутори, нигдје се не спомиње државна имовина, него се наводи само да држава има „одређено подручје.“ Ово подручје државе је простор на коме се врши државна власт и њен територијални суверенитет. Суверена је само она државна власт којој су све друге власти на територији потчињене, а према вани то има значење њене независности. Цитирајући разне изворе аутори закључују: „губитком власти губи се и териториј, а губитком власти или територија нестаје држава.“⁵⁸

Можемо поставити питање, након оваквих навода, да ли је према овим ауторима БиХ држава и да ли уопште постоји? Нама се чини да БиХ стварно и правно постоји онако како је конституисана Анексом 4 Дејтонског мировног споразума.

Али, аутори настављају са својом аргументацијом, да „државно власништво није исто што и државни териториј. Заправо, државно

⁵⁵ Секретар Градске управе Зеница Селвер Келештура и директор компаније „АНДРО ИНТЕРНАЦИОНАЛ“ из Омиша Домагој Томасовић потписали су данас у Зеници предуговор за куповину комплекса/некретнина бившег Зеничког одмаралишта у мјесту Дуђе у Хрватској. „Потписивање овог Предуговора осигурава обавезу да се потпише уговор о купопродаји комплекса/некретнина Зеничког одмаралишта у мјесту Дуђе, Опћина Дуги Рат, Република Хрватска, те утврде услови исплате понуђене цијене за куповину комплекса/некретнина, а након окончања поступка брисања административне забране располагања некретнином“, казао је Келештура.

⁵⁶ Л. Велић, Е. Омеровић, „Имовина Босне и Херцеговине: изазови и перспективе“, *Саветовање о актуелним и спорним питањима савременог права*, Зборник радова, Савез удружења правника, XXVII Будвански правнички дани, Београд 2024.

⁵⁷ *Ibid.*, 65.

⁵⁸ *Ibid.*, 69.

власништво је много ужи појам од државног територија у којем државни териториј својим обимом и садржином обухвата, како приватну тако и државну својину.“

Овај исказ навођених аутора, нехотично или с научном савјешћу, даје вјерни оквир својинско-правних односа у БиХ.

Даље слиједи закључивање да је у СФРЈ преовладавало државно/друштвено власништво које је „државу стављало у привилегован положај и није допуштало да одређене некретнине буду у приватном власништву.“⁵⁹ Аутори констатују да не постоји законска дефиниција државне имовине.⁶⁰ Међутим, по нама, а што је пресудније, не постоји ни уставна дефиниција државне имовине. Због тога аутори за потребе својих навода изводе дефиницију државне имовине из Закона високог представника о забрани располагања државном имовином, одлука Уставног суда БиХ и Споразума о питањима сукцесије.

По нашем мишљењу, такво дефинисање је произвољно и неуобичајено у правној теорији. Потом аутори изводе, из произвољно утврђене „дефиниције“, добра која су у власништву БиХ, а то су: шуме и шумско земљиште, пољопривредно земљиште и воде. Аутори закључују да је нормирање статуса државне имовине предуслов опстанка БиХ, а да ентитети играју улогу (ваљда привремених) управљача државном имовином, коју би, према ауторима, требало да има држава.⁶¹

Упркос жељама аутора, стварно стање јесте да су ентитети и Брчко дистрикт БиХ законима уредили управљање, располагање и кориштење природних ресурса, њихов правни промет и књижење у јавним евиденцијама некретнина као *modus aquirendi* стицања права на природним ресурсима и да својом легитимном, легалном и уставном надлежношћу нису угрозили функционисање државе, односно државних институција БиХ. По нашем мишљењу, правна наука и академска заједница не могу подржати неоснована и волунтаристичка тумачења уставноправних и законских норми ма како изгледао оправдан политички циљ који се у међустраничком надметању између централистичко-унитаристичких политика и бранилаца уставне демократије и правне државе желио постићи.

Други аутор, из истог зборника радова,⁶² у својој анализи закључује да „још увијек није могуће у цјелини одговорити на постављено

⁵⁹ *Ibid.*, 72.

⁶⁰ *Ibid.*, 74.

⁶¹ *Ibid.*, 84.

⁶² М. Лишић, „Питање пољопривредног земљишта у Босни и Херцеговини – пракса Уставног суда БиХ“, *Саветовање о актуелним и спорним питањима савременог*

питање коме припада пољопривредно земљиште под режимом државног власништва (ентитету или држави).⁶³ Другим ријечима, аутор износи реално становиште потврђено у законодавној пракси ентитета да ентитети „уважавају режим државног власништва“ над пољопривредним земљиштем и да се тако уређују и реализују правни односи поводом пољопривредног земљишта и других природних ресурса који се налазе на ентитетским територијама и чији органи и организације имају фактичку и правну власт да њима управљају и располажу сагласно важећим правним нормама.

Сада ћемо се задржати на прилозима у посебном, јавноправном, зборнику радова.⁶⁴ У првом прилогу,⁶⁵ наводећи насловљену одлуку Уставног суда БиХ, аутор закључује да по обиму „у државну имовину улазе сва добра која служе свим грађанима, добра која нису везана само за извршавање специфичних надлежности одређеног административно-територијалног нивоа у држави, као и она која могу служити финансирању државних трошкова.“ Полазећи од судске праксе аутор изводи закључак да у државну имовину БиХ улази имовина „коју је добила из сукцесионе масе и она која се налази на територији БиХ узимајући у обзир и јавна добра која служе свим људима (вода и водени токови, шуме, рудна налазишта, подручја од посебног климатског и еколошког значаја, транспортна инфраструктура и сл.“,⁶⁶ и да се неким будућим, прижељкиваним, законом треба одредити поступак уписа права власништва у корист државе БиХ заједно са начином управљања и могућношћу располагања. Што се тиче ентитета аутор им оставља имовину према „принципу пропорционалности (?) ради потреба и интереса ентитета који морају дјелотворно вршити своју власт.“⁶⁷ Мада је аутор на полеђини наведеног зборника, који је уређивао навео да „није задатак Уставног суда да одређује критерије према којима ће БиХ располагати државном имовином већ да је то у искључивој надлежности законодавца да ли ће и у којем обиму државну имовину стављати на располагање ентитетима“, ова ауторова хипотеза је демантована тридесетогодишњом правном и фактичком реалношћу.

права, Зборник радова, Савез удружења правника XXVII Будвански правнички дани, Београд 2024.

⁶³ *Ibid.*, 61.

⁶⁴ *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012.

⁶⁵ Е. Шарчевић, „Одлука о државној имовини У-1/11“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012, 17.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

Сљедећи аутор из истог зборника радова⁶⁸ указује на два супротна процеса на простору БиХ од 1945–1992/1995. и након 1995. Први период обухватао је процес претварања приватне имовине у државну, а супротан је процес претварања државне имовине у приватну.⁶⁹ Први процес је организован примјеном мјера државне принуде, тј. конфискацијом, аграрном реформом, колонизацијом, експропријацијом и национализацијом.⁷⁰ Други процес се одвија претворбом, приватизацијом и денационализацијом. Тај процес би требао довести до преноса „стварних права на стварима у друштвеној својини у право власништва њихових титулара или у право власништва државе БиХ, њених ентитета ФБиХ и РС, односно јединица локалне самоуправе, Брчко дистрикта, кантона, градова и опћина. Поред тога, некадашња друштвена правна лица треба реорганизовати у својинско-правне субјекте, а бившим приватним власницима, односно њиховим насљедницима омогућити реституцију власништва.“⁷¹ Аутор својом имажинацијом изводи закључак да БиХ није нова него стара држава, да је 1992. године призната као независна држава и пошто до данас није донесен закон који би регулисао државну имовину Закон о претворби друштвене својине Републике БиХ⁷² је важећи пропис те да је, у складу са његовим одредбама, БиХ власник цјелокупне некадашње друштвене имовине.“⁷³

Умјесто да брани и елаборира ову своју исхитрену и ријетко навођену тврдњу, аутор се већ у сљедећим пасусима од истога ограђује ријечима: „Међутим, ствари нису ни изблиза тако једноставне. Закон о претворби друштвене својине никад није проведен у цијелој БиХ, односно никад није извршена укњижба права власништва на државној имовини у корист БиХ.“⁷⁴ Умјесто тога, сам аутор истиче да је извршена законита приватизација државне имовине у БиХ, Оквирним законом о приватизацији предузећа и банака у БиХ којим се признаје право ентитетима да приватизују предузећа и банке на својој територији.⁷⁵ Слиједом тога, неоспореним законима из надлежности ентитета, извршена је приватизација станова, који су били у друштвеном

⁶⁸ Е. Мујкић, „Државна имовина у БиХ – генеза проблема“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012.

⁶⁹ *Ibid.*, 24.

⁷⁰ *Ibid.*, 25.

⁷¹ *Ibid.*, 35.

⁷² *Службени лист РБиХ*, бр. 33/94.

⁷³ Е. Мујкић, 38.

⁷⁴ *Ibid.*, 39.

⁷⁵ *Ibid.*, 47.

власништву по територијалном принципу (*lex rei sitae*).⁷⁶ Законима о грађевинском земљишту ФБиХ и РС извршена је приватизација изграђеног грађевинског земљишта. Денационализација ни реституција нису законима прописана нити извршена.⁷⁷ У овом контексту спомиње Споразум о питањима сукцесије бивше СФРЈ закључен у Бечу 29. 6. 2001. године⁷⁸ који кроз седам анекса рјешава питање сукцесије опадајућих дијелова имовине бивше СФРЈ, покретне и непокретне имовине, дипломатске и конзуларне имовине, финансијских потраживања и дуговања, архиве, пензија, осталих права, користи, интереса и обавеза, приватну својину и стечена права. Цитирани аутор рјешавање питања државне имовине у БиХ сматра „једним од највећих изазова с којима се Босна и Херцеговина сусрела у периоду након Дејтонског споразума, прије свега због политичких конотација...“⁷⁹ „Политичке конотације“ види у сукобу око државне имовине који се састоји од опречних ставова ентитета око овог питања. Из Републике Српске истиче се јасан став да имовина треба да припадне ентитету на чијој се територији налази (*lex rei sitae*), јер је тако уставно дефинисано, законима и у пракси проведено и то је *status quo* који траје до данас. С друге стране, Федерација БиХ се приклања ставу да право власништва над државном имовином треба да припадне БиХ, а да се након тог замишљеног акта преузимања имовине ентитета од БиХ, имовина редистрибуира на ниже нивое власти према функционалном принципу расподеле.⁸⁰ Међутим, након тога, аутор излаже опречан став, по којем, под „власништвом државе“, „мисли се како на државу БиХ, тако и на њене саставне дијелове, односно ентитете, Брчко дистрикт, кантоне у ФБиХ, градове и општине, без прејудуцирања начина на који ће бити ријешено питање расподеле државне имовине између различитих нивоа државне власти.“

Аутор се овим изјашњава да је државна имовина не само она која се заговара за ниво БиХ него и она у ентитетима. По нашем мишљењу ово становиште изгледа реалистично, јер одражава стварно стање на терену и у правној сфери, јер је државна имовина одавно распоређена органима јавне власти у БиХ на свим нивоима. Ноторно је да та имовина није никакав монопол власништва или строго ограничена имовинска сфера институција БиХ, јер институције БиХ имају своје надлежности стриктно прописане Уставом БиХ и посједују материјална и финансијска средства за обављање послова из своје надлежности.

⁷⁶ *Ibid.*, 49.

⁷⁷ *Ibid.*, 51.

⁷⁸ *Службени лист БиХ – Међународни уговори*, бр. 10/01.

⁷⁹ Е. Мујкић, 52.

⁸⁰ *Ibid.*, 52.

Ако ово имамо у виду онда се може закључити да је апсурдно заговарати „рјешавање“ питања распоdjеле власништва над државном имовином, између „државе“ и нижих нивоа власти на „адекватан“ начин. Залажући се за неки нови модел редистрибуције власништва унутар БиХ, аутор повлачи паралелу између модела распоdjеле државне имовине унутар БиХ са моделом из Споразума о питањима сукцесије бивше СФРЈ који је, по њему, „у највећем дијелу“ ријешао питање власништва имовине бивше СФРЈ распоdjелом на државе сукцесорке бивше СФРЈ. По нашем мишљењу, аутор губи из вида да је цитирани споразум о сукцесији међународни уговор и да унутар БиХ не постоји платформа за неки додатни међународни споразум којим би се редефинисала постојећа рјешења из Дејтонског мировног споразума о територијалном разграничењу унутар Босне и Херцеговине. Упркос познавању и признавању статуса државне имовине *de facto et de iure* аутор устрајава са тезом о потребним активностима на нивоу БиХ зарад редефинисања државне имовине. Тако, као једну важну карику у том смјеру, види Одлуку Вијећа министара о оснивању Комисије за државну имовину, утврђивање и распоdjелу државне имовине, одређивање права и обавеза БиХ, ентитета и Брчко дистрикта БиХ у управљању државном имовином.⁸¹ Поред ових задатака, наведена комисија требала је израдити критеријуме за утврђивање државне имовине и њену распоdjелу доношењем потребних законских и подзаконских прописа. Прејудуцирајући пројектоване задатке Комисије, који нису ни започели, одредбом члана 2 наведене одлуке Савјета министара БиХ прописано је да се „државном имовином сматра покретна и непокретна имовина која је припала држави БиХ на основу међународног Споразума о питањима сукцесије,⁸² покретна и непокретна имовина на којој је право располагања имала бивша СР БиХ и било који од њених органа прије 31. децембра 1991. године, те имовина која се сматра предметом распоdjеле након извршене анализе земљишних књига и катастра непокретности и то, без обзира да ли се на дан доношења наведене одлуке сматра власништвом или посједом, или је уписана као имовина било којег нивоа власти или јавне организације у БиХ и без обзира да ли је том имовином, у периоду престанка постојања СФРЈ, на било који начин или у било којем облику распо-

⁸¹ *Службени гласник БиХ*, бр. 10/05, 18/05, 95/05 и 70/05.

⁸² Како су поједини чланови расправе о питању сукцесије инсистирали „предмет диобе би била само она имовина која је припадала бившој СФРЈ као правном лицу, а не имовина република и привредних субјеката.“ (С. Софтић, „Имовина СФР Југославије као предмет сукцесије“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999, 128. Овако се више не изјашњавају када се ради о диоби државне имовине Босне и Херцеговине?!)

лагало неко правно лице или орган јавног или приватног карактера.“⁸³ *Prima facie* ова одлука нема законску снагу која је потребна за нормирање ове имовинскоправне проблематике и овакво прописивање је противуставно. Након тога Високи представник се активно укључио у рјешавање питања државне имовине прогласивши Закон о привременој забрани располагања државном имовином у Босни и Херцеговини.⁸⁴ Циљ нормативне активности Високог представника био је „потреба да се заштите интереси државе од штете која би евентуално могла настати због располагања државном имовином прије доношења закона којим би ова област била уређена“.

Није потребно посебно образлагати ноторну чињеницу да у демократској и правној држави са подјелом власти на законодавну, извршну и судску никакав појединац не може имати законодавну надлежност и да су такве законодавне активности противуставне. Напомињемо да је Република Српска донијела Закон о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања. Овим законом РС је прописала да се сва имовина која је под забраном располагања а налази се на територији РС, власништво РС, да њом управља и располаже Влада РС, а да се под правом управљања и располагања, у смислу тог закона, сматра продаја, замјена, уступање на кориштење, закуп, установљење службености, установљење права грађења, успостављање концесије, успостављање хипотеке и други облици располагања у складу са важећим прописима.⁸⁵ Овим законом је РС дала овлашћења Влади РС да може са Савјетом министара БиХ закључити споразум о уступању на кориштење дијела имовине потребне институцијама БиХ, ради обављања послова из њихове надлежности, али да се та имовина, по престанку потребе ради које је уступљена институцијама БиХ, врати у посјед надлежним органима РС у затеченом стању, Поред тога, истим законом било је прописано да ће питање перспективне војне имовине за потребе ОС БиХ бити регулисано посебним споразумом између Владе РС, Савјета министара БиХ и Владе ФБиХ. Високи представник је донио налог да се обуставља примјена тог закона до ступања на снагу коначне одлуке УС БиХ о наведеном закону. На тај начин је високи представник „рјешавање“ питања државне имовине пребацио на УС

⁸³ *Ibid.*, 53; *Службени гласник БиХ*, бр. 18/05, 29/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 и 58/08.

⁸⁴ Закон о привременој забрани располагања државном имовином ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 20/05, 17/06, 62/06, 40/07, 70/07 и 94/07; Закон о привременој забрани располагања државном имовином РС, *Службени гласник РС*, бр. 32/05, 17/06, 32/06, 100/06, 10/07 и 44/07.

⁸⁵ Е. Мујкић, 61.

БиХ. УС БиХ је само донекле прихватио наложени задатак тако што је избјегао очекивану улогу законодавца по питању коначног рјешења државне имовине, мада је својим одлукама понудио низ идеја како би прижељкивани државни закон о државној имовини требало да изгледа. Уставни суд БиХ је низом својих одлука прогласио наведени закон неуставним.⁸⁶ Тако је неуставну законодавну праксу високог представника верификовао, док је законодавну праксу ентитета, који је по Уставу БиХ и по Уставу РС неспорно законодавно надлежан, прогласио неуставном. Како су римски правници лијепо рекли, из неправда не може настати право. Да би настало право надлежни законодавни орган у прописаном законодавном поступку доноси законе и друге опште прописе. Ако то доноси неки други орган, тијело или појединац у некој земљи онда се стање у таквој земљи може оквалификовати као ванредно стање, а такви акти су упад у правни систем дате земље.

Сљедећи аутор који се бавио јавноправним аспектом државне имовине⁸⁷ истиче да питање уређења власништва над покретном и непокретном имовином спада у сферу стварног, а самим тим и грађанског права, али да су јавноправни аспекти овог питања изузетак од општег правила у случају БиХ.⁸⁸ Под појмом државне имовине овај аутор подразумева дефиницију државне имовине која је садржана у Одлуци Савјета министара БиХ о формирању Комисије за државну имовину из 2004. године.⁸⁹ У своме закључку наводи да „са аспекта стварног права није спорно да имовину може посједовати било који од нивоа власти. Међутим, правна правила не регулишу и питање коме и у ком обиму одређена имовина треба припасти.“ Стога, овај аутор заговара комбинацију територијалног и функционалног принципа.

Након изложеног увида у радове из домена јавноправног аспекта својинског питања не можемо са сигурношћу утврдити који су стварни разлози да се води спорење око значења појма „државна имовина“, да се тај појам користи и као имовина и као својина, да ли као синоним или сепаратно, у вријеме када је право својине у пуном обиму и грађанскоправном значењу враћено у правни систем Босне и Херцеговине, односно ентитета. Једино што се може примјетити јесу настојања да државна имовина треба да буде један од главних атрибута

⁸⁶ *Ibid.*, 62.

⁸⁷ Е. Мехмедовић, „Државна имовина у БиХ: државно или ентитетско власништво – јавноправни поглед“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012.

⁸⁸ *Ibid.*, 67.

⁸⁹ *Ibid.*, 70.

власти на нивоу БиХ и да садржи јавноправна овлашћења империјума. Тако пројектована имала би улогу и симболично значење привилегованог, најјачег, облика својине, што је превазиђена идеолошко-политичка категорија изlišна у правном регистру стварних права. Стари Латини нас подсећају: *imperare sibi maxium imperium est*. Међутим, чини се да заговорници коначног рјешења питања државне имовине имају за циљ обједињавање власти и власништва на државном нивоу, *potestatem et proprietatem*. Тако би се могао разумјети јавноправни аспект ове непотребне политичко-правне расправе. Вјерујемо да је у теорији напуштена совјетска теза да је све у држави јавноправо и да се не рестаурира у Босни и Херцеговини, независној, правној и демократској држави на европском путу. Нисмо склони вјеровању да се иза „коначног рјешења“ питања државне имовине крије неки нови чин или злочин којим би се неки дијелови Босне и Херцеговине и неки од конститутивних народа лишили имовине као услова свога постојања.

5. СУДСКА ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА БИХ О ДРЖАВНОЈ ИМОВИНИ

Кроз низ својих одлука Уставни суд БиХ је употребљавао појам државне имовине, мада га није могао извести из уставних одредби, јер Устав БиХ то питање није нормирао. То је необична методолошка платформа у раду Уставног суда БиХ, али и у раду било којег редовног суда, да креира дефиницију једног правног института. Тако је, према судској пракси Уставног суда БиХ, државна имовина посебан облик својине, јавноправне природе, који ужива посебан статус због њеног јавноправног титулара. Садржина такве имовине је функционална, јер обухвата покретне и непокретне ствари које служе функционисању јавне власти и територијална, јер може да обухвата „јавно добро“ (морска вода и морско дно, ријечна добра и ријечна корита, језера, планине и друга природна богатства, јавну саобраћајну мрежу, саобраћајну инфраструктуру, итд.). Уставни суд наглашава да „јавно добро“ може бити изузето из правног промета да би било заштићено и сачувано.⁹⁰

С обзиром да је у БиХ извршена својинска трансформација и да је државна својина одиграла своју улогу као прелазни облик јавне својине, из друштвене у државну својину, а потом у право својине које правни субјекти, физичка и правна лица, стекну по правном основу и на законит начин, поставља се питање, откуда Уставном суду БиХ

⁹⁰ Одлука УС БиХ бр. У-1/11 (*Службени гласник БиХ*, бр. 73/12) и У-16/20 (*Службени гласник БиХ*, бр. 49/21).

надлежност да прописује и дефинише државну својину као посебан облик својине, а да за такву врсту прописивања нема ни уставна ни законска овлашћења?⁹¹ Поред тога, слиједећи сопствену методологију, Уставни суд уврштава јавна добра под појам државне имовине, мада сам наводи да су та добра *extra commercium*, под изговором да се на тај начин јавна добра штите. Штитећи сопствену дефиницију државне имовине под удар одлука Уставног суда БиХ дошао је Закон о пољопривредном земљишту Републике Српске.⁹² Оспоравајући уставност овог закона Уставни суд је у одлучивању пошао од сопствене одлуке у предмету У-1/11, по којој ентитет, Република Српска, није била надлежна да донесе закон о статусу државне имовине и под забраном је располагања. Одлуком број У- 4/21 Уставни суд БиХ идентично поступа према Закону о шумама⁹³ прогласивши га неуставним.

Како је опште познато, високи представник није тумач Устава Босне и Херцеговине већ само цивилног аспекта Дејтонског мировног споразума што је чланом 1 Анекса 10 јасно прописано. Међутим, Уставни суд БиХ је на својој 148. пленарној сједници од 19. септембра 2024. године, разматрао захтјев предсједавајућег Представничког дома Парламентарне скупштине БиХ и четири делегата Дома народа Парламентарне скупштине БиХ за оцјену уставности Изборног закона

⁹¹ Члан VI 3 Јурисдикција: Уставни суд ће подржавати овај Устав. а) Уставни суд је једини надлежан да одлучује о било којем спору који се јавља по овом Уставу између два ентитета, или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета, те између институција Босне и Херцеговине, укључујући али не ограничавајући се на то питање: - Да ли је одлука ентитета да успостави посебан паралелан однос са сусједном државом у складу са овим Уставом, укључујући и одредбе које се односе на суверенитет и територијални интегритет Босне и Херцеговине. - Да ли је било која одредба устава или закона једног ентитета у складу са овим Уставом. Спорове може покренути члан Предсједништва, предсједавајући Вијећа министара, предсједавајући, или његов замјеник, било којег дома Парламентарне скупштине; једна четвртина чланова/делегата било којег дома Парламентарне скупштине, или једна четвртина чланова било којег дома законодавног органа једног ентитета. б) Уставни суд такођер има апелациону надлежност у питањима која су садржана у овом Уставу, када она постају предмет спора због пресуде било којег суда у Босни и Херцеговини. ц) Уставни суд је надлежан у питањима која му је прослиједио било који суд у Босни и Херцеговини у погледу тога да ли је закон, о чијем важењу његова одлука овиси, компатибилан са овим Уставом, са Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама и њеним протоколима, или са законима Босне и Херцеговине; или у погледу постојања или домаћаја неког општег правила међународног јавног права које је битно за одлуку суда.

⁹² *Службени гласник РС*, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19 и *Службени гласник БиХ*, бр. 16/20.

⁹³ *Службени гласник РС*, бр. 75/08, 60/13 и 70/20.

Републике Српске⁹⁴ те је оспорени закон ставио ван правне снаге. Овакво одлучивање је образложио констатацијом да оспорени закон није у складу са Уставом БиХ, јер се њим преузимају надлежности институција БиХ. Питамо се, да ли би Уставни суд БиХ овако образложење изњедрио у супротном, хипотетичком, случају, када би овлаштени представници из Републике Српске оспорили законе БиХ којима су преузете надлежности ентитетских институција?

Није потребно посебно образлагати да у правном систему у Босни и Херцеговини, ни теоретски а ни практично, судска пракса није извор права као и да Уставни суд нема законодавну надлежност и не може супституисати или дерогирати законодавну надлежност законодавних органа, конкретно ентитета, по било ком правном питању које се тиче прописивања законских правних норми које се могу прописивати само законима. Ослањајући се на овакву, недопустиву, судску праксу, која својим одлукама креира законска рјешења и на основу њих „суди“, високи представник, слиједећи овакву судску праксу, на себе преузима улогу законодавца односно прописивача „коначног рјешења“ питања државне имовине. У том циљу користи се наведеном судском праксом Уставног суда БиХ и апологетским коментарима те праксе.⁹⁵ Истим путем идући, високи представник донио је Одлуку број 01/22⁹⁶ у којој се позива на Декларацију Управног одбора Вијећа за имплементацију мира од 24. септембра 2004. године којом се захтијевало изналажење „трајног рјешења“ у вези с „питањем државне имовине“ и довршавањем активности Комисије за државну имовину.⁹⁷ У преамбули своје одлуке високи представник истиче недостатак релевантног законодавства на државном нивоу те неопходност постојања Закона о привременој забрани располагања државном имовином у БиХ.⁹⁸

У члану 1 ове одлуке наводи се појам или дефиниција државне имовине изведена компилирањем дијелова одлука Уставног суда БиХ, тако да обухвата: непокретну имовину која припада држави БиХ на основу међународног споразума о питањима сукцесије, непокретну

⁹⁴ *Службени гласник РС*, бр. 61/24.

⁹⁵ Е. Шарчевић, „Стручно мишљење у предмету У-1/11“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012, 91–132. „Мишљење бр. 642/2011 Европске комисије за демократију путем права (Венецијанске комисије)“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012, 133–145.

⁹⁶ *Службени гласник БиХ*, бр. 22/22.

⁹⁷ *Службени гласник БиХ*, бр. 10/05, 18/05, 69/05, 70/05; одлуке УСБиХ бр. 1/11, У-8/19 (која се односи на пољопривредно земљиште), У-9/19 (која се односи на ријеке и воде) и У-4/21 (која се односи на шуме и шумско земљиште у Републици Српској).

⁹⁸ *Службени гласник БиХ*, бр. 18/05, 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 и 58/08.

имовину бивше СР БиХ са стањем до 31. децембра 1991. године, пољопривредно земљиште за које је Уставни суд БиХ утврдио да представља државну имовину у својој одлуци у предмету бр. У-8/19, ријеке, шуме и шумско земљиште, за које је Уставни суд БиХ утврдио да представљају државну имовину, у својим одлукама у предметима бр. У-9/19 и бр. У-4/21. Чланом 2 ове одлуке одређено је да је Босна и Херцеговина искључиви титулар државне имовине и да не важе одредбе било ког закона или прописа о располагању том имовином. Одредбом члана 3 ове одлуке наведено је да привремена забрана располагања државном имовином остаје на снази до ступања на снагу закона на државном нивоу о уређењу права власништва и управљања државном имовином Парламентарне скупштине БиХ или док високи представник не одлучи другачије.

Овим активностима високи представник се посветио као самовласни законодавац, јер за законодавну дјелатност није позван ни надлежан према слову Анекса 10 Дејтонског мировног споразума, а ни по тзв. Бонским овлашћењима из 1997. године, јер му она дозвољавају интервенције на рад Предсједништва БиХ и Савјета министара БиХ, али не и на рад Парламентарне скупштине БиХ која је једини надлежни орган за доношење закона на нивоу БиХ. У погледу подјеле законодавне надлежности Устав БиХ из 1995. године јасно прописује да „све владине функције и овлашћења, која нису овим уставом изричито дата институцијама БиХ, припадају ентитетима.“⁹⁹ С обзиром да Уставом БиХ из 1995. године надлежност за доношење закона из имовинскоправне области није изричито дата институцијама БиХ, јасно је, и није потребно тумачење јасне одредбе, да надлежност у уређивању имовинскоправних, односно, својинскоправних односа, припада ентитетима.

6. ЗАКЉУЧАК

Како произлази из наших истраживања несумњиво је да судска пракса није извор права нити су одлуке – декрети високог представника закони, а ни Вијеће за имплементацију мира није комисија законодавне скупштине која пројектује законодавну дјелатност. Читава ујдурма око „konaчног рјешења питања државне имовине“ је нелегитимно, нелегално, неуставно и нестручно вођена. Симптоматично је да су главне полуге у овоме настојању тијела која у своме саставу садрже стране експерте или их организационо, кадровски и финансијски подржавају, Уставни суд БиХ, Високи представник, Вијеће за

⁹⁹ Устав БиХ, чл. 3/1.

имплементацију мира и др. Мотиви и намјере страних умјешача у демократски, правосудни и правни систем Босне и Херцеговине је критично и судбоносно, а који мотиви иза свега стоје можемо само наслућивати с обзиром на колонијални статус Босне и Херцеговине у даљој и ближој прошлости па све до данашњих дана.

Свако прописивање од стране ненадлежних органа или тијела је неуставно и незаконито и урушава систем својинскоправних односа завршен трансформацијом стварних права у Босни и Херцеговини. Покушаји да се неуставним и незаконитим активности ненадлежних органа и тијела, која припадају политици а не правном систему, путем доношења *quasi* правних аката нарушава правни систем, правна сигурност и заостравају политички односи у држави је недопустиво на европском путу БиХ. Постојеће тешкоће у имовинскоправним односима, између институција БиХ, ентитета и нижих нивоа власти, могу се регулисати мјерама фискалне политике, пореским мјерама, контролом и евиденцијом с циљем да се спријече штете на јавним добрима, малверзације и незаконита располагања јавним добрима, и да се успоставе облици сарадње и партнерски односи функционисања државних органа и заштите правних интереса свих правних субјеката у сфери располагања, кориштења и управљања јавним добрима. За политичке циљеве, какви су покушаји унитаризације и централизације БиХ, недопустиво је злоупотребљавати вјековне тековине правне цивилизације успостављене великим европским грађанским кодификацијама на темељима римске правне традиције. Таквим грандиозним правним документима, чији смо баштиници и у Босни и Херцеговини, успостављен је категоријални апарат стварноправних и имовинскоправних односа који не смије бити заобиђен и обесмишљен лаицизмом острашћених судија и високих представника окружених бројним анонимним експертима и савјетницима. Правна наука грађанског права има своја начела, правила, појмове, установе и систем који истински посленици и поштоваоци морају уважавати, без обзира на спољне притиске и дневно-политичке размирице и хајке.

Једини могући одговор на ову кампању јесте да структура државне имовине мора бити усклађена са државном организацијом и расподелом надлежности између разних нивоа власти прописаних Уставом БиХ, уставима ентитета и статутима локалних јединица. Одступање од ових базичних, уставноправних, принципа уводи у волунтаризам којем нема мјеста у правном систему правне државе. С обзиром на настојања бошњачких апеланата, Уставног суда БиХ, Високог представника и Вијећа за имплементацију мира да одузму надлежности Републике Српске над имовином, могуће је само подсјетити да сви

субјекти имају право на имовину. Право на имовину¹⁰⁰ имају и јавно-правни као и приватноправни субјекти у Босни и Херцеговини, а што је гарантовано како Уставом БиХ тако и Међународном конвенцијом о заштити људских права и основних слобода.

На крају, подсјетимо се ријечи оснивача Школе природног права, у чијем је хексагону право на имовину имало своје запажено мјесто: „Мржња није пут науке и свако ко мржњи даје превласт над љубављу, тај не може бити на путу науке, јер наука није ништа друго него слика истине до које се долази добронамерном сумњом, а никако било којом догмом, јер она затвара развој мисли исто онако као што смрт затвара физички део човекове личности.“¹⁰¹

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Андријић, Стиепо, „Власништво у транзицији нетржишног господарства“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
2. Бурек, Салих, „Уводно излагање“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
3. Бурмазовић, Туфик, „Савремени приступ власничкоправним односима у правном систему Босне и Херцеговине“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
4. Велић, Исмет, *Државна имовина – статус и пракса у Босни и Херцеговини и другим земљама*, Сарајево 2022;
5. Велић, Лариса, Омеровић, Енис, „Имовина Босне и Херцеговине: изазови и перспективе“, *Саветовање о актуелним и спорним питањима савременог права, Зборник радова, Савез удружења правника, XXVII Будвански правнички дани*, Београд 2024;
6. Гамс, Андрија, *Увод у грађанско право*, Београд 1977;

¹⁰⁰ М. Станковић, „Право на имовину у јуриспруденцији Европског суда за људска права“, *Хармониус* 2019, 3. Право на имовину представља једну од основних тековина савремене цивилизације, а одредбе о заштити тог права биле су неизоставни део грађанских декларација из осамнаестог века. Тако је француска Декларација о правима човека и грађанина од 1789. (члан 17) сврстала право на имовину у ред „природних и неотуђивих права“, предвиђајући да је својина „неповредиво и свето право“ којег нико не може бити лишен. „Право на имовину је право сваког физичког и правног лица на заштиту од аката којима се повређују – укидају или ометају – права коришћења и располагања имовином. При том, заштићено је једино право на постојећу имовину, а не право да се она стиче различитим правним пословима. Осим тога, не штити се право на одређени животни стандард, него је то право свакога да му се имовина заштити од ометања државе. Једноставно речено, право на имовину пре свега подразумева право на мирно уживање имовине. Заштитом права на имовину није обухваћено само право својине на покретним и непокретним стварима, већ и друга стварна права, како апсолутна тако и релативна.“

¹⁰¹ С. Перовић, *Беседе са Копалника*, Београд 2002, 324.

7. Дедић, Мехмед, „Власништво и права“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
8. Кофрц, Хајро, „Својина и концесија у процесу транзиције“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
9. Лишић, Мухамед, „Питање пољопривредног земљишта у Босни и Херцеговини – пракса Уставног суда БиХ“, *Саветовање о актуелним и спорним питањима савременог права*, Зборник радова, Савез удружења правника, XXVII Будвански правнички дани, Београд 2024;
10. Мехмедовић, Емир, „Државна имовина у БиХ: државно или ентитетско власништво – јавноправни поглед“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012;
11. Мујкић, Ервин, „Државна имовина у БиХ – генеза проблема“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012;
12. Перовић, Слободан, *Беседе са Копачица*, Београд 2002;
13. Повлакић, Мелиха, *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2009;
14. *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Бања Лука – Српско Сарајево 2000;
15. Радић, Дарко, *Правно уређење природних ресурса у Републици Српској*, Бања Лука 2021;
16. *Својински односи у правном поретку*, Том 1 и 2, Београд 1991;
17. Софтић, С., „Имовина СФР Југославије као предмет сукцесије“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
18. Спаић, Војислав, *Грађанско право – општи дио и стварно право*, Сарајево 1971;
19. Станковић, Марко, „Право на имовину у јуриспруденцији Европског суда за људска права“, *Хармониус* 2019;
20. Стјефановић, Станка, Мораит, Бранко, Ивановић, Свјетлана, Баћовић Тијана, *Увод у грађанско право*, Источно Сарајево 2023;
21. Хорват, Бранко, „Приватизација наспрам етатизације“, *Транзиција*, год. 1, бр. 1, 1999;
22. Шарчевић, Един, „Одлука о државној имовини У-1/11“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012;
23. Шарчевић, Един, „Стручно мишљење у предмету У-1/11“, *Државна имовина* (ур. Е. Шарчевић), Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2012.

Правни извори

1. Закон о пољопривредном земљишту Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19;

2. Закона о преносу средстава друштвене у државну својину у Републици Српској, *Службени гласник РС*, 74/07;
3. Закон о претворби друштвене својине Републике БиХ, *Службени лист РБиХ*, бр. 33/94;
4. Закон о привременој забрани располагања државном имовином ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 20/05, 17/06, 62/06, 40/07, 70/07 и 94/07;
5. Закон о привременој забрани располагања државном имовином РС, *Службени гласник РС*, бр. 32/05, 17/06, 32/06, 100/06, 10/07 и 44/07;
6. Закон о шумама, *Службени гласник РС*, бр. 75/08, 60/13 и 70/20;
7. Одлука Вијећа министара о оснивању Комисије за државну имовину, утврђивање и расподјелу државне имовине, одређивање права и обавеза БиХ, ентитета и Брчко дистрикта БиХ у управљању државном имовином, *Службени гласник БиХ*, бр. 10/05;
8. Споразум о питањима сукцесије бивше СФРЈ, *Службени лист БиХ – Међународни уговори*, бр. 10/01.

Судска пракса

1. Одлука Уставног суда БиХ бр. У-5/98 II од 18. и 19. 2. 2000, *Службени гласник БиХ*, бр. 11/00;
2. Одлука Уставног суда БиХ бр. У-01/22, *Службени гласник БиХ*, бр. 22/22.

Одлуке Високог представника

1. Закон о привременој забрани располагања државном имовином, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07 и 99/07;
2. Одлука Високог представника од 26. 5. 1999. и 15. 5. 2003, *Службени гласник БиХ*, бр. 13/00, 34/00, 11/01, 24/02 и 13/03.

Full Professor Branko Morait, LL.D.

University professor and retired judge

ANTINOMIES ABOUT STATE PROPERTY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In the article, the author deals with the current problem of searching for a “final solution” for state property in Bosnia and Herzegovina. For this purpose, several texts by various authors on the subject in professional periodicals were analyzed. At the root of all issues lies the challenge of the entity's constitutional jurisdiction over natural resources and public goods. The High Representative for B&H and the Constitutional Court of B&H are recognized as the main initiators of the campaign. The High Representative promoted his activities through laws and decrees, the Law on the Prohibition of Disposal of State Property and the draft Law on State Property. The jurisprudence of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina supports the initiatives of the High Representative and at the same time provides qualifications and definitions of the property state that the High Representative takes over in laws-decrees.

The conclusion that emerges from the analysis of the author's views and legal acts is that the special arrangement and institutionalization of state property after the implemented transformation of real rights in Bosnia and Herzegovina is a retrograde and redundant project.

Key words: *Property rights; State property; Transformation of real rights; Constitutional jurisdiction.*

Проф. др Зоран Поњавић, редовни професор у пензији

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Судија Ивана Поњавић Сердар

Основни суд у Крагујевцу

ПРЕБИВАЛИШТЕ ДЕТЕТА У СЛУЧАЈУ ПРЕСЕЉЕЊА РОДИТЕЉА

Дете увек мора имати пребивалиште код родитеља, све док и један од њих врши родитељско право. Односно, оно не може постати „бескућник“. Само изузетно дете може имати пребивалиште код трећег лица. Проблем одређивања пребивалишта малолетне деце је све актуелнији у околностима све веће нестабилности породице, као и њених структуралних промена. Пребивалиште детета није само један од елемената за одређивање његовог личног статуса, већ и атрибут родитељског права који у великој мери опредељује његово вршење. Код промене пребивалишта треба правити разлику између промене пребивалишта детета унутар или изван државних граница. Промени пребивалишта унутар граница, о чему се у овом раду говори, у правној литератури је поклоњено много мање пажње у односу на оно изван граница, иако су такве ситуације све бројније и разноврсније онда када родитељи не воде заједницу живота. Полазна премиса у раду је да је пребивалиште детета један од најважнијих опредељујућих фактора релевантних за могућност делотворног вршења родитељског права и утицај на развој детета. У овом погледу увек је, па и данас, био важан модел уређења питања пребивалишта детета у случају пресељења родитеља. Према Породичном закону Републике Србије постоје два начина вршења родитељског права: заједничко и споразумно (од стране оба родитеља) и самостално (од стране једног родитеља). Сходно овоме у раду се разматрају питања промене пребивалишта детета и у првом и у другом

Зоран Поњавић, zponjava@gmail.com.

Ивана Поњавић Сердар, ivana.sonrissa@gmail.com.

случају. Заједничко им је то што се пребивалиште детета не може мењати без сагласности оба родитеља све док врши родитељско право. Ако су сагласни о промени пребивалишта, споразум ће бити оверен од стране јавног бележника. Ако се родитељ који не врши родитељско право не сложи са променом пребивалишта детета мора се водити одговарајући судски поступак. Иако се у пракси Врховног суда Србије сматра да у томе случају тог родитеља треба делимично лишити родитељског права у раду се износи став да тада треба иницирати поступак у спору за заштиту права детета.

Кључне речи: Пребивалиште; Родитељско право; Најбољи интерес детета; Пресељење.

1. УВОД

Према Закону о пребивалишту и боравишту грађана пребивалиште је место у коме се грађанин настанио са намером да у њему стално живи, односно место у коме се налази центар његових животних активности, професионалних, економских, социјалних и других веза које доказују његову трајну повезаност с местом у коме се настанио.¹ У складу са овом одредбом право на пребивалиште у Републици Србији имају сви грађани Републике Србије који стално живе на њеној територији (чл. 2).

Пунолетни грађани сами бирају пребивалиште у складу са уставном гаранцијом да свако има право на слободно кретање и настањивање (чл. 39 Устава Републике Србије). За разлику од њих пребивалиште деце млађе од 18 година је нераскидиво везано за родитеље који врше родитељско право. Односно, дете увек мора имати пребивалиште код родитеља, све док и један од њих врши родитељско право. Дете са 15 година не би могло засновати самостално пребивалиште, односно одлучити да не живи ни са једним родитељом, ако је нпр. засновало радни однос.² Само изузетно дете може имати пребивалиште код трећег лица.³ Према томе, дете не може постати „бескућник“.

¹ Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011.

² Наведено право признато је детету у неким европским државама, попут Норвешке, и у правној теорији се назива „развод детета од родитеља“. Вид. З. Поњавић, В. Влашковић, *Породично право*, Службени гласник, Београд 2022, 246.

³ Према неким страним правима по договору родитеља пребивалиште детета би могло бити основано у пребивалишту трећег лица, када је то најбољи интерес детета. Тако према решењу из румунског права „дете које је навршило 14 година може да тражи да промени врсту образовања или стручног усавршавања или пребивалиште у како би завршио своје образовање или стручно оспособљавање. Ако родитељи одбију, дете може обавестити суд који одлучује на основу психосоцијалног извештаја“. Вид. С. Bodea, "Establishing the child's residence, taking into account the child's best

Породични закон Републике Србије (ПЗ)⁴ питање пребивалишта и пресељења детета не регулише као самостално питање већ у оквирима одредби које говоре о вршењу родитељског права. Родитељско право се дефинише као скуп права и дужности које родитељи врше у интересу детета. Изведено је из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета (чл. 67 Породичног закона). Једно од значајних права и дужности родитеља је успостављање дечијег пребивалишта, па се зато може сматрати за један од атрибута родитељског права. У Породичном закону у делу који регулише садржину и вршење родитељског права налазе се и решења која се тичу одређивања и промене пребивалишта у ситуацијама када се мења модел вршења родитељског права (чл. 67–78 ПЗ).

Према Закон о пребивалишту и боравишту грађана „пријаву и одјаву пребивалишта, односно пријаву и одјаву боравишта за малолетно лице или лице без пословне способности, подноси његов родитељ, односно старатељ или други законски заступник.“ (чл. 4, ст. 2). Наведена пријава се подноси „у року од три месеца од његовог рођења, односно осам дана од дана настанења на адреси на којој пријављује пребивалиште“ (чл. 9, ст. 2). У случају да родитељи немају исту адресу становања, пријаву и одјаву подноси један од родитеља уз сагласност другог родитеља или родитељ који у складу са законом самостално врши родитељско право. (ст. 3, чл. 4).

2. АКТУЕЛНОСТ ПИТАЊА

Проблем одређивања пребивалишта малолетне деце се актуелизује у околностима све веће нестабилности породице, као и њених структуралних промена. Наиме, све је више растављених и разведених ванбрачних и брачних заједница у европским земљама и што се све раније дешава у животу њихове деце. Србија није изузетак од овог тренда. Поред овога реформама породичног права од пре двадесетак година утемељен је принцип слободе и једнакости који у великој мери одређује дететов избор места становања. Породична веза се доживљава на либералнији начин, са више модела организовања породичног живота што нужно доводи и до усвајања различитих модела организовања пребивалишта детета. Понекад се то може урадити у хармонији односа родитеља док ће у конфликтним ситуацијама мора-

interest“, SARA Law Research Center International Journal of Legal and Social Order, <https://www.cedsara> 3. август 2024.

⁴ Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18 од 24. фебруара 2005, 72 од 28. септембра 2011. – др. закон, 6 од 22. јануара 2015.

ти да посредују државни органи, најчешће суд. У овом погледу сукоби родитеља у вези пребивалишта детета савршено илуструју и све друге, без обзира на начин вршења родитељских права. Наравно, спорова ће бити више у ситуацији када не живе заједно, после развода или престанка заједнице живота.

Пораст броја развода и дужи животни век погодовали су променама породичне ситуације лица током живота. Наиме, једно лице може мењати своју позицију, идући из једне у другу брачну или ванбрачну заједницу, из којих се рађају деца. Поред тога, велики број грађана Србије живи у једнородитељским породицама или рекомпонованим.⁵ Једнородитељске породице данас чине између једне четвртине и једне трећине свих породица у свету.⁶ То је породица у којој дете живи само са једним од родитеља (оцем или мајком) и која укључује, поред случајева једносродничке породице, све ситуације у којима дете остаје правно везано за родитеља са којим не живи одржавајући своја права и дужности према њему⁷. Ове породице доживљавају експанзију 70-их година 20. века.⁸ Родитељство је постало све сложеније – родитељи након раставе живе у одвојеним кућама и заснивају нова партнерства. У овом контексту постаје врло важно питање пребивалишта детета будући да ће од тога у великој мери зависити испуњавање улоге сваког од родитеља. Родитељ код кога дете живи је по природи ствари више укључен у старање о њему, проводи више времена са њим и има већи утицај на његов развој. Зато нарочито постаје важно питање пребивалишта детета, нарочито у случају његове промене. Код промене пребивалишта треба правити разлику између промене пребивалишта детета унутар или изван државних граница.⁹ Промени пребивалишта унутар граница¹⁰ у прав-

⁵ Више о овом: З. Поњавић, „Заснивање монопаренталне породице – право или хендикеп“, *Правни живот* 9/2001.

⁶ С. Томановић, „Од друштвене претње до индивидуализације: једнородитељске породице у савременом друштву концептуално – аналитички оквир истраживања“, *Једнородитељске породице у Србији – социолошка студија* (ур. С. Томановић, М. Љубичић, Д. Станојевић), Београд 2014, 9.

⁷ З. Поњавић, „Заснивање једнородитељске породице у контексту биомедицински потпомогнуте оплодње“, *Зборник радова Десети међународни научни скуп Дани породичног права – Породица у актуелном правном и друштвеном контексту*, Мостар 2022, 15.

⁸ М. Новаков, „Једнородитељске породице“, *Социолошки преглед*, вол. XLVI, 3/2012, 387–399.

⁹ Европска комисија за породично право не прави ову разлику у «Принципима европског права који се тичу родитељске одговорности» (Принцип 3:21). При томе се, у тачки три, овог принципа, наводе елементи које треба узети у обзир приликом доношења одлуке (године живота и мишљење детета, географску удаљеност и могућност посећивања, итд). Такође, једна од основних обавеза родитеља који живи

ној литератури је поклоњено много мање пажње у односу на оно изван граница,^{11/12} иако су она све бројнија и разноврснија. Јављају се у доста различитих ситуација па су и решења за њихово превазилажење разноврсна.

Питање пребивалиште детета није само један од елемената за одређивање личног статуса већ и оно које у великој мери опредељује вршење родитељског права у ситуацији када родитељи не воде заједницу живота. О овоме није било у Републици Србији значајнијих емпиријских истраживање,¹³ тако да се наше излагање заснива на анализи постојећих законских решења и у мањој мери судске праксе, која, такође, није репрезентативна. Полазна премиса је да је пребивалиште детета један од најважнијих опредељујућих фактора релевантних за могућности вршења родитељског права и утицај на развој детета. У овом погледу увек је, па и данас, био важан модел уређења питања пребивалишта детета. О овом у упоредном праву постоје различита решења. Сва она настоје да се усвајањем одговарајућег модела обезбеди најбољи интерес детета, у стабилном породичном окружењу, у условима све нестабилнијих породичних односа.

са дететом је да унапред обавести другог о намери пресељења. Вид. <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-French.pdf>, 12. август 2024.

¹⁰ У правној литератури се ово назива и пресељење у „ужем смислу речи“, као пресељење „у оквиру исте државе“. Пресељење „у ширем смислу“ подразумева пресељење из једне државе у другу, услед промене јурисдикције, тачније промене државе, или према географском критеријуму, промене континента“, док „ужи смисао пресељења подразумева пресељење у оквиру исте државе“. У. Новаковић, *Пресељење детета и родитеља који врши родитељско право – релоцацион случајеви*, Београд 2020, 15.

¹¹ З. Поњавић „Правни значај разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Књига четврта, Ниш 2014. Д. Палачковић, С. Ћорац, „Несагласност родитеља о промени пребивалишта детета – процесноправне дилеме и могућа решења“, *Анали ПФБ* 3/2022.

¹² Овом питању је у литератури поклоњено највише пажње поводом случајева незаконитог прекограничног одвођења и задржавања детета у другој земљи, која су нормирана у Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце. Закон о ратификацији ове конвенције објављен је у *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 20/2015.

¹³ За разлику од Србије, у неким другим државама вршена су оваква истраживања. Тако, промера ради: Tara Koster, Anne-Rigt Poortman, Tanja van der Lippe, Pauline Kleingeld, *Parenting in Postdivorce Families: „The Influence of Residence, Repartnering, and Gender Residence and Parenting“*, *Journal of Marriage and Family*, Volume 83, Issue 2, April 2021.; Arnaud Régnier-Loilier et Amandine Baude, „Résidence des enfants après la séparation au Québec. Diversité des arrangements et facteurs, associés“, *Population-F*, 78 (3/4), 2023, 431–466.

3. НЕКА УПОРЕДНОПРАВНА РЕШЕЊА И РЕШЕЊА ИЗ ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Последњих деценија у неким западноевропским земљама (Белгија, Француска¹⁴...) еволуирао је појам најбољег интереса детета ка идеалу родитељске равноправности, са увиђањем недостатака традиционалног модела фиксирања пребивалишта код једног родитеља, али и обезбеђења боље позиције родитеља који не живи са дететом, најчешће очева, будући да у овом систему у 80% случајева деца имају пребивалиште код мајке. Једном речју, чине се напори да се спречи његово маргинализовање из живота детета.¹⁵ У трагању за новим, бољим, решењима сада се мање-више експлицитно подржава имплементација подељеног (алтернативног) пребивалишта након престанка заједнице живота.¹⁶ Овај модел се често дефинише као начин где је пропорција времена које дете проведе у пребивалишту сваког родитеља приближно иста.¹⁷ У овом случају дете проводи подједнако време у пребивалишту мајке и у пребивалишту оца.¹⁸

Ипак, без обзира на његове предности са становишта заштите најбољег интереса детета, овај модел многи избегавају. Он је нереалан нарочито у случају географске удаљености оца и мајке или када су односи између њих крајње затегнути.¹⁹ Ово не значи међутим да они нису способни да преузму своје дужности и желе да остану присутни у животу детета са којим не живе. Штавише, то је понекад воља самог детета. У сваком случају мора се пазити да се не мешају узроци слома заједнице живота пара и избор погоднијег родитеља: ко каже лош муж (супруга), не каже лош родитељ.

¹⁴ La loi 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (article 372-2-9 du Code civil).

¹⁵ Annika Newnham, *Shared Residence: Lessons from Sweden*, s.l.

https://pure.port.ac.uk/ws/portalfiles/portal/82428/NEWNHAM_2011_pre_CFLQ_shared_residence_lessons_from_Sweden.pdf, 11. август 2024.

¹⁶ Brunet, Laurence. "La résidence alternée : l'évolution récente du droit français à la lumière du droit comparé". *Des pères « en solitaire » ?*, (éd. Agnès Martial), Presses universitaires de Provence 2016, <https://doi.org/10.4000/books.pup.36055>, 11. август 2024.

¹⁷ A. Régnier-Loilier, A. Baude, 431–465.

¹⁸ I. Corpar, „La séparation du couple parental et le choix de la résidence de l'enfant“, *Recherches familiales* 2005/1 (N°2), 69–82.

И нека друга права, као што је случај са Великом Британијом имају решење по коме је могуће да дете има наизменично пребивалиште. Родитељ код кога дете има пребивалиште непосредно брине о детету. Оваква ситуација у Великој Британији је прихваћена још од 1964. године (случај *Clissold v. Clissold*, 1964, 108 S. J. 220).

¹⁹ Често се истиче да је овакав начин организовања пребивалишта више распрострањен у повлашћеним друштвеним срединама, када су родитељи образованији, финансијски богатији, али и мање сукобљени. A. Régnier-Loilier et A. Baude, 432.

Управо је ово био аргуменат да се у САД пре двадесетак година уведе један нов систем решавања пребивалишта детета по раздвајању родитеља. У питању је облик „подељеног домицила“, назван још и *nesting*. Сама реч потиче од речи *nest* – гнездо. Сликвито речено, за разлику од алтернативног пребивалишта када дете пакује кофере и одлази да живи код једног, а потом код другог родитеља, у овом случају родитељи су ти који пакују кофере. Деца остају у породичном гнезду након раздвајања, а родитељи се наизменично враћају на одређено време у породичну кућу (дом) како би живели са дететом (децом).

Међутим и овај начин уређења питања пребивалишта има своје недостатке. Према неким истраживањима значајно је уздрмана теза да „заједничко пребивалиште“ може помоћи родитељима да успоставе што бољи контакт. Штавише, „постоји веома реалан ризик да деца на крају живе у равнотежи терора; хладни рат, уместо мира“.²⁰

У Породичном закону Републике Србије нису предвиђени ови модели уређења питања пребивалишта детета након престанка заједнице живота родитеља. Овај закон који је на снази од 2005. године донео је неке измене у материји родитељског права, па и питања утврђивања пребивалишта детета, промене које су јасније изнеле на видело универзално применљиво правило: принцип најбољег интереса детета. Без обзира на начин вршења родитељског права након престанка заједнице живота дете мора имати фиксирано пребивалиште само код једног од родитеља. Ово не треба схватити као санкцију према другом родитељу, већ као практичан модел уређења овог питања. Штавише, често и сами родитељи то предлажу. У недостатку њиховог консензуса, одлуку мора донети суд. При доношењу одлуке узима у обзир низ фактора: дотадашња родитељска пракса, способност сваког родитеља да извршава своје дужности и да поштује права другог,²¹ мишљење детета дато под условима предвиђеним у закону, резултати вештачења центара за социјални рад о одговарајућим условима живота оца и мајке, њихово дубоко неслагање, удаљеност њиховог пребивалишта, као и ризик од узнемиравања детета.

Према Породичном закону постоје два начина вршења родитељског права: заједничко и споразумно (од стране оба родитеља) и самостално вршење (од стране једног родитеља). Будући да је родитељско право скуп права и дужности чија је сврха заштита интереса детета, ово начело је и опредељујући фактор приликом доношења одлуке

²⁰ A. Newnham, 18.

²¹ Као што се каже у параграфу 373-2-1 Француског Грађанског законика, „L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre“.

о начину вршења родитељског права након престанка заједнице живота родитеља.

4. ПРЕБИВАЛИШТЕ У СЛУЧАЈУ ЗАЈЕДНИЧКОГ ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Заједничко и споразумно вршење родитељских права и дужности је генерално правило увек када родитељи живе заједно, односно када између њих постоји заједница живота. Оно важи независно од тога да ли су родитељи у браку или у ванбрачној заједници као и начина на који је родитељски однос установљен.²² Родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно и када не воде заједнички живот ако су закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права. Тада је саставни део споразума о заједничком вршењу родитељског права и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.²³ Но, овај споразум суд мора проценити са аспекта најбољег интереса детета пре него што га прихвати.

Оваквим решењима Породичног закона оснажена је и проширена идеја споразумевања родитеља у свим могућим ситуацијама, која је била видљива и у бившем Закону о браку и породичним односима. Родитељима се пружа могућност да сами уреде сва питања из садржине родитељског права уз гаранцију њихових узајамних права и права детета, као и права трећих лица. На овај начин учињен је покушај да се пацификује сукоб између родитеља и повећа њихова одговорност у погледу последица развода брака, односно престанка заједнице живота.

У Породичном закону не постоје јединствена правила којима се регулишу овакви и слични споразуми родитеља. Она се разликују с обзиром на начин вршења родитељског права, а нарочито с обзиром на природу и значај појединих питања из садржине родитељских права. Заједничко и споразумно вршење родитељског права функционише аутоматски и спонтано само у ситуацијама када се бар може претпоставити да су родитељи способни да се договоре. Међутим, овај систем носи извесне опасности за дете, родитеље и трећа лица када између родитеља више не постоји споразум, односно, када више не постоји уобичајена спонтаност. Ако родитељи не могу постићи споразум о неким питањима тада се овај модел заједничког и споразумног вршења родитељског права окреће против њих и постаје извор проблема и за трећа лица. У овом случају може настати блокада у одлучивању што угрожава интересе детета.

²² Чл. 75, ст. 2 ПЗ.

²³ Чл. 76, ст 2 ПЗ.

Прихватање заједничког и споразумног вршења родитељског права и у случају када родитељи не живе заједно изазивало је низ проблема. Оба кључна правна субјекта, углавном родитељи, као и судови, позивањем на принцип најбољег интереса детета су доносили различите одлуке везане за вршење родитељског права, од случаја до случаја. Ово се односи и на пребивалиште детета као један од важних сегмената вршења родитељског права, како заједничког тако и самоствалног.

Заједничко вршење родитељског права не подразумева нужно да родитељи и дете деле исти животни простор. Заједничко становање је знатно захтевније од заједничког родитељства. Та чињеница да малолетник живи са једним од родитеља је знак да овај родитељ врши родитељско право, али не искључује другог у вршењу родитељских права и дужности. Наведени модалитет заједничког вршења родитељског права подразумева да дете проводи приближно исто време код оба родитеља, премда има пребивалиште само код једног о њих. На тај начин омогућава се родитељима да имају приближно једнак утицај и у домену старања о личности детета.²⁴

Наведени облик вршења родитељског права подразумева да родитељи заједнички и споразумно доносе непрегледан низ одлука фактичког или правног карактера, које се тичу личности или имовине детета.²⁵ Одлуку о питањима од уобичајеног значаја за дете може донети само један од родитеља који заједнички врши родитељско право, док се сагласност другог родитеља претпоставља.²⁶ Она се односе на свакодневни живот и подразумева честе животне ситуације које захтевају одлуку родитеља, али чије се последице на развој детета могу изменити без значајнијих потешкоћа.²⁷

За разлику од уобичајених, свакодневних послова и радњи из садржине родитељског права, изричита сагласност према Породичном закону захтева се увек када се ради о битним питањима, без обзира на то да ли родитељско право врше заједнички или један од

²⁴ З. Поњавић, В. Влашковић, 280.

²⁵ *Ibid.*, 276.

²⁶ Слично решење познају и нека упоредна законодавства. Тако Француски грађански законик у чл. 372, ст. 2 предвиђа да када један родитељ иступа према трећим лицима чини то уз прећутну сагласношћу другог родитеља ако су у питању свакодневне активности у вези вршења родитељског права и ако је треће лице савесно. Истоветно решење садржи и чл. 373-2 и 376-2 Грађанског законика Белгије. Исто је решење предвиђено и у румунском праву; Вид. С. Bodea.

²⁷ З. Поњавић, (2014), 21.

њих самостално.²⁸ Родитељ који не живи са дететом мора бити обавештен о важним изборима који се односе на живот детета. Сходно томе, поменуте одлуке могу се доносити само на основу изричитог споразума родитеља.²⁹ Породични закон је само *exempli causa* конкретизовао овај правни стандард тиме што је набројао нека од битних питања. То су питања која се тичу: образовања детета, предузимања већих медицинских захвата над дететом, промене пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности.³⁰ У свим осталим случајевима суд треба да одреди да ли је реч о оваквим питањима.

5. ПРЕБИВАЛИШТЕ КАДА ЈЕДАН РОДИТЕЉ САМОСТАЛНО ВРШИ РОДИТЕЉСКО ПРАВО

Самостално вршење родитељског права је у РС најчешћи вид вршења родитељског права по престанку заједнице живота. Ово може бити резултат фактичке или правне спречености једног родитеља да врши родитељско право, судске одлуке и споразума родитеља.

Један родитељ фактички сам врши родитељско право када је други родитељ непознат, или је умро, или је потпуно лишен родитељског права односно пословне способност или када само он живи са дететом, а суд још није донео одлуку о вршењу родитељског права. Један родитељ правно сам врши родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, а нису закључили споразум о вршењу родитељског права, када родитељи не воде заједнички живот, а закључили су споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, али суд процени да тај споразум није у најбољем интересу детета, и када један родитељ сам врши родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот ако за-

²⁸ Вид. чл. 78, ст. 3 Породичног закона. Овакво решење, иначе веома ретко у европским правним оквирима, садржи и мађарско право. Вид: О. Szeibert, "Changing concept of 'family' and challenges for law: Hungary", *European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA 2016, 121.

²⁹ Иста правила у погледу свакодневних и битних питања садржана су и у поменутих Принципима европског породичног права у погледу родитељских одговорности из 2007. године (Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities) које је усвојила Комисија за европско породично право. Вид: Принцип 3:11 и 3:12. Објављено на: <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-French.pdf>.

Треба напоменути да се у овим Принципима, у ст. 2 принципа 3:12, садржи и једно додатно правило да у хитним случајевима одлуку о битном питању може донети и један родитељ сам, али је дужан другог о томе обавестити без одлагања.

³⁰ Вид. чл. 78, ст. 4 ПЗ.

кључе споразум о самосталном вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета (чл. 77 ПЗ).

Ако су родитељи и даље након престанка заједнице живота у перманентном сукобу онда ће самостално вршење родитељског права бити и једино могуће. Ово не доводи у питање заједничко, односно споразумно решавање низа важних питања за живот детета. Могло би се, међутим, поставити питање да ли споразумно вршење ових овлашћења може заиста одговарати реалности свакодневног живота малолетника повереног самохраном родитељу.

Родитељ који живи са дететом самостално одлучује о већини питања из садржине родитељског права. Међутим, његова овлашћења нису неограничена. Родитељу коме дете није поверено и даље припада родитељско право, али га не врши непосредно, свакодневним старањем о детету.³¹ Он и даље заједнички и споразумно са родитељем који самостално врши родитељско право одлучује о битним питањима за живот детета, осим у случају када је потпуно или делимично лишен родитељског права. То су они случајеви у којима одлука коју родитељи доносе непосредно има или може имати далекосежне и дугорочне последице по остваривање права детета на развој. Оваквим решењем законодавац настоји ублажити негативна дејства одлуке о поверавању детета једном родитељу, будући да се тиме у суштини нарушава право детета да живи са оба. Изричита сагласност према Породичном закону захтева се увек када се ради о овим питањима, без обзира на то да ли родитељско право врше заједнички или један од њих самостално. Овим се, истовремено, самостално вршење родитељског права приближава заједничком и споразумном вршењу од стране оба родитеља. Непостојање јасне разлике између ова два начина вршења родитељског права у пракси може постати извор додатних тешкоћа и сукоба, нарочито ако родитељи не живе заједно.³²

Један родитељ самостално врши родитељско право најчешће на основу одлуке суда, без обзира на то да ли су родитељи закључили

³¹ Сасвим је, међутим, другачији положај родитеља који не врши родитељско право због постојања фактичких или правних разлога за невршење. У овом случају родитељ који не живи са дететом не врши родитељско право јер му и не припада. То су случајеви кад је родитељ: 1) умро, 2) нестао, 3) непознат, 4) лишен родитељског права, 5) лишен пословне способности.

³² Примера ради, Француски грађански законик прави јасну разлику између ова два начина вршења родитељског права. Родитељ који не врши родитељско право има само право на личне односе, право надзора над подизањем и васпитањем детета и право да буде информисан о неким изборима који се чине и који су битни за живот детета. Вид. чл. 373, ст. 2, т. 1. Слично решење предвиђа и Породични закон Федерације Босне и Херцеговине. Више о овом решењу: С. Бубић, Н. Траљић, *Родитељско и старатељско право*, Сарајево 2007, 178.

такав споразум за који суд нађе да је у најбољем интересу детета или нису уопште закључили споразум о вршењу родитељског права па суд одлучује по службеној дужности. У било којој варијанти потребна је одлука суда о томе који проверава најбољи интерес детета. Када суд донесе одлуку о поверавању детета, његово пребивалиште се заснива у дому тог родитеља, који самостално врши родитељско право. Он је у том случају дужан да поштује права другог на личне односе. Иако се ова обавеза не наводи изричито у Породичном закону, као што је то случај са Француским Грађанским закоником,³³ њено постојање проистиче из могућности да родитељ може бити потпуно лишен родитељског права због грубог занемаривања дужности из садржине родитељског права „... ако спречава одржавање личних односа детета са родитељем са којим дете не живи“.³⁴

Одлуком о самосталном вршењу родитељског права највећи број деце задржава пребивалиште које је имало пре развода брака. Судови настоје да се не ремети стабилност породичног окружења детета настојећи да остане где је и било пре развода. Суд ће се најчешће донети одлуку о промени пребивалишта детета у случају када то захтевају његови интереси. Проверавајући интерес детета у овом случају суд мора вршити проверу пропорционалности између добити од промене и губитка стабилности породичног окружења.³⁵ Појам стабилности детета се стога мора схватити као компонента најбољег интереса детета.

Овој стабилности у прилог иде и могућност конституисања права становања под условима предвиђеним законом у корист детета и родитеља и траје до пунолетства детета.³⁶ Предвиђено је да дете и родитељ који врши родитељско право имају право бесплатног становања на стану чији је власник други родитељ под условом да дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану. Иако је по својој правној природи ово стварно право (лична службеност) оно улази у корпус права деце која су установљена ради заштите његових интереса, али и интереса родитеља који врши родитељско право.³⁷ Према томе, титулар овог права је дете.³⁸ Зато ће се у

³³ Грађански законик, чл. 373–2, ст. 2.

³⁴ Чл. 81, ст. 3, т. 3 ПЗ.

³⁵ Aziz Sediki, *La résidence de l'enfant au domicile de l'un de ses parents, les critères utilisés par le juge*. <https://www.village-justice.com/articles/fixation-residence-enfant-domicile-ses-parents-quels-sont-les-criteres-utilises,48774.html>, 11. август 2024.

³⁶ За разлику од закупа стана, који се конституише уговором и за који се плаћа закуп.

³⁷ Љ. Милутиновић, „Право становања – *'habitatio'* у Породичном закону“, *Ново породично Законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 458.

сваком случају конституисања права становања најпре ценити његов најбољи интерес.^{39/40} Фактички у овом случају родитељ следи пребивалиште детета, а не обрнуто, како је иначе правило у односима између родитеља и деце.⁴¹

6. ПРОМЕНА ПРЕБИВАЛИШТА

Када родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно по престанку заједничког живота дете има пребивалиште у складу са њиховим споразумом. У случају самосталног вршења родитељског права пребивалиште детета је везано за родитеља који самостално врши родитељско право. У Породичном закону о овом нема изричите одредбе, као у случају доношења одлуке о заједничком вршењу. Ако тај родитељ након развода брака мења дотадашње, најчешће заједничко пребивалиште, тада се и пребивалиште детета мења на основу њиховог споразума, односно правоснажне судске пресуде о разводу брака. Захтев за одјаву пребивалишта, односно пријаву новог пребивалишта подноси родитељ који на основу споразума, односно судске одлуке самостално врши родитељско право, надлежном органу управе министарства надлежног за унутрашње послове. Пријава пребивалишта на новој адреси становања уједно значи и одјаву претходног пребивалишта на територији Републике Србије (чл. 9, ст. 4 Закона о пребивалишту).

Само у случају када суд доноси одлуку о самосталном вршењу родитељског права пребивалиште детета се заснива без сагласности родитеља коме није поверено вршење родитељског права.⁴² Том при-

³⁸ З. Поњавић, В. Влашковић, 429.

³⁹ „Право становања је пре свега право детета.“ Ово се каже у одлуци Врховног суда Србије, Рев. 1594/06, од 29. новембра 2006, Билтен судске праксе, бр. 4, 2006. А у једној другој: „За остварење права становања (*habitatio*) потребно је да буду испуњени услови: да је то у најбољем интересу детета и да постоји стамбени простор на којем је могуће конституисање права становања“ (пресуда Врховног касационог суда, Рев. 1443/10, од 13. маја 2010, утврђена на седници Грађанског одељења 13. септембра 2010).

⁴⁰ Питање стабилности детета у породичном окружењу, односно у пребивалишту које је имало и пре него су се његови родитељи разишли у упоредном праву је решено на другачији начин. Уведен је институт породичног (брачног) дома, са различитим модалитетима. Вид. Г. Ковачек-Станић, „Дете у породици са једним родитељем: издржавање и породични дом“, *Зборник радова Правног факултета*, 2008, вол. 42, бр. 1-2, 341–358.

⁴¹ В. Влашковић, *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*, докторска дисертација, Крагујевац 2014, 332.

⁴² У државама попут Чешке, Енглеске или Норвешке, родитељ који врши родитељско право може без сагласности другог родитеља променити пребивалиште детета, под условом да је реч о промени пребивалишта унутар државних граница. Наведено

ликом суд је одлуку донео сагледавајући најбољи интерес детета. У овом случају суд најчешће не доноси посебну одлуку о пребивалишту детета, односно о адреси становања, јер она као таква није дефинисана изричито у закону. Међутим, практични разлози намећу другачије решење. Потребно је у судској одлуци навести и адресу становања родитеља, што се у будућности може показати као веома битно а њен изостанак разлог за умножавање сукоба између бивших партнера, родитеља детета. Наиме, ако родитељ који самостално врши родитељско право мења пребивалиште и даље се подразумева да дете има пребивалиште код њега, а да други родитељ то не може осујетити. Зато има основа да се о одлуци о поверавању детета на самостално вршење родитељског права утврди адреса пребивалишта малолетног детета на адреси пребивалишта родитеља. Ако тај родитељ мења адресу становања али не и пребивалиште неће бити потребна сагласност другог родитеља. С друге стране, промена пребивалишта подразумева увек и промену адресе. Према томе, када промена адресе становања значи и промену пребивалишта потребна је сагласност другог родитеља који не врши родитељско право, јер то је битно питање о коме одлучују заједнички.

Наведено резонување се мора тим пре прихватити и кад родитељи родитељско право врше заједнички и споразумно и када не воде заједнички живот ако су закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права. Као што је већ речено тада је саставни део споразума о заједничком вршењу родитељског права и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета. Овај споразум ће суд прихватити само ако процени да је у најбољем интересу детета, чиме је његова уговорна природа знатно умањена.⁴³ Споразум о пребивалишту би морао садржати и адресу становања детета. Оваква одлука је резултат њиховог договора (уговора) па би промена пребивалишта родитеља код кога дете живи без сагласности другог родитеља било кршење споразума о пребивалишту детета.

према В. Влашковић, 311, ф.н. 1272; Исто и: I. Mediћ, P. Mioč, „Preseljenje djeteta“, *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak* (ur. B. Rešetar, et al), Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek 2017.

⁴³ Према чл. 496 (2) Грађанског законика Румуније из 2009. – Закон бр. 287/2009, не захтева се судска контрола споразума родитеља о пребивалишту детета онда када се он постиже у току поступка за споразумни развод брака, за који је надлежан јавни бележник. Са овим већинским мишљењем изнетим у правној литератури не слаже се аутор (С. Bodea) јер сматра да и у овим случају споразум подлеже контроли најбољег интереса детета. У прилог овога наводи се чињеница да је и у оквиру јавнобележничког поступка развода брака потребно сачинити записник о социјалној ситуацији детета. Наведено према: С. Bodea.

Намера родитеља који врши родитељско право да се пресели у друго место са својим дететом, односно, да промени пребивалиште задира у право другог родитеља да одржава личне односе са својим дететом односно право детета да одржава личне односе са другим родитељом. Он стога не сме сакрити нову адресу већ мора за ту промену добити сагласност другог родитеља. Најбоље би било да се та сагласност постигне без обраћања суду, договором родитеља. Како би се избегло свако спорење око његовог постојања најбоље би било да се сагласност постигне у писменој форми овереној код јавног бележника. Ако се сагласност не може постићи на овај начин мора се тражити одлука суда. У том циљу родитељ који врши родитељско право се мора претходно обратити другом родитељу ради добијања сагласности, без посебне форме. Односно, у овом случају писмено обраћање другом родитељу није процесна претпоставка за подношење тужбе.⁴⁴

С друге стране, одбијањем суда да дозволи пресељење детета са родитељом у друго место због непостојања оправданих разлога спутава се његова уставна слобода права настањивања и кретања. Родитељ који не живи са дететом има већу вероватноћу да заснују ново партнерство јер није спутан значајнијим ангажовањем око детета са којим не деле пребивалиште. Зато што дете не живи са њим може лакше и мање стресно преbacити фокус свога интересовања на нову породицу са којом деле пребивалиште.⁴⁵ Насупрот томе, родитељ који има заједничко пребивалиште са дететом наставља да активно врши свакодневно родитељско право што је вероватно један од разлога што ређе и теже заснива нова партнерства.⁴⁶

У пракси многи родитељи након развода брака и одлуке о вршењу родитељског права имају проблем приликом промене пребивалишта млт. детета. Често се дешава да други родитељ из освете или неких других побуда које нису у најбољем интересу детета не дозвољава да

⁴⁴ Тако се у образложењу ревизијске одлуке Врховног суда Републике Србије каже: „У том погледу, не постоји обавезност писмене форме обраћања, а ни непосредна комуникација између родитеља није неопходна. Став родитеља који не врши родитељско право консултован може бити и посредством пуномоћника родитеља који самостално врши родитељско право или органа старатељства“. Рев 3725/2020 од 08.09.2020 год.

⁴⁵ Управо је ово био један од основних закључака спроведеног истраживања у САД. Према њему негативан ефекат поновног партнерства на родитељство најјачи је за родитеље код којих дете не живи, затим родитеље са неизменичним пребивалиштем и потом родитеља код кога дете живи. Наведено према: Т. Костер *et al.*, "Parenting in Postdivorce Families: The Influence of Residence, Repartnering, and Gender Residence and Parenting", *Journal of Marriage and Family*, Volume 83, Issue 2, April 2021.

⁴⁶ *Ibid.*

се промени његово пребивалиште. Најчешћи разлог противљења је чињеница да се пресељењем не може више реализовати одржавање личних односа са дететом у мери и на начин како је то до тада функционисало. Ово није хир родитеља већ често и промена у погледу могућности родитеља код кога дете не живи да га посећује и одржава личне односе, поготово ако би ово значило и значајно просторно, географско, удаљавање, што би проузроковало знатан поремећај у контактима са њим.

У таквој ситуацији се иницира судски поступак од стране родитеља уз навођење разлога за пресељење, промену пребивалишта.⁴⁷ Односно, родитељ који се жели преселити са дететом мора доказати да има легитиман разлог за пресељење и да је то у најбољем интересу детета. Но, и друга страна која се томе противи мора изнети аргументе који не иду у прилог пресељења. Суд у сваком конкретном случају разлоге процењује из угла најбољег интереса детета. До овог спора у погледу решавања питања пребивалишта детета може доћи без обзира на то да ли се родитељско право врши заједнички и споразумно или самостално.⁴⁸ Односно, у домену „одлучивања о поменутиим питањима, у домаћем праву је без правног значаја да ли родитељи заједнички врше родитељско право, или један од њих то чини самостално“.⁴⁹ Ако до овог спора дође када се родитељско право врши заједнички и споразумно једна од последица у случају усвајања захтева може бити и доношење одлуке о промени начина вршења родитељског права. Односно, да се родитељско право врши самостално, а не као до тада, заједнички и споразумно. До промене пребивалишта детета може доћи и на његову иницијативу. Наиме, ако је дете навршило 15 година живота и способно је за расуђивање може одлучити са којим ће родитељем живети у случају када они не живе заједно.⁵⁰ Ово може довести и до промене његовог пребивалишта ако дете одлази код родитеља са којим до тада није живело. Све ово се дешава и без судске одлуке.

⁴⁷ Најчешћи разлози у судској пракси за пресељење су заснивање нове заједнице са брачним или ванбрачним партнером, запослење у другом месту, повратак у породицу порекла, итд.

⁴⁸ На сличан начин се решавају питања пребивалишта детета после престанка ванбрачне заједнице. У поступку за вршење родитељског права суд ће, ценећи најбољи интерес детета, одлучити и о пребивалишту детета, примењујући правила која важе за случај престанка брака. Односно, могу и после престанка заједнице живота родитељско право вршити заједнички и споразумно или да га један од родитеља врши самостално.

⁴⁹ З. Поњавић, В. Влашковић, 285.

⁵⁰ Чл. 60, ст. 4 Породичног закона: „Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити са којим ће родитељем живети“.

У правној теорији, али и у судској пракси, постоје различити ставови у погледу природе судског поступка који се води поводом промене пребивалишта детета. Према једном родитељ који врши родитељско право треба да покрене поступак делимичног лишења родитељског права другог родитеља који не дозвољава промену пребивалишта детета. Овакав став је раније заступао и Врховни суд Србије. Том приликом, Суд је заузео становиште како „судови уместо родитеља не могу доносити одлуку о пребивалишту детета, већ једино могу лишити родитеља права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета“.⁵¹ При томе се врши позивање на одредбе члана 82, став 4 ПЗ којим је дефинисано 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. Као разлог за ово делимично лишење родитељског права у чл. 82, ст. 1 се предвиђа несавесно вршење права и дужности из садржине родитељског права. Са оваквом праксом се наставило и у неким скорашњим одлукама Врховног суда. Овакво решење би било адекватно само под претпоставком да је свако противљење родитеља неоправдано, што очигледно не може бити. Свако противљење родитеља на промену пребивалишта детета не чини га несавесним, већ само оно које је неоправдано.⁵² И као што се у правној теорији истиче разлози за пресељење се морају ценити „кроз призму савесности и оправданости“.⁵³ У овом случају се разлог за промену пребивалишта детета има ценити првенствено с обзиром на најбољи интерес детета. Родитељ који се противи пресељењу детета у друго место није несавестан ако при томе наводи да би одржавање личних односа са дететом у том случају било знатно отежано. Али, ако је разлог пресељења бољи услови за лечење детета, или упис детета у одређену школу, онда би

⁵¹ Решење Врховног суда Србије, Рев. 2557/06, од 1. марта 2007. године. Наведено према: М. Драшкић, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012, 367.

⁵² Као што се истиче у образложењу једне ревизијске одлуке којим је одбијен тужбени захтев којим је тражено да се утврди да тужиља може самостално да промени пребивалиште за мал дете, а да се тужени због противљења промени пребивалишта делимично лиши родитељског права. У образложењу ове одлуке којом се потврђује став нижих судова се каже: „Оцењено је да тужени савесно врши родитељска права и дужности, да његово противљење да дете промени пребивалиште и живи у ... није хир, већ је реална, трезвена и емотивна одлука која је у најбољем интересу детета. Закључено је да интерес детета није да промени пребивалиште пресељењем из Србије у ... и да нема радњи туженог које би се правно могле квалификовати несавесним вршењем права или дужности из садржине родитељског права“. Врховни касациони суд, Рев 3229/2019, 18.09.2019. године.

⁵³ У. Новаковић, 293.

такво пресељење било у најбољем интересу детета, без обзира на то што је родитељ који се томе противи савестан. Стога су ово разлози због којих се у овом случају иницирање поступка за заштиту права детета⁵⁴ чини адекватнијим, у сваком случају ефикаснијим у погледу крајњег циља, заштите најбољег интереса детета.⁵⁵ При овоме није спорно да у овом судском поступку предмет оцене мора бити и да ли је родитељ који тражи пресељење савестан, односно да ли пресељењем искључиво жели да онемогући одржавање личних односа између детета и другог родитеља или то није случај.⁵⁶ Ако се у оквиру овог поступка за заштиту права детета суд утврди да се родитељ неоправдано противи промени пребивалишта детета што га чини несавесним, може по службеној дужности донети одлуку о делимичном лишењу родитељског права.

7. ПРЕБИВАЛИШТЕ ДЕТЕТА КОД ТРЕЋЕГ ЛИЦА

Само изузетно, пребивалиште детета може бити код трећег лица. У извесним ситуацијама када понашање родитеља и начин дотадашњег старања о детету није у складу са најбољим интересом детета суд може одлучити да га повери трећем лицу. Ради се о детету без родитељског старања (чл. 113 ПЗ). Том приликом суд доноси одлуку о његовом смештају, у сродничку породицу или на хранитељство. Оваква мера има последице и у погледу његовог пребивалишта. Њеним доношењем нарушава се право детета да живи са својим родитељима, али је нужна ради заштите његових најбољих интереса.

8. ЗАКЉУЧАК

Очигледно је да једно статусно питање коме је у правној литератури поклоњено мало пажње, за разлику од питања пресељења у другу државу, постаје у пракси судова све важније, изазивајући бројна спорења. Нарочито у ситуацији већ заоштрених односа између бивших партнера, родитеља детета. Јер, родитељ код кога дете има пре-

⁵⁴ О овом поступку вид. Д. Палачковић, „Поступак у спору за заштиту права детета“, *Ново породично законодавство*, Зборник радова, (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 531–546.

⁵⁵ Вид. З. Поњавић, „Правни значај разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Књига четврта, Ниш 28.

Исто и: Д. Палачковић, С. Ћорац, „Несагласност родитеља о промени пребивалишта детета – процесноправне дилеме и могућа решења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2022, 765–784.

⁵⁶ *Ibid.*

бивалиште је у ситуацији да много више утиче на његов развој, али је с друге стране спутан у заснивању нових партнерстава. У таквим околностима јасно је да други родитељ који не живи са дететом настоји спречити пресељење детета јер га то често још више удаљава из живота детета. Ово питање треба решавати према правилима поступка за заштиту права детета, а не преко делимичног лишења родитељског права као што се то често у пракси дешава. Проглашавајући га за несавесног родитеља у овом поступку може само још више заштитити односе родитеља. Јер лош супружник/супруга не значи и лош родитељ.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Medić, Ines, Mioč, Petra, „Preseljenje djeteta“, *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak* (ur. Rešetar et al.), Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek 2017;
2. Régnier-Loilier, Arnaud et Baude, Amandine, „Résidence des enfants après la séparation au Québec. Diversité des arrangements et facteurs, associés“, *Population-F*, 78 (3/4), 2023;
3. Szeibert, Orsolya, „Changing concept of 'family' and challenges for law: Hungary“, *European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2016;
4. Бубић, Сузана, Траљић, Неримана, *Родитељско и старатељско право*, Сарајево 2007;
5. Влашковић, Вељко, *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*, докторска дисертација, Крагујевац 2014;
6. Драшкић, Марија, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012;
7. Ковачек-Станић, Гордана, „Дете у породици са једним родитељем: издржавање и породични дом“, *Зборник радова Правног факултета*, 2008, вол. 42, бр. 1-2;
8. Милутиновић, Љубица, „Право становања – 'habitatio' у Породичном закону“, *Ново породично Законодавство* (ур.З.Поњавић), Крагујевац 2006;
9. Новаков, Марина, „Једнородитељске породице“, *Социолошки преглед*, вол. XLVI, 3/2012;
10. Новаковић, Урош, *Пресељење детета и родитеља који врши родитељско право – релоцацион случајеви*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020;

11. Палачковић, Душица, Ђорац, Санда, „Не сагласност родитеља о промени пребивалишта детета – процесноправне дилеме и могућа решења“, *Анали ПФБ*, 3/2022;
12. Палачковић, Душица, „Поступак у спору за заштиту права детета“, *Ново породично законодавство*, Зборник радова (ур. З.Поњавић), Крагујевац 2006;
13. Поњавић, Зоран, „Заснивање једнородитељске породице у контексту биомедицински потпомогнуте оплодње“, *Зборник радова Десети међународни научни скуп Дани породичног права – Породица у актуелном правном и друштвеном контексту*, Мостар 2022;
14. Поњавић, Зоран, „Правни значај разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Књига четврта, Ниш 2014;
15. Поњавић, Зоран, „Заснивање монопаренталне породице – право или хендикеп“, *Правни живот*, 9/2001.
16. Поњавић, Зоран, Влашковић, Вељко, *Породично право*, Службени гласник, Београд 2022.
17. Bodea, Corina „Establishing the child's residence, taking into account the child's best interest“, *SARA Law Research Center International Journal of Legal and Social Order*, <https://ijlso.ccdsara.ro/international-journal-of-legal-a/article/view/181/154>;
18. Brunet, Laurence. „La résidence alternée : l'évolution récente du droit français à la lumière du droit comparé „*Des pères « en solitaire » ?*, (éd.Agnès Martial), Presses universitaires de Provence, 2016, <https://doi.org/10.4000/books.pup.36055>;
19. Corpar, Isabelle , „La séparation du couple parental et le choix de la résidence de l'enfant“, *Recherches familiales* 2005/1 (N°2), <https://doi.org/10.3917/rf.002.0069>;
20. Koster, Tara, Poortman, Anne-Rigt, Van der Lippe, Tanja, Kleingeld, Pauline, Parenting in Postdivorce Families: „The Influence of Residence, Repartnering, and Gender Residence and Parenting“, *Journal of Marriage and Family*, Volume83, Issue 2, April 2021. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jomf.12740>;
21. Newnham, Annika, *Shared Residence: Lessons from Sweden*, s.l. https://pure.port.ac.uk/ws/portalfiles/portal/82428/NEWNHAM_2011_pre_CFLQ_shared_residence_lessons_from_Sweden.pdf;
22. Sediki, Aziz, *La résidence de l'enfant au domicile de l'un de ses parents, les critères utilisés par le juge*. <https://www.village-justice.com/articles/fixation-residence-enfant-domicile-ses-parents-quels-sont-les-criteres-utilises,48774.html>.

Правни извори

1. Code civil français – Француски Грађански законик;

2. La loi 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (article 372-2-9 du Code civil);
3. Code civil belgique – Грађански законик Белгије;
4. Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011;
5. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18 од 24. фебруара 2005, 72 од 28. септембра 2011 – др. закон, 6 од 22. јануара 2015.

Судска пракса

1. Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев. 1594/06, од 29. новембра 2006, Билтен судске праксе, бр. 4, 2006;
2. Одлука Врховног касационог суда, Рев. 1443/10, од 13. маја 2010, утврђена на седници Грађанског одељења 13. септембра 2010;
3. Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев 3725/2020 од 08.09.2020;
4. Одлука Врховног касационог суда, Рев 3229/2019, 18.09.2019;
5. Principes de droit europeen de la famille concernant la responsabilité parentale, <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-French.pdf>.

Full Professor Zoran Ponjavić, LL.D.

Faculty of Law, University of Kragujevac

Judge Ivana Ponjavić Serdar. LL.M.

Basic Court in Kragujevac

CHILD'S PLACE OF RESIDENCE IN CASE OF PARENT'S RELOCATION

Summary

A child needs to have the same place of residence as his/her parents as long as at least one of them exercises the parental right. In other words, a child cannot become "homeless," and they may only live with third parties in exceptional circumstances. The problem of determining the minor child's place of residence has become a current problem due to the growing instability of the family and its structural changes. The child's place of residence is not the mere element used for determining his/her personal status; it is also the attribute of parental right that affects the manner in which it is exercised. When discussing the change of a child's place of

residence, we distinguish between relocation within or outside the state borders. The relocation of the child within the country, which is the topic of this paper, has been given less attention in legal literature compared to the relocation outside the state borders, although the former cases are more frequent and versatile when the parents decide to break their union. The authors of this paper start from the premise that the child's place of residence is one of the major determining factors relevant for the adequate exercise of parental rights and the child's development. In that context, what model of regulating the issue of a child's residence has been chosen by legislators in case of a parent's relocation remains of utmost importance. According to the Republic of Serbia Family Law, there are two models of the exercise of parental rights: jointly by both parents or independently by a single parent. In this paper, the authors consider the issue of child's relocation in both cases. What is common to both cases is that the change of the child's place of residence cannot be performed without the consent of both parents as long as they exercise their parental rights. If they agree with the change of place of residence, their consent shall be certified at the notary public's office. If a parent who lacks custody and does not exercise their parental right refuses to give consent, the decision will be subject to the relevant court procedure. Despite the Supreme Court of Serbia's practice supporting the deprivation of parental rights, the authors of the paper argue that initiating a legal procedure to protect the child's rights is a better solution in such cases.

Key words: *Place of residence; Parental right; The best interest of the child; Relocation.*

Проф. др Илија Бабић

Редовни професор у пензији, Београд

НУЖНИ ПРОЛАЗ – са испитивањем решења Преднацрта ГЗ Србије (2015) –

*Аутор у раду синтетички, упоредноправно и применом осталих научних метода анализира нужни пролаз. Утврђује да је нужни пролаз земљишна службеност пута који се оснива одлуком суда. На основу правноснажне одлуке суда (основе за упис у земљишни регистар) сопственик повласне непокретности (*dominium dominans*), која нема излаз на јавни пут или је он неодговарајући, стиче право да пролази преко земљишта сопственика послужног добра (*dominium serviens*) супротно његовој вољи.*

*Институт стварних службености, у основи, дело је римског права. Право нужног пролаза произашло је из сеоских (пољских) службености – да се преко туђега земљишта: иде пешке (*iter*), провозе запрежна кола (*via*) и прогони стока (*actus*). У раду се наводе и анализирају начела права стварних службености и нужног пролаза, разграничава се институт нужног пролаза од суседског права, излажу претпоставке за основање права нужног пролаза, наводе његове врсте, те начин одређивања висине накнаде ако је он основан. Испитана су и правила која одређују преко којих непокретности се не може основати нужни пролаз.*

Право нужног пролаза оснива се као право службености: стазе, прогона стоке, пута за моторна возила односно пољопривредне машине. Отварање нужног пролаза суд ће дозволити ако је корист од отварања нужног пролаза за сопственика повласног добра већа од од штете коју би претрпео сопственик послужног добра. У одлуци којом оснива нужни пролаз (има конститутивни карактер) суд ће обавезати власника повласног добра да плати власнику послужног добра потпуну имовинску новчану накнаду штете.

Предмет критичке анализе аутора јесте институт нужног пролаза конципиран у члану 1946 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије из 2015. Оцењује да предложено решење није потпуно и предлаже његову допуну.

Кључне речи: Нужни пролаз; Право кретања стазом; Право службености пута; Право пролаза моторним возилима; Стварне службености; Пољска службеност.

1. УВОД

Нужни пролаз је стварна службеност пута који се установљава у корист сопственика непокретности који нема излаз на јавни пут, или до њега може доћи само уз претерано заобилажење (опкољено земљиште, енклава). У овом случају сопственик овакве непокретности има право да од суда захтева да му уз накнаду дозволи пролаз преко туђег земљишта и против воље његовог сопственика. Суд ће у одлуци одредити границе и начин вршења права нужног пролаза, уз обавезу имаоца права нужног пролаза да се својим правом служи тако да штеди добро на коме је установљен нужни пролаз.

Нужни пролаз јесте стварна службеност пута коју оснива (конституише) суд по захтеву власника непокретности до које нема погодне (одговарајуће) везе са јавним путем. С обзиром на то да је нужни пролаз службеност пута на њега се примењују правила службености пута ако за нужни пролаз није што посебно прописано (в. чл. 191 Закона о власништву и другим стварним правима – ЗВ;¹ чл. 221 Закона о стварним правима Републике Српске – ЗСП² и чл. 233 Закона о стварним правима ФБиХ – ЗСП ФБиХ.³

У појединим законима нужни пролаз је детаљно регулисан док је у другим овај институт недовољно одређен што ће у пракси створити потешкоће. Преднацрт Грађанског законика Србије из 2015 (Преднацрт ГЗ)⁴ је институт нужног пролаза предвидео само у члану 1946.

¹ Народне новине, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 и 94/17.

² Службени гласник РС, бр. 124/08, 3/09 – исправка, 59/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21 – одлука УС и 119/21 – одлука УС.

³ Службене новине ФБиХ, бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС.

⁴ Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд 2015.

2. РИМСКО ПРАВО

Поједине сеоске службености (ако претежно служи обрађивању земље означавана је као сеоска) познате су у време важења Закона 12 таблица.⁵

Класично римско право је под називом *servitutes* обухватало само земљишне службености (*iura praediorum*). Личне службености (*servitutes personarum*) уврштене су међу *servitutes* тек у посткласичном и Јустинијановом праву.⁶ Најстарија *iura praediorum* била су право прелаза и довођења воде: *via*, *iter*, *actus*, *aquaeductus*.⁷ *Via* је право пролажења колима. Према одредбама Закона 12 таблица *via* је на равном делу имао ширину 8 стопа а на кривинама 16 стопа.⁸ *Iter* право једног лица да пешице, на коњу или носиљци прелази преко туђег земљишта, а *actus* се састојао у праву власника повласног земљишта да преко туђег земљишта одређеним правцем прогони стоку.⁹ *Aquaeductus* је право власника повласне непокретности да на туђем земљишту црпи воду.¹⁰

Институт нужног пролаза произашло је из сеоских (пољских) службености – да се преко туђег земљишта: иде пешке (*iter*), провозе запрежна кола (*via*) и прогони стока (*actus*).

3. НУЖНИ ПРОЛАЗ – СЛУЖБЕНОСТ ИЛИ СУСЕДСКО ПРАВО

Поједини грађански законици и правни писци сматрају да је нужни пролаз (пролажење) суседско право и да није службеност – стварно право на туђу ствар.¹¹ Истиче се да је обавеза власника суседног земљишта да трпи пролаз суседа законско ограничење права својине, а не стварно право на туђу ствар. Као кључни аргумент наводи се да се ово право конституише одлуком суда, а не уписом у земљишни регистар.¹² Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888 (ОИЗ) нужни пролаз („о пролажењу“) је регулисао у чл. 115–116 и уврстио у суседско право (Раздио V, „О помеђашкој /849/ угодби

⁵ О. Станојевић, *Римско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2004, 281.

⁶ М. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974, 156.

⁷ К. Салковски, *Институције с историјом римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894, 293.

⁸ А. Romac, *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb 1989, 324.

⁹ О. Станојевић, 281.

¹⁰ М. Виле, *Римско право*, Плато XX век, Београд 1993, 74.

¹¹ М. Тороман, „Суседско право“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том III*, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, 240.

¹² Д. Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац 1998, 109–110.

/950). Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Р. Србије из 2006. нужни пролаз и друга нужна права сврстао је у суседска права (в. чл. 298–299).

Суседска права су овлашћења власника једне непокретности да захтева од власника друге непокретности да он у његовом интересу нешто трпи, пропушта или чини у погледу своје непокретности.¹³ Савремени законици, у државама проистеклим из СФРЈ, као што су, на пример, ЗВ, ЗСП, ЗСП ФБиХ и ЗСПО, право нужног пролаза уврштавају у службеност, а такво решење предложено је у Преднацрту ГЗ. Овакав став прихватила је и теорија.¹⁴ Суседско право се може састојати у овлашћењу власника једне непокретности да од власника друге непокретности захтева неко чињење (да спречи имисије, да огради своје земљиште, исече гране стабла и друго) док се право службености (нужног пролаза) не може састојати у обавези власника послужног добра да нешто за власника повласног добра чини. Осим тога, суседско право је узајамно у погледу овлашћења која имају власници суседних непокретности.

Аргумент који истиче да је нужни пролаз суседско право због тога што се не конституише уписом у земљишни регистар (него одлуком суда) није оправдан. Наиме ово правило важи за све стварне службености (укључујући нужни пролаз) – све стварне службености стичу се даном правноснажности одлуке суда, ако законом није другачије одређено (в. чл. 53, ст. 1–2 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО).¹⁵ Титулар нужне службености (или других стварних службености) може се, ради публицитета, на основу правноснажне судске одлуке, уписати у земљишни регистар.

4. НАЧЕЛА

Нужни пролаз је стварна службеност – има за предмет непокретност и установљава се у корист свакодобног власника одређене непокретности. Стога се на нужни пролаз примењују начела стварних службености.

¹³ Вид. I. Gliha, „Susjedski odnosi i pravo vlasništva“, *Stvarno pravo* (N. Gavella, et. al.), svezak 1.2, Narodne novine, Zagreb 2007, 648; чл. 100 ЗВ.

¹⁴ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2001, 215; Р. Klarić, М. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009, 321; Е. Хашић, „Службености“, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске* (И. Бабић et. al.), Привредна штампа, Сарајево 2011, 552–557; Д. Лазаревић, *Службености и суседско право*, Пословни биро, Београд 2011, 173; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Пунта, Ниш 2009, 181.

¹⁵ *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, број 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/05 – др. закон.

Право службености је стварно право. Титулар права службености је овлашћен да ствар, која је послужно добро, непосредно користи (употребљава) независно од тога ко је, затим, постао власник послужног добра. Стварна службеност је, по правилу, и на активној и пасивној страни везана за непокретност (свакодобни власник повласног и послужног добра), има и на активној страни стварноправни карактер. Нужни пролаз, с обзиром на то да је стварна службеност, не може се основати у корист одређеног физичког или правног лица. Стога се нужни пролаз, као стварна службеност, не гаси продајом непокретности ни у поступку принудног извршења.¹⁶

Службености су стварна права на туђој ствари те никоме не може служити сопствена ствар – *Nemini res sua servit*. На сопственој ствари не може се основати право службености те ни право нужног пролаза. Ова врста службености била би непотребна с обзиром на то да власник на ствари има највишу правну власт.

Од правила да се на сопственој ствари не може основати право службености нужног пролаза, предвиђен је изузетак у случају својинске службености, када једно лице може бити власник повласног и послужног добра. У тој ситуацији настаје својинска службеност – исто лице је уписано као власник послужне и повласне непокретности, све док право службености не буде избрисано. Лице које је постало власник повласног и послужног добра неће, по правилу, брисати право нужног пролаза у корист ранијег повласног добра ако је ову непокретност одлучио да прода.

Право службености нужног пролаза не може обавезати власника ствари на чињење – *Servitus in faciendo consistere nequit* (службеност се не може састојати у чињењу). Власник оптерећене непокретности има обавезу да не чини оно што би могао чинити, да није установљена службеност или да трпи.

На праву службености се не може више установљавати службеност – *Servitus servitutis esse non potest*.¹⁷ Право службености не може бити објекат права службености. Титулар не може основати службеност да би је даље преносио самостално. Ако службеност није потре-

¹⁶ Вид. чл. 160, ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење, 54/109, 9/20 – аутентично тумачење, 10/23 – други закон.

¹⁷ Такав је и став судске праксе: „На истом послужном добру не могу постојати две стварне службености пролаза у корист истог повласног добра, већ само једна службеност“, одлука Врховног суда Србије, Гзз. 101/82, *Збирка судских одлука из области грађанског права 1973–1986*, Врховни суд Србије, Београд 1986, одлука број 87.

бна и корисна једном лицу (свакодобном власнику повласног добра) не може се ни основати.

Службеност се, уопште, може установити само ако је корисна за њеног титулара. Она мора имати разумну сврху за титулара и оснива се ради боље употребе или коришћења повласног добра. За нужни оснивање нужног пролаза захтева се не само да је корисна за њеног титулара него да је и економична.¹⁸

Право нужног пролаза се мора вршити тако да што мање оптерећују послужно добро – у складу са њеном природом и потребама ради којих је заснована. Титулар права службености ограничава власника повласног добра само колико је потребно за остваривање нужног пролаза.¹⁹ Стога он не може захтевати да на послужном добру има искључиву државину ако право нужног пролаза може несметано вршити.

Службеност се не може одвојити од добра на коме је или у чију корист је установљена и преносити посебно. Ово правило настало је у римском праву: *Locare servitutem nemo potest* – Нико не може службеност дати у закуп. У случају да се преноси право својине на послужној ствари на друго лице, право својине се преноси са теретом службености нужног пролаза која је на њој основана. Када се на друго лице преноси право својине на повласној непокретности преноси се са њом и право службености нужног пролаза на послужном добру.

Службности су недељиве. Она се не може поделити: повећањем, смањењем или комадањем послужне ствари, променом њеног облика, површине или изграђености катастарске честице која је послужна ствар. Ако се подели повласно добро, стварна службеност остаје у корист свих његових делова (који су настали деобом матичне парцеле). У том случају власник послужног добра може захтевати да стварна службеност власника појединог дела подељеног повласног добра престане, ако стварна службеност не служи за потребе тог дела. Када је подељено послужно добро, стварна службеност остаје само на деловима на којима је вршена.

¹⁸ Ч. Рајачић, *Стварно право, I дио* – предавања (умножено као рукопис), Загреб 1956, 366.

¹⁹ Вид. И. Бабић, *Увод у грађанско право и Стварно право*, Службени гласник, Београд 2024, 435.

5. ОСНИВАЊЕ НУЖНОГ ПРОЛАЗА

5.1. Препоставке

Нужни пролаз се оснива одлуком суда у тренутку када одлука суда постане правноснажна.²⁰ Одлука суда о оснивању нужног пролаза има конститутиван карактер. Власник повласне непокретности ово своје право може уписати у земљишни регистар само ради публицитета. Упис у земљишни регистар има деклараторни карактер.²¹ У Републици Србији и Републици Српској одлуку о конституисању нужног пролаза доноси парнични суд по тужби²² док у Републици Хрватској одлуку (решење) доноси ванпарнични суд.

Нужни пролаз се може основати ако су за то остварене кумулативне претпоставке прописане законом и то: 1) да непокретност власника повласног добра нема никаквог пута (прилаза) или нема одговарајући пут (прилаз) до јавног пута; 2) да је корист од нужног пролаза за свакодобног власника повласног добра већа од штете коју би претрпео свакодобни власник послужног добра.²³

Власник повласног добра нема никаквог пута (прилаза) до њега ако је ово добро потпуно опкољено земљишним парцелама које нису у његовој својини. То се може догодити ако приликом деобе земљишних парцела власнику повласног добра није остављен пут који води на јавни пут. Догађа се да је експроприсана суседна непокретности преко које је власник повласног добра имао пут али је и он експроприсан. Чешћа је, међутим, ситуација у животу да постојећи пут није одговарајући (довољан) – претерано је заобилазан; стрм је или се често одроњава; води преко потока и не може се преко њега прелазити за време кише или снега; узак је и њиме не могу пролазити трактори и друге пољопривредне машине. Неодговарајући је пролаз који „није довољан за редовно господарење“ те „нема мјеста отварању нужног пролаза само ради боље удобности пута (нпр. ради краћег пута)“.²⁴

²⁰ Вид. чл. 53, ст. 1 и 2 ЗОСПО. Ово решење преузео је и чл. 1940 став 2 Преднацрта ГЗ.

²¹ Z. Stipković, „Služnosti“, *Stvarno pravo* (N. Gavella et al.), 1. dio, svezak 2, Narodne novine, Zagreb 2007, 21.

²² „О приједлогу за отварање нужног пролаза расправља се по правилима парничног, а не ванпарничног поступка. Стога приједлог треба уредити као тужбу“, одлука Вишег суда у Бањој Луци, Гж. 244/92, Д. Медић, Х. Тајић, *Судска пракса из стварног права*, Привредна штампа, Сарајево 2008, 526.

²³ Z. Stipković, 20.

²⁴ Ч. Рајачић, 366.

Параграф 341 Српског грађанског законика из 1844. (СГЗ) одређује да власник повласног добра може захтевати нужни пролаз кад „своје добро или сасвим или од чести употребити не би могао, н. пр. кад ко на њиву своју не може другојачије доћи, ако преко туђе не пређе“. Нешто потупуније члан 115 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888 (ОИЗ) уређује институт „Пролажења“: „Кад је каква земља или здање тако опкољено туђим земљама те одвојено од јавног пута да није никако, или без повеликога обилажења, могуће приступити к земљи или кући“ (члан 115).²⁵ Члан 694 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888. (ОИЗ) прописује да власник непокретности има „Право на приступ имању“, тј. да уђе на парцелу суседа „у мери у којој је то неопходно за изградњу, одржавање или поправку његове сопствене непокретности“ (члан 694 став 1). Према одредбама пар. 917 ст. 1 Немачког грађанског законика из 1896 (НГЗ) и чл. 682 Француског грађанског законика из 1804. (ФГЗ) право пролаза може тражити власник изолованог имања „које нема приступа јавном путу“. Члан 5:57 Холандског грађанског законика из 1994. (ХГЗ) уопштеним правним стандардом одређује да право на нужни пролаз има онај власник непокретности који „нема адекватан приступ јавном путу“.

Чланак 224, ст. 1 ЗВ прописује да ће се нужни пролаз преко неке непокретности основати одлуком суда ако до власника друге непокретности „нема никакве или нема прикладне путне везе с јавним путем“, а такво решење преузели су чл. 193, ст. 1 ЗСП и чл. 205, ст. 1 ЗСП ФБиХ.

Члан 1946 став 1 Преднацрта ГЗ предвиђа да право на нужни пролаз има власник „непокретности која нема излаз на јавни пут, или се до њега може доћи само уз претерано заобилажење (опкољено земљиште, енклава).

Суд ће усвојити захтев и основати нужни пролаз ако је за то остварена и друга претпоставка – да је корист од нужног пролаза за свакодобног власника повласног добра већа од штете коју би претрпео свакодобни власник послужног добра (пар. 1, ст. 1, тач. 2 ЗНП; чл. 224, ст. 1 ЗВ; чл. 193, ст. 1 ЗСП; чл. 205, ст. 1 ЗСП ФБиХ). Суд ће ове чињенице утврдити на основу саслушања вештака геометра (он ће идентификовати потенцијално повласно и послужно добро), извршеног увиђаја те саслушања одговарајућег вештака пољопривредне,

²⁵ Према одредбама пар. 1, ст. 1, тач. 1 Закона о нужним пролазима од. 6. 4. 1906 – ЗНП (важио је за Хрватску и Славонију) нужни пролаз се могао одредити преко туђих непокретности када су непокретности власника (или поседника) „одвојене од јавног пута тако, да за редовно господарење или употребу нема никакве или барем довољне путне везе“.

шумарске струке, за путеве и др. Ако је корист од отварања нужног пролаза једнака штети коју би претрпео евентуални власник послужног добра тада би захтев за оснивање нужног пролаза требало одбити, „нема разлога једног власника присилно оптерећивати само да би се окористио други“.²⁶ За разлику од службености за коју се захтева да буде корисна, за оснивање нужног пролаза захтева се да је то од општег интереса – да је корист од његовог отварања већа од штете коју би претрпео свакодобни власник послужног добра тј. да буде економичан.²⁷ Нужни пролаз је стварна службеност пута и не може бити основана као неправилна службеност – у корист одређеног лица. У одлуци суда нужни пролаз се установљава у корист свакодобног власника повласног добра.

5.2. Врсте нужних пролаза

5.2.1. Право стазе, прогона стоке и пута

Правила о нужном пролазу произашла су из римског права о сеоским (пољским) службеностима – да се преко туђег земљишта: иде пешке (*iter*), провозе запрежна кола (*via*) и прогони стока (*actus*). Под тим утицајем параграф 477 ОАГЗ је у пољске службености уврстио: „Право ићи пјешице, гонити живину и возити се у колих на туђем земљишту“,²⁸ а у параграфу 492 ОАГЗ их је конкретизовао: „Право стазе садржава у себи право ходати по тој стази, дати се по њој носити од људи, и ине људе туда к себи пустити. Право стазе не овлашћује титулара нужног пролаза да вози, да јаше животињу, да неvezане животиње прогони, као ни „право дати се носити од живине“ ни на „право вући терете преко земљишта служнога“.²⁹ С прогоном живине скопчано је право служити се тачкама (колицама), а колником скопчано је право, возити се с једном или више запрега“. Право гонити живину овлашћује титулара права нужног пролаза да гони (неупрегнуту) стоку („марву“), гура колица, да иде пешке и кад се живина не гони те да друге људе пушта да му долазе. Право (нужне) службености пута овлашћује власника повласног добра да врши сва овлашћења које обухватају право стазе (ићи пешке), прогона стоке (животиња),

²⁶ Z. Stipković, 20.

²⁷ Z. Stipković; Ч. Пажачић, 366; B. Vizner, *Грађанско право*, Vjesnik, Zagreb, 414.

²⁸ Параграф 1, ст. 2 ЗНП је одређивао: „Нужни пролаз може према потреби бити: стаза, прогон животиње или колник.“

²⁹ Вид. пар. 493 ОАГЗ и A. Rušnov, *Tumač Obćem austrijskomu Građanskom zakoniku, knjiga prva*, Lav Hartman, Zagreb 1893, 690.

возити се правцем одређеним за службност, јахати животињу и вући терете по путу.³⁰

Новији грађански законици су донекле изменили садржину појединих врста нужног пролаза. Право ходати стазом укључује и служење инвалидским колицима и колицима за децу, али не обухвата овлашћења јахати нити возити се бициклом, а ни гурати по њој бицикл. Одлуком суда одређен нужни пролаз прогона стоке не обухвата овлашћење преко њега вући тешке терете, право возити се по послужној непокретности не обухвата по њој гонити невезану стоку. Титулар нужног пролаза пута овлашћен је возити се по послужној непокретности једном или више запрега и моторним возилом (вид. на пример, чл. 232 ЗСП ФБиХ, чл. 220 ЗСП).³¹

Суд ће одлуком којом оснива нужи пролаз, у границама постављеног захтева, одредити да се он оснива у корист свакодобног власника повласног добра као службеност права стазе, прогона стоке, пута или свега заједно „водећи рачуна о потребама повласне некретнине и о томе да послужно земљиште буде што мање оптерећено“ (чл. 224, ст. 3 ЗВ; чл. 205, ст. 3 ЗСП ФБиХ; чл. 193, ст 3 ЗСП). Према одредбама чл. 215, ст. 2 ЗСПО нужни пролаз може бити установљен „као право пролаза пјешака, кола, моторних возила, пољопривредних машина и сл.“ У одлуци којом оснива нужни пролаз суд ће конкретизовати врсту нужног пролаза – на пример, да се пут установљава за пролаз само запрежних или моторних путничких возила или за моторне пољопривредне машине. Члан 856 ОИЗ је одредио: „Ко је овлаштен да преко туђе земље постопицом прелази, тиме још нема право да стоку туда прогони. Ко је овлаштен да живо прогони, тај може туда ходити и јахати и возити се. Ко има право пута тај може туда не само све чинити што му допушта постопица и прогон него може и најтежа бремена туда вући. То све ако обичајем или уговором није иначе одређено.“

5.2.2. Трајни, привремени или сезонски нужни пролаз

Право нужног пролаза може се установити као трајно (оснива се на неодређено време) или привремено (да траје неодређено време) или за одређено доба године (члан 49, став 2 Закона о основама сво-

³⁰ А. Rušnov, 690.

³¹ „Провоз аутомобилом прилазним путем у двориште не сматра се проширењем служности провоза запрежним колима и трактором која иначе већ преко тог пута постоји“, одлука Врховног суда Хрватске, Гзз. 39/82, Д. Медић, Х. Тајић, 542.

јинскоправних односа – ЗОСПО).³² Ако је нужни пролаз основан као трајни то не значи да не може престати. Службеност пута основана као трајна, без обзира на то како је стечена, те и нужни пролаз, могу престати. По захтеву власника послужног добра суд ће донети одлуку да нужни пролаз престаје због промењених околности: отворен је други једнако прикладан јавни пут (прилаз) или прикладнији јавни пут, други пролаз једнако прикладан али власнику послужног добра причињава мање штете.³³ Нужни пролаз се може установити као привремени – на пример, на једну годину или до завршетка изградње јавног пута, до остварења резолутивног услова и друго. Сезонски нужни пролаз се може основати одлуком суда за одређено доба године – у јесен ради превозења убраних плодова; у месецу октобру и новембру ради превоза исечених шумских стабала и друго.

5.3. Нужни водови и уређаји

Власник непокретности може захтевати нужну службеност водова или других уређаја (електричних, канализационих, гасоводних, водоводних, топловодних, телекомуникационих и других) до које нема никакве или нема одговарајуће везе с добављачем материја, енергије или услуга. Веза је неодговарајућа и када успостављање ове везе с непокретношћу власника на другим местима изазива несразмерне трошкове. На захтев власника непокретности суд може основати на туђој непокретности нужну службеност водова или других уређаја (в. чл. 225 ЗВ; чл. 194 ЗСП; чл. 206 ЗСП ФБиХ, чл. 216 Закона о својинско правним односима – ЗСПО).³⁴

Према одредбама члана 1947 Преднацрта ГЗ суд ће у корист свакodobног власника повласног добра основати нужну службеност – да преко суседове непокретности проведе водове (водоводне и канализационе цеви, гасовод, електричне, телефонске или друге каблове, подземне и ваздушне и сл.), ако постављање ових водова на другом месту није никако могуће, или је могуће али само уз несразмерне трошкове. Предвиђени су само водови али не и други уређаји.

Нужна службеност водова и других уређаја може се остварити у поступку делимичне експропријације у корист грађана (вид. чл. 5, ст. 1 и чл. 8, ст. 2 Закона о експропријацији – ЗЕ).³⁵ У овом случају вла-

³² *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/05 – др. закон.

³³ Ч. Рајачић, 366–367.

³⁴ *Службени гласник ЦГ*, бр. 19/09.

³⁵ *Службени гласник РС*, бр. 53/95, 23/01 – СУС, 20/09, 55/13 – УС, 105/16 – аутентично тумачење.

сник непокретности (који захтева конституисање службености на туђој непокретности) покреће управни поступак. Тако, чл. 217 ЗСПО одређује да се, ако је утврђен јавни интерес, може дозволити постављање водова и других уређаја (електричних, канализационих, топловодних, телекомуникационих и других) без пристанка њеног власника. О захтеву за оснивање нужне службености постављања водова и(ли) других уређаја у приватном интересу одлучује суд (вид. чл. 216 ЗСПО). У овом случају покреће се управни поступак експропријације. Власник непокретности, међутим, може да покрене поступак пред судом ради оснивања права нужне службености водова и(ли) других уређаја.³⁶

Орган управе или суд усвојиће захтев власника повласног добра ако је утврдио да је корист од постављања тих водова или уређаја већа од штете коју ће претрпети власник послужне непокретности. До сазнања ових чињеница орган управе или суд првенствено долазе саслушањем вештака одговарајуће струке.

У управном поступку одредиће се накнада за делимично експроприсану непокретност у складу са одредбама Закона о експропријацији, а „која не може бити нижа од тржишне“ (чл. 1 ЗЕ). Ако је покренут судски поступак суд ће применити закон који регулише својинско правне односе и обавезати власника повласног добра „да плати пуну накнаду власнику послужне непокретности“ која не може бити нижа од оне која мора платити у поступку експропријације (в. чл. 225, ст. 1 и 4 ЗВ; чл. 205, ст. 1 ЗСП ФБиХ; чл. 194, ст. 1 ЗСП и чл. 216, ст. 4 ЗСПО).

Осим у висини накнаде (различите је висине, зависно од тога да ли се води управни поступак делимичне експропријације или судски поступак оснивања нужне службености водова и(ли) других уређаја) између ова два вида оснивања нужне службености водова и(ли) других уређаја постоје разлике. Даном правноснажности решења о делимичној експропријацији – оснивању нужне службености водова и(ли) уређаја, власник повласног добра може предузимати радове на послужном добру иако му накнада није исплаћена (споразум о накнади пред органом управе или правноснажно решење суда о одређивању висине накнаде само су извршни наслови – вид. чл. 60 ЗЕ). Ако је оснивана нужна службеност водова и(ли) уређаја одлуком суда, оснивање овог права условљава се потпуном исплатом накнаде, осим кад се стране другачије споразумеју (чл. 225, ст. 2, а у вези са чл. 224, ст. 4 ЗВ; чл. 194, ст. 2, а у вези са чл. 193, ст. 4 ЗСП и чл. 206, а у вези са чл. 205, ст. 4 ЗСП ФБиХ).

³⁶ Е. Хашић, 557.

6. НАКНАДА

Поједини грађански законици одређују да је власник повласног добра дужан власнику послужног добра дати одговарајућу накнаду за насталу штету (чл. 682 ФГЗ, пар. 917, ст. 2 НГЗ и чл. 694, ст. 2 ШвГЗ). Из одредаба чл. 224, ст. 4 ЗВ, чл. 193, ст. 4 ЗСО, чл. 205, ст. 4 ЗСП ФБиХ такође проистиче да власник повласног добра дугује власнику послужног добра накнаду имовинске штете. У старијој правној науци је оправдано истицано да се за сву штету која настане услед оснивања или проширења нужног пролаза мора исплатити пуна одштета власнику послужног добра.³⁷ Имовинска штета обухвата не само умањење нечије имовине (обична штета – *damnum emergens*) него и спречавање њеног повећања (измакла корист – *lucrum cessans*).³⁸

Суд ће у одлуци којом оснива нужни пролаз, односно службеност нужних водова и уређаја одредити обавезу власника повласне непокретности да власнику послужне непокретности плати пуну новчану накнаду за све што ће он трпети и бити оштећен. Износ накнаде не може бити мања од оне на коју би власник послужног добра имао право да се у општем интересу спроводи експропријација. У изреци пресуде суд ће оснивање нужног пролаза условити потпуном исплатом ове накнаде, осим ако стране не постигну другачији споразум.³⁹ Према томе, накнада штете плаћа се у једном (апсолутном) износу. Ово је изричито прописао ОИЗ: „Сусјед коме се нов пролазак уступи платиће једном за увијек цијену коју вјешти људи одреде“ (чл. 116, ст. 2). Накнада штете у облику ренте (у новцу или натури) може се одредити једино споразумом власника повласне и послужне непокретности. Њиховим споразумом може се одредити и други начин решења нужног пролаза – да лице које захтева нужни пролаз откупи земљиште на коме захтева оснивање нужног пролаза или да у замену друго земљиште.⁴⁰ Према одредбама чл. 215, ст. 6 ЗСПО власник послужне непокретности има право да захтева од власника повласне непокретности да откупи део непокретности који служи за пролаз. Такво решење одређено је и у члану 1946, ст. 4 Преднацрта ГЗ.

³⁷ Ч. Рајачић, 367.

³⁸ Л. Драгољуб, 187; V. Boris, 416; вид. чл. 155 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени гласник РС*, бр. 18/20.

³⁹ Вид. чл. 224, ст. 4 ЗВ, чл. 193, ст. 4 ЗСО, члан 205, ст. 4 ЗСП ФБиХ.

⁴⁰ Ч. Рајачић, 367.

У парничном поступку, ради конституисања нужног пролаза, суд ће обавезати тужиоца не само да накнади имовинску штету туженом него и да плати трошкове парничног поступка.⁴¹

Према решењу неких грађанских законика власник послужног добра има право на одговарајућу накнаду за коришћење пролаза (пар. 917, ст. 2 НГЗ и члан 5:57, став 3 ХГЗ) Члан 215, ст. 1 ЗСПО и чл. 1946, ст. 1 Преднацрта ГЗ предвиђају да власник послужног добра има право на „накнаду“ али нису одредили у којем износу. Ово решење више одговара власнику повласног добра јер прети опасност да му неће бити призната потпуна одштета.

7. КАД ЈЕ ИСКЉУЧЕНО ОСНИВАЊЕ НУЖНОГ ПРОЛАЗА

Суд ће одбити захтев за оснивање нужног пролаза (и ако су испуњене наведене претпоставке за то) у више правних ситуација. Нужни пролаз се не може основати преко непокретности ако се томе противе јавни интереси (в. чл. 224, ст. 2 ЗВ; чл. 193, ст. 2 ЗСП) – на пример, преко непокретности које је културно добро; преко стрелишта у јавној својини који користи војска или полиција или друге непокретности у јавној својини коју могу користити само законом одређена правна или физичка лица.

Искључена је могућност да се нужни пролаз конституише преко непокретности која је у јавној својини⁴² (вид. чл. 224, ст. 3 ЗВ; чл. 193, ст. 3 ЗСП; чл. 205, ст. 2 ЗСП ФБиХ).⁴³ У том случају пролаз би се оснивао у корист неограниченог броја људи док се нужни пролаз оснива у корист свакодобног власника одређеног земљишта.⁴⁴ Наиме, ако се пут или нужни пролаз оснива у општем интересу тада се поступа по Закону о експропријацији и пут, после експропријације, постаје јавна својина.⁴⁵

⁴¹ „У парници ради конституисања нужног пролаза преко туђег земљишта, пошто се поступак води искључиво у интересу тужиоца, тужилац је дужан да сноси трошкове поступка (члан 386)“, одлука Савезног суда, Гж.19/83, Д. Медић, Х. Тајић, 528.

⁴² *Ibid.*, 555.

⁴³ Члан 224, ст. 3 ЗВ и члан 193, ст. 3 одређује да се нужни пролаз не може основати преко „општег добра“. Општа добра су делови природе који због својих особина или по изричитој одредби закона не могу да буду предмет права својине (приватне ни јавне) ни других стварних права физичког или правног лица јер служе свим правним субјектима. Оправдано је истакнуто да се ове одредбе односе на јавна добра – Е. Хашић, 555.

⁴⁴ Ч. Рајачић, 366.

⁴⁵ В. Vizner, 415.

Нужни пролаз се не може основати кроз зграде, кроз ограђена кућна дворишта, кроз ограђена узгајалишта дивљачи.⁴⁶ Кроз ограђене вртове и винограде нужни пролаз се може основати само ако за то постоји „особито јак разлог“ (члан 224, став 2 ЗВ) односно „нарочито оправдан разлог“ (чл. 193, ст. 2 ЗСП; чл. 205, ст. 2 ЗСП ФБиХ). Може се, изузетно, дозволити пролаз „преко ограђених кућних вртова и ограђених винограда, и то у правилу само рубом“ (пар. 2, ст. 2 ЗНП).

У случају да су заинтересоване стране договором разрешиле спор о отварању нужног пролаза тада су стране уговором основале стварну службеност пута, а не нужни пролаз.⁴⁷

8. ПРЕСТАНАК И ИЗМЕНА НУЖНОГ ПРОЛАЗА

С обзиром на то да је нужни пролаз стварна службеност на престанак права нужног пролаза примењују се, супсидијерно, правила одређена за стварне службености пута (вид. на пример, чл. 221, ст. 2 ЗСП; чл. 233, ст. 2 ЗСП ФБиХ).

Право нужног пролаза, конституисано правноснажном одлуком суда, може престати на основу уговора између имаоца права службености и власника послужног добра, а ређе на основу тестаментa као једностраног правног посла. Уговор, као приватна исправа, мора бити јавнобележнички потврђен – солемнизован (вид. чл. 93 Закона о јавном бележничтву – ЗЈБ)⁴⁸ сачињен у нотарски обрађеној исправи. У истој форми титулар нужног пролаза може се одређи овог права једностраном изјавом воље – без сагласности власника послужног добра.⁴⁹ Ако је титулар нужног пролаза сувласник или заједничар он се не може одређи нужног пролаза без сагласности свих сувласника односно заједничара (в. члан 255, ст. 2 ЗСП, чл. 267, ст. 2 ЗСП ФБиХ). Уколико је нужни пролаз уписан у земљишни регистар он престаје тек брисање из регистра.

Одлуком суда може бити одређено да нужни пролаз траје одређено време (на пример, три или пет година) или док се не испуни одређени услов (на пример, док се не направи јавни пут). Нужни пролаз

⁴⁶ „При конституисању службености колског пролаза, поред процене материјалне штете послужног добра узимају се у обзир и друга ограничавања власника послужног добра, као што су несметано становање, мир и друга лична права власника и чланова његовог домаћинства, ако је у питању пролаз поред куће, када има и других пролаза, који туда не иду“, одлука Врховног суда Србије, Гзз. 238/75, Д. Медић, Х. Тајић, 527.

⁴⁷ Вид. В. Vizner, 415.

⁴⁸ *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – други закон, 93/14 – други закон, 121/14, 6/15 и 106/15.

⁴⁹ Ч. Рајачић, 367.

уписан у земљишни регистар (иако настаје на основу правноснажне судске одлуке) не престаје самим протеком рока или испуњењем раскидног (резолутивног) услова, него тек брисањем из регистра.⁵⁰

Пропаст повласног или послужног добра има за последицу и престанак права службености (нпр., одрон земљишта уништио је пут или део пута на послужном добру због чега се не може више користити од стране власника повласног добра). Нужни пролаз ће се успоставити у случају да је враћен у пређашње стање.

Службеност нужног пролаза престаје и сједињењем (конфузијом). Сједињењем се у истој личности спаја право својине на послужној ствари и права службености (нпр. наслеђем, куповином, поклоном) сходно правилу: *nemini res sua servit*.

Иако се нужни пролаз, по правилу, одређује као трајни он ће престати ако се он није извршавао за време од 20 година. Службеност нужног пролаза уписана у земљишни регистар престаје тек брисањем тог уписа на основу правноснажне судске одлуке – исправе подобне за брисање.

Право нужног пролаза може бити укинато на захтев власника послужног добра због промењених околности – ако суд утврди да постоји други исто тако погодан, или још погоднији пролаз, који свакодневног власника послужног добра мање оптерећује (вид. члан 1957 Преднацрта ГЗ).

Власник послужног добра може тужбом захтевати да се раније утврђени правац нужног пролаза измени (премести) на други правац послужне непокретности, ако се власнику повласног добра тиме не отежава право нужног пролаза.⁵¹ По захтеву власника повласног добра суд може остојећи нужни пролаз проширити ако је он постао недовољан због промењених прилика.⁵²

9. КРИТИКА ПРЕДНАЦРТА ГЗ 2015.

Члан 1946 ст. 1 Преднацрта ГЗ предвиђа да сопственик непокретности која нема излаз на јавни пут, или се до њега може доћи само уз претерано заобилажење (опкољено земљиште, енклава) има право захтевати од суда да му, уз накнаду, дозволи пролаз преко туђег земљишта и против воље његовог сопственика. Правни стандард „накнада“ је неодређен и у пракси може бити одређен најчешће на штету власника послужног добра. Предлажемо да се усвоји формулација

⁵⁰ Z. Stipković, 27

⁵¹ Ч. Рајачић, 367.

⁵² B. Vizner, 416.

којом се, у случају конституисања нужног пролаза, обавезује власник повласног добра да власнику послужног добра плати пуну новчану накнаду. Осим тога потребно је оснивање нужног пролаза условити потпуном исплатом те накнаде, ако стране нису постигле другачији споразум.

У Преднацрту ГЗ требало би одредити преко којих, таксативно наведених непокретности, суд не може установити (конституисати) нужни пролаз. У супротном доносила би се неправедне пресуде, а институт нужног пролаза био би изигран.

Члан 1946, ст. 4 Преднацрта предвиђа да сопственик послужног добра на коме постоји нужни пролаз има право захтевати да имацац права (нужног пролаза) откупи део непокретности, који служи као пролаз. Ово решење требало би допунити и одредити како се ово право остварује (подношењем тужбе) и по којој цени ће имацац нужног пролаза откупити део непокретности на коме се налази нужни пролаз. Предлажемо да имацац нужног пролаза дугује власнику послужног добра тржишну цену (за део непокретности на којој је утврђен нужни пролаз), умањену за износ накнаде који је примио приликом конституисања нужног пролаза.

10. ЗАКЉУЧАК

Нужни пролаз је стварна службеност пута. У праву Србије није регулисан посебним одредбама те се на нужни пролаз примењују одредбе Закона о својинскоправним односима (о стварним службеностима) те правна правила из СГЗ на основу члана 4 Закона о неважности правних прописа донети пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 86/46).

Нужни пролаз је земљишна службеност пута који се оснива одлуком суда, а може се, ради публицитета, уписати у земљиши регистар (декларативни упис). На основу правноснажне одлуке суда сопственик повласне непокретности (*dominium dominans*), која нема излаз на јавни пут или је он неодговарајући, стиче право да пролази преко земљишта сопственика послужног добра (*dominium serviens*) супротно његовој вољи.

Стварне службености су, у основи, дело римских правника. Право нужног пролаза произашло је из стварних сеоских (пољских) службености – да се преко туђег земљишта: иде пешке (*iter*), провозе запрежна кола (*via*) и прогони стока (*actus*). Данас се, такође, нужни пролаз оснива као право службености: стазе, прогона стоке, пута за моторна возила односно пољопривредне машине.

Отварање нужног пролаза суд ће дозволити ако је корист од отварања нужног пролаза за сопственика повласног добра већа од штете коју би претрпео сопственик послужног добра. У одлуци којом оснива нужни пролаз суд ће обавезати сопственика повласног добра да плати сопственику послужног добра потпуну новчану накнаду.

Преднацрт ГЗ регулисао је нужни пролаз и службеност постављања водова у чл. 1946 и 1947. Предложено решење је непотупно.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Илија, *Увод у грађанско право и Стварно право*, Службени гласник, Београд 2024;
2. Vizner, Boris, *Грађанско право*, Vjesnik, Zagreb 1962;
3. Виле, Мишел, *Римско право*, Плато XX век, Београд 1993;
4. Gliha, Igor, „Susjedski odnosi i pravo vlasništva“, *Stvarno pravo* (Gavella, Nikola et al.), sveza 1.2, Narodne novine, Zagreb 2007;
5. Klarić, Petar, Vedriš Martin, *Грађанско право*, Narodne novine, Zagreb 2009;
6. Ковачевић Куштримовић, Радмила, Лазих Мирослав, *Стварно право*, Пунта, Ниш 2009;
7. Лазаревић, Драгољуб, *Службеност и суседско право*, Пословни биро, Београд 2011;
8. Медић, Душко, Тајић, Хасо, *Судска пракса из стварног права*, Привредна штампа, Сарајево 2008;
9. Рајачић, Чедо, *Стварно право, I дио* – предавања (умножено као рукопис), Загреб 1956;
10. Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Informtor, Zagreb 1989;
11. Rušnov, Adolfo, *Tumač Obćet austrijskomu Грађанском законик, knjiga prva*, Lav Hartman, Zagreb 1893;
12. Салковски, Карл, *Институције с историјом римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894;
13. Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд 2001;
14. Станојевић, Обрад, *Римско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2004;
15. Stipković, Zlatan, „Služnosti“, *Stvarno pravo* (Gavella, Nikola et al.), 1. dio, svezak 2, Narodne novine, Zagreb 2007;
16. Стојановић, Драгољуб, *Стварно право*, Крагујевац 1998;
17. Тороман, Марија, „Суседско право“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том III, Службени лист СФРЈ, Београд 1978;

18. Хашић, Енес, „Службености“, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске* (И. Бабић *et. al.*), Привредна штампа, Сарајево 2011;
19. Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974.

Правни извори

1. Закон о власништву и другим стварним правима – ЗВ, *Народне новине*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 и 94/17;
2. Закон о експропријацији – ЗЕ, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, 23/01 – СУС, 20/09, 55/13 – УС, 105/16 – аутентично тумачење;
3. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење, 54/109, 9/20 – аутентично тумачење, 10/23 – други закон;
4. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени гласник РС*, бр. 18/20;
5. Закон о јавном бележничтву (ЗЈБ), *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – други закон, 93/14 – други закон, 121/14, 6/15 и 106/15;
6. Закон о нужним пролазима из 1906 – ЗНП;
7. Закон о стварним правима Републике Српске – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 3/09 – исправка, 59/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21 – одлука УС и 119/21 – одлука УС;
8. Закон о стварним правима ФБиХ – ЗСП ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС;
9. Закон о основама својинскоправних односа – ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90; *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96. и *Службени гласник РС*, бр. 115/05 – др. закон;
10. Закон о својинско правним односима – ЗСПО, *Службени гласник ЦГ*, бр. 19/09;
11. Немачки грађански законик из 1896 – НГЗ;
12. Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888 – ОИЗ;
13. Преднацрт Грађанског законика Србије из 2015 – Преднацрт ГЗ, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд 2015;
14. Српски грађански законик из 1844. – СГЗ;
15. Француски грађански законик из 1804. – ФГЗ;
16. Холандски грађански законик из 1994. (ХГЗ).

Судска пракса

1. *Збирка судских одлука из области грађанског права* 1973–1986, Врховни суд Србије, Београд 1986.

Retired Full Professor Ilija Babić, LL.D.

Belgrade

NECESARY PASSAGE

Considerations of Provisions of the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code (2015)

Summary

Necessary passage is a type of right-of-way easement imposed by a court decision. Based on a final court decision (which enables its registration in the land register), the owner of the dominant tenement (*dominium dominans*), which does not have access to a public road or it is unsuitable, acquires the right to cross or pass over the land owned by the servient tenement landowner (*dominium serviens*) against his will.

The rules of real easements were mainly created in Roman law and then shaped to this day through glossators and postglossators and the science of the Pandekton law. Necessary passage arose from rural (rustic) servitudes – to cross someone else's land: passage on foot (*iter*), drive of a carriage (*via*), and the passage of livestock (*actus*).

Given that necessary passage is a type of real easement, the principles that apply to real easements are subsidiarily applied to it, which is an issue the paper, among other things, deals with. The author analyzes the right-of-way institute and necessary passage in comparative law and Serbian positive law by reviewing the judicial practice.

Necessary passage is established as a right-of-way easement: path, passage of livestock, motor vehicles, i.e. agricultural machinery. When making a decision, the court will take into account the needs of the owner of the dominant tenement and that the servient tenement will be as little encumbered as possible. The court will allow the opening of a necessary passage if the benefit of its opening for the owner of the dominant tenement is greater than the damage that the servient tenement landowner would suffer. In the court decision establishing the necessary passage, the owner of the dominant tenement is ordered to pay a fee to the servient tenement landowner.

The subject of the author's critical analysis is the necessary passage institute conceived in Article 1946 of the Preliminary Draft of the Civil Code 2015 of the Republic of Serbia.

Key words: *Necessary passage; The right to move along the path; Right-of-way easement; Right of passage of motor vehicles; Real easements; Rural servitude.*

Проф. др Станка Стјепановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

НАКНАДА ШТЕТЕ ПРОУЗРОКОВАНЕ АУТОНОМНИМ ВОЗИЛОМ, *DE LEGE LATA* И *DE LEGE FERENDA*

Компаније које производе возила у којима је возач или сувозач неки облик вјештачке интелигенције уложиле су огромна средства у рекламу својих возила и резултат је да на цестама имамо возила која корисници понесени рекламама купују и не размишљајући да сваки производ у дуготрајнијој употреби показује неке мане за које ни произвођач није знао у моменту стављања на продају, мада су нам познати случајеви у ранијој аутомобилској индустрији с(а)кривених недостатака на возилима од стране произвођача. Забиљежени су и смртни случајеви проузроковани кривом процјеном вјештачке интелигенције уграђене у возило. Како ће оштећена страна доказати узрочну везу између настале штете и грешке робота? Да ли неки хакер може „помутити“ закључивање аутономног возача? Ко је у том случају одговоран? Какав је законски оквир за рјешавање таквих спорова пред нашим судовима? Да ли су судији довољне одредбе Закона о облигационим односима да би ријешио спор или треба донијети неке друге допунске прописе? На сва ова питања одговоре даје ауторка у свом раду и даје приједлог законодавцу за оснивање компензационог фонда за накнаду штете настале од возила са аутономним управљачем.

Кључне ријечи: Штета; Самовозеће возило; Возач; Компензациони фонд; Накнада.

1. УВОД

У овом раду желимо указати на једну нову могућност настанка штете изазване појавом самовозећих аутомобила – аутономна возила како се најчешће зову која се сврставају у шест степени. Степени се рачунају овисно о томе које функције су преостале човјеку који је

некада имао назив возача и као такав је одговарао за накнаду штете коју учини и према трећим лицима возећи превозно средство, а према постојећем важећем Закону о облигационим односима (ЗОО).

Степен 0 – Непостојање активне помоћи у вожњи. Иако је све мање и мање присутан, ниво 0 постоји. У питању су аутомобили који све аспекте вожње препуштају возачу. Овакво возило може користити различите визуелне и звучне индикаторе како би упозорило особу за воланом, али је возач тај који доноси све одлуке.

Степен 1 – Само једна врста активне помоћи у вожњи. Огроман број возила која су данас у продаји се може класификовати нивоом 1 аутономије. У питању су возила која нуде само једну врсту активне помоћи у вожњи, било да је то присуство прилагодљивог темпомата, могућност одржавања у траци или помоћ при паркирању. Возила чија аутономија се означава нивоом 1 могу имати само једну активну функцију помоћи у вожњи, а не неколико истовремено. Возач се мора налазити за воланом и бити у приправности да у сваком моменту преузме контролу над возилом.

Степен 2 – Активна помоћ у контролисању и брзини кретања. Велики број нових возила посједује могућност аутономне вожње нивоа 2, а управо је ово ниво којем припада аутопилот систем компаније „Тесла“. У питању је комбинација прилагодљивог темпомата и активног одржавања у траци. Другим ријечима, аутономија нивоа 2 нуди помоћ у контролисању, као и у брзини кретања возила. Као и код нивоа 1, особа за воланом све вријеме мора да надгледа рад аутоматизованих система вожње, као и да у сваком моменту буде спремна да преузме контролу.

Степен 3 – Аутономна вожња под одређеним условима. Ако је аутономна вожња нивоа 2 још увијек била обавеза возача, ниво 3 иде корак даље. Ово је ниво од којег, када услови то дозвољавају, особа за воланом (у пракси) више није возач. Аутомобил је тај који сам вози, односно преузима сву одговорност вожње на себе. Дакле, аутономни систем нивоа 3 на себе мора преузети све аспекте вожње, попут убрзавања, кочења, одржавања у траци, промјене трака итд. Иако ниво 3 дозвољава аутономну вожњу када је то могуће, он се разликује од виших нивоа по томе што ће у неком моменту ипак затражити од возача да преузме контролу над возилом.

Степен 4 – Увертира у потпуно аутономна возила. Ниво 4 је оно најбоље што данас постоји. Разлика између 3. и 4. нивоа је велика, јер аутономна вожња нивоа 4 не захтијева од људског возача да преузме контролу током вожње, као ни да ико буде присутан у возилу. Међутим, ово не подразумијева аутономну вожњу у свим случајевима.

Заправо, аутономија нивоа 4 је доступна само под одређеним условима, што може бити рута коју је произвођач унапријед подесио, али и географско подручје на којем ће аутономна возња бити могућа. На примјер, самовозећи таксији *Cruise* су 2022. године добили дозволу да пружају услуге на територији Сан Франциска. Особа може седети за воланом (ако га уопште има), али она нема никакву контролу над возилом. Могуће је чак и да педале нису присутне на возилима овог нивоа аутономије.

Степен 5 – Аутономна возња у свим условима. Врхунац аутономне возње је аутономија нивоа 5. У питању је систем који у потпуности уклања људског возача у свим условима и може да се креће било гдје на планети. Возило које ће нудити овај ниво аутономне возње неће имати волан, мјењач и педале. Заправо, можда уопште неће личити на традиционални аутомобил.¹ Овим степеновањем аутономне возње бавили су се с критичким освртом и професори Техничког факултета у Дармштату и Минхену указујући на недовољну прецизност таквог одређења и предлажили ново степеновање.²

Поставља се питање шта је човјек у таквом возилу – возач, путник, ствар или сувозач? Човјек машта од 1938. године да створи аутомобил који би могао да се креће без возача. При томе се није правила процјена да ли ће такав облик возила довести у питање одрживост људског бића на овешталој планети Земљи.

За сада се у Србији аутономна возила тестирају, до закључно трећег степена, на основу Правилника о условима за обављање аутоном-

¹ Шта треба да знате о аутономној возњи: Шта је, који нивои постоје и да ли је регулисана у Србији, <https://smartlife.mondo.rs/e-zivot/mobilnost/a53364/Sta-je-autonomna-voznja-koji-nivoi-postoje-pravila-u-Srbiji.html>, 20. мај 2025.

² J. Betz, M. Lutwitz, S. Peters, A new Taxonomy for Automated Driving: Structuring Applications based on their Operational Design Domain, Level of Automation and Automation Readiness.

...In this paper, we developed a new taxonomy to describe ADS using SAE Level and ODD description at an intermediate level of abstraction. In addition, a method to describe the current maturity of ADS was proposed using the ADRL as an adaptation of NASA's TRL. A number of current systems were described using the new taxonomy to demonstrate its applicability. In doing so, white spots became obvious, e.g. there is no commercial urban case in Germany at the moment... <https://arxiv.org/abs/2404.17044>, 10. 9. 2025.

О дефинисању домена оперативног дизајна у аутономним системима (ОДД) више се може видјети и у чланку групе аутора M. Adedjouma *et al.*, под насловом *Defining Operational Design Domain for Autonomous Systems: A Domain-Agnostic and Risk-Based Approach*, који је подржан од стране француске владе у оквиру програма „Француска 2030“, а изложен је на конференцији SOSE 2024 – 19th Annual System of Systems Engineering Conference, Jun 2024, Tacoma, United States, <https://hal.science/hal-04613329v1/document>, 18. 9. 2025.

не вожње,³ који је донесен на основу члана 122а Закона о безбједности саобраћаја. Овај Правилник је и дефинисао шта је то аутономни систем вожње у свом члану 1. Аутономни систем вожње је комбинација хардверско-софтверских компоненти уз помоћ којих се сходно нивоу аутоматизације реализује динамички задатак управљања возилом у утврђеном радном опсегу.⁴

Та возила могу да учине штету о којој се може уредно наћи обавјештење у „свјежим“ вијестима које обично емитује и уређује вјештачка интелигенција. Произвођачи тзв. самовозећих аутомобила дали су огроман новац за медијску пропаганду тврдећи да су ова возила потпуно чувари еколошких услова јер не употребљавају фосилна горива и чувају планету Земљу. О томе колико се штити човјекова околина могли бисмо упутити сваког читаоца на истраживање које су обавили студенти у оквиру Истраживачке групе за додатна истраживања из облигационог права. Како је тај зборник радова доступан на сајту Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву упућујемо да се из тих радова најбоље информисе о томе колико су електронска возила доиста чувари екологије, а колико су стварни загађивачи водећи рачуна о томе шта се све треба уништити да би се дошло до крајњег „еколошког производа“.⁵

Просто речено, сада је у току једна велика агонија, како гласи грчка ријеч за утакмицу, ко ће прије стићи до златне петице, тј. петог степена самовозећег аутомобила у коме је некадашњи возач који је био човјек стављен на мјесто обичног пртљага јер возило неће имати ни волан нити било које друго средство да би могао управљати возилом у случају када неко мало „хакне“ команде возила и возило, умјесто да човјека, који је изједначен са пртљагом, одвезе у одредиште, одвезе га у мртвачницу. Америчка агенција је упозоравала произвођаче возила „Тесла“ да престану са таквим рекламама јер иза њих не стоји истина.⁶

³ *Службени гласник РС*, бр. 104 од 24. новембра 2023. године.

⁴ Правилник о условима за обављање аутономне вожње, чл. 1, ст. 1.

⁵ Зборник радова студената чланова групе за додатна истраживања из облигационог права „Проф. др Богдан Лоза“, https://www.pravni.ues.rs.ba/Download/Zbornik_radova_studenata_Grupa_z_a_dodatna_istrzivanja_Bogdan_Loza_PFUIS_2021.pdf, 20. мај 2025.

⁶ У писму које је објављено 8. 11. 2024. године америчка агенција која надгледа безбједност на путевима тражи од „Тесле“ да престане давати људима утисак да је *Full self-drive* аутономна вожња која не захтијева надзор јер Теслина возила пролазе кроз црвено и Тесла према наводима агенције на свом X профилу објављује примјере у којима возачи препуштају контролу *FSD*-у у ситуацијама када су под утицајем алкохола. Интересантно је да Тесла наводи примјер жене која је прешла око тринаест миља до хитне помоћи током срчаног удара и тако је дошла до болнице. Ово је

2. САМОВОЗЕЋА ВОЗИЛА КАО ПРИЛОГ „ПАМЕТНИМ“ ГРАДОВИМА

За свако аутономно возило, било ког степена, па нарочито за оног петог степена, земље које су се укључиле у трку која ће прије да произведе такво потпуно аутономно возило, поставља се питање самосталности тог возила. За њега не можемо рећи да је аутономно без обзира што ће возити човјека као и пртљаг у возилу, колико пртљаг има утицаја на вожњу, толико ће имати и човјек, али зависило би се о међусобним комуникацијама, за сада 5Г мреже, а из Кине су стигле вијести да су остварили комуникацију и по питању 10Г мреже. Нарочито је то битно што треба постојати и пратећа инфраструктура да би се возило, самовозеће, безбједније кретало и да би могло добити сигнал да је пред њим пјешак на пјешачком прелазу, а не облак. Сви стручњаци тврде да је толико саобраћајних несрећа било од возила којим су управљали људи и да ће управо ови софтвери учинити да нема људских грешака које су најчешће узрок саобраћајним незгодама и да ће то бити безбједно за човјека.

Како је тема овог рада искључиво везана за штету која настане другим учесницима у саобраћају у овом раду нећемо расправљати о накнади штете која настаје за општа добра, а коју учине или ће учинити самовозећи аутомобили. За сада видимо да је потребно за повезивање између софтвера, па чак и различитих возила ако се ради о превозу, а указује на чињеницу да су људи биљке у околини које покрива мрежа по којој се квалитетно воза самовозеће возило има штетне имисије. Виђамо већ падајуће ројеве пчела на тим фреквенцијама 5Г мреже, па се поставља питање колико ће комуникација између конвоја самовозећих возила у теретном саобраћају довести до штете по људско здравље и колико ће престати птица да се радује сваком дану, весело цвркућући. Због тога ћемо се оријентисати у овом раду само на питања видова штете које могу настати од самовозећих аутомобила, водећи рачуна и о томе да су сви извјештаји усмјерени на то да ће 2030. године почети озбиљнија, слободнија употреба самовозећих аутомобила, а самим тим и њихова употреба у богатом слоју

критички оцијењено од стране америчке агенције (*NHTSA*) јер у таквим случајевима она под срчаним ударом не може никако утицати на систем који може да буде из неког разлога блокиран. Једноставно компаније које производе самовозеће аутомобиле рекламирају све и свашта, а као што је приказано у презентацији овог рада Тесла је често опозивала своја возила, па и када је повукла два милиона возила због несигурне аутономне вожње. Прије тога они су изазвали стотине несрећа са неколико смртних резултата. Наравно, велика је улога Врховног америчког регулатора за аутомобилску безбједност који је утврдио да се функција аутономних возила не чини довољно отпорна на случајеве злоупотребе.

друштва који би могли да их набаве и да финансирају нимало јефтино њихово пуњење. Познати професори који се баве овим питањима указују да ће бити велики развој ових возила и да ће врло брзо послити је 2030. године досећи и до 1/4 постојећих возила на цести.

3. ДЕЛИКТНА ОДГОВОРНОСТ ЗА НАСТАЛУ ШТЕТУ ОД АУТОМНОГ ВОЗИЛА

Закон о облигационим односима је предвидио одговорност за штету коју учини возач приликом вожње моторног возила. Та штета може настати како непосредним учесницима у судару, тако и трећим лицима која се случајно нађу у тој ситуацији да услед судара возила претрпе како материјалну, тако и нематеријалну штету. У овом случају моторних возила имамо неколико проблема који се појављују, а који се према сада постојећем законодавном рјешењу могу врло тешко смјестити у безбједне начине да се оштећенима накнади штета. Много је до сада случајева који су забиљежени са смртним посљедицама изазваним тиме што самовозеће возило није препознало пјешака на пјешачком прелазу или што није исправно регистровало боје на семафору. Шта је возач у том возилу, контролор вјештачке интелигенције која вози аутомобил, а он ту сједи поред и треба да ускочи кад та иста интелигенција не реагује правилно у саобраћају. О томе се као за случај нужде изјаснио амерички суд.⁷

Истакнути професор Кенет Абрахам са Правног факултета Универзитета Вирџинија предвидио је да ће систем одговорности који је усмјерен на возача на крају сам нестати, али да ће до тада постојати период мјешовитих несрећа, укључујући разне комбинације саобраћајних незгода.⁸ Ако бисмо некако и могли са основа деликтне одговорности расправљати о одговорности возача зато што није контролисао систем који га воза, поставља се питање да ли он може одговарати на основу претпостављене или доказане кривице. Ако бисмо пошли од тога да одговара по принципу претпостављене кривице, онда би оштећени требао само доказати да му је штета настала од аутономног возила и возач, односно она осигуравајућа кућа код које се осигурао возач, би одговарали за настану штету. Ни то није

⁷ Случај Елејн Максвел – први случај смрти пјешака узрокован аутономним возилом 18. марта 2018. године у Аризони. Суд је утврдио и грађанску одговорност и кривичну одговорност компаније Убер и Рафаселе Васкез која је била на возачевом сједишту, али није покушала да заустави возило.

⁸ K. Abraham, R. Rabin, *Driverless Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents—A New Legal Regime for a New Era*, <https://news.bloomberglaw.com/product-liability-and-toxics-law/insight-driverless-vehicles-and-manufacturer-responsibility-for-accidents-a-new-legal-regime-for-a-new-era>.

једноставно рјешење с обзиром да постоји могућност хакерских напада из разних разлога на управљачки софтвер аутономних возила. Нису довољне декларације, упутства, правилници по којима су произвођачи дужни да обезбједе сигуран софтвер који ће бити отпоран на сваки хакерски напад. Употреба и злоупотреба сваког проналаска иде једнаком брзином, штавише, могло би се рећи да злоупотреба напредује брже. Хакерски напад може бити извршен чисто ради крађе личних података, ради разних уцјена усмјерених на некад возача и човјека, а сад полувозача и полуприпатка човјека у аутомобилу. Да ли би се возач у таквом случају могао оправдати позивом на хакерски напад за који се обично не нађе ко су стварни извршиоци, а с обзиром на степен непредвиђеног развоја вјештачке интелигенције гдје једна вјештачка интелигенција производи другу до забрањивајућих размјера може се десити и сам хакерски напад који је „произвела“ нека друга вјештачка интелигенција коју је неко „нахранио“ таквим подацима.⁹

⁹ Добитник Нобелове награде: Вештачка интелигенција мења начин живота и ствара нове претње по човечанство

Научник Џефри Хинтон са универзитета у Торонту у Канади, коме је, као и Џону Хопфилду са америчког Принстона, као пионирима вештачке интелигенције (AI) у уторак 8. октобра додељена Нобелова награда за физику, изјавио је да вештачка интелигенција мења начин живота, али и ствара нове претње по човечанство. Хопфилд и Хинтон су награду добили због коришћења физике за машинско учење вештачке интелигенције (AI). Елен Мунс, чланица Нобеловог комитета при Краљевској шведској академији наука, рекла је да су двојица лауреата „користила фундаменталне концепте статистичке физике да дизајнирају вештачке неуронске мреже које функционишу као асоцијативна сећања и налазе обрасце у великим скуповима података“. Она је рекла да су такве мреже коришћене за унапређење истраживања у физици и да су „постале и део нашег свакодневног живота, на пример у препознавању лица и превођењу језика“. Хинтон је казао да ће вештачка интелигенција имати огроман утицај на цивилизацију и да ће побољшати продуктивност у низу области, а и здравствене услуге. „Промене ће бити попут оних које су се десиле током индустријске револуције“, рекао је он у разговору с новинарима и званичницима Краљевске шведске академије наука. Научник је казао да ће AI, уместо да надмаши људе у физичкој снази, премашити човека интелектуалним способностима. „Немамо искуства са стварима које су паметније од нас. Биће то дивно искуство у многим аспектима. Међутим морамо да бринемо о бројним могућим последицама, посебно о претњи да ове ствари измакну контроли“, рекао је Хинтон. Нобелов комитет који је одао почаст науци која стоји иза стварања вештачке интелигенције је такође изнео страховање о могућности да се технологија измакне контроли. Хинтон дели забринутост са Комитетом да би брз развој технологије и неетички начин коришћења могао да умањи добробит за човечанство од AI. Нобеловац који има 76 година, дао је отказ у технолошкој компанији Гугл (Google) како би могао слободније да говори о опасностима технологије чијем стварању је допринео. Он је 1980-их помогао развој технологије кључне за „обучавање“ машина да самостално „уче“. Његов тим на Универзитету у Торонту је представио неуронске мреже и 2012. године победио на престижном такмичењу ИмиџНет (ImageNet). Хинтон је с колегама 2019. године освојио и Турингову

О томе како поједини научници сматрају вјештачку интелигенцију да је она излизана ствар, а други да је то будућност говорили смо у ранијим радовима.¹⁰

У случају хакерског напада није возач крив, а да ли је крив произвођач софтвера и ко ће то доказати? Овај озбиљни проблем који изазивају ова возила приликом судара може се врло натегнуто уклопити у принцип деликтне одговорности које сад код нас постоји у одредбама о накнади штете по важећем Закону о облигационим односима. Тешкоће се појављују у томе што возач најчешће ради статусног престижа а не из стварне потребе купује за сада још хибридно возило, а после ће бити потпуно аутономно, с тим да не располаже потребним знањем и предвиђањем како и гдје може да погријеш његов љубљени четвороточкаш.¹¹ Возач може одговорати за штету по принципу

награду за компјутерск науке. „Дуго су људи мислили да је оно што радимо бесмислица“, рекао је Хинтон за Асошијетед прес 2019. „Мислили су да смо скренули с пута и да је веома изненађујуће да ми, наизглед интелигентни људи, траһимо време на то. Моја порука младим истраживачима је: Немојте престајати да радите на нечему чак иако вам сви кажу да глупо је то што радите“, изјавио је Нобеловац. Хопфилд, 91, креирао је асоцијативну меморију која може да складишти и реконструише слике и друге типове образаца у подацима, саопштио је Нобелов комитет. Хинтон је користио Хопфилдову мрежу као основу за нову мрежу која користи другачији метод – „Болцманову машину“, за коју је Комитет рекао да може научити да препозна карактеристичне елементе у задатој врсти података.
<https://www.insajder.net/prenosimo/dobitnik-nobelove-nagrade-vestacka-inteligencije-menja-nacin-zivota-i-stvara-nove-pretnje-po-covecanstvo>.

¹⁰ Вид. С. Стјепановић, Б. Мораит, М. Амповска, *Облигационо право – Општи дио*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2024, 316–324. Вештачка интелигенција је излизана прича, нисам импресиониран: Један од највећих српских стручњака за AI открива шта је будућност. Владимир Црнојевић, директор Института БиоСенс из Новог Сада и један од највећих српских стручњака за вјештачку интелигенцију, у изјави за медије каже: „Сада када се појавио ChatGPT сви су импресионирани тиме, и сви причају о томе. А заправо је то само једна мала ниша где се помоћу већ развијених метода, на основу претраживања интернета и гомиле база генерише нешто што би требало да личи на људско знање. Ако уђете мало дубље и питате га нека конфликтна питања, врло брзо забрља. И то није то.“
<https://biznis.kurir.rs/4433988/vestacka-inteligencija-je-izlizana-prica-nisam-impresioniran-jedan-od-najvecih-srpskih-strucnjaka-za-ai-otkriva-sta-je-buducnost>.

¹¹ *Трећи ниво аутономије Хонда Легенд је потпуно бесмислен ...* Све очи заинтересованих за самовозеће моделе су сада упрте у Хонду јер је то једина марка с возилом које испуњава критеријуме дефинисане у нивоу 3 аутономне вожње, на друму односно у јавној експлоатацији. Престижна лимузина Легенд је добила дозволу за имплементацију ове технологије у домовини где може бити употребљена на 90% јапанских аутопутева, како преноси *Automotive News*.

Подсећања ради да наведемо да ниво три аутономије подразумева кретање возила без употребе руку возача и без обавезног држања погледа на пут, али уз спремност возача да „ускочи“ у сваком тренутку. У случају Хонде, овај систем носи назив *Sensing Elite* и превасходно је намењен да послужи у условима саобраћаја које најбоље

кривице ако би под утицајем опојних дрога или алкохола био неспособан да реагује. Са овом констатацијом неће се сложити нити се слажу рекламе водећих произвођача самовозећих аутомобила које рекламирају ово возило истичући као предност то што се можете алкохолисани возити у аутомобилу јер софтвер мисли за вас. Штете могу бити огромне, како на људима тако и на имовини. Можда се у овим моментима више води рачуна о накнади штете настале на имовини него самом човјеку јер човјек сада, како је то истакао нобеловац конструктор неуронских мрежа, предаје се некој ствари која је паметнија од њега, а нема душу човјека и додали бисмо, много је економичнија од човјека јер не треба ићи на боловање, а нити јести нити пити да би могла одрађивати посао. Но, како се сада налазимо у прелазном периоду препуштања разних функција човјека као људског бића вјештачкој интелигенцији па и своје вјештине управљања возилом, то се у том међупростору треба регулисати питање како материјалне тако и нематеријалне штете коју човјек и имовинска добра могу претрпјети.

4. О ВРСТАМА ШТЕТЕ НАСТАЛЕ УПОТРЕБОМ САМОВОЗЕЋЕГ АУТОМОБИЛА

Ни академски сликар не би могао да нацрта све боје видова штете које могу настати. Поћи ћемо од прве претпоставке настале штете на другом комерцијалном возилу. С обзиром да у вријеме мјешовитих облика возила на цести може свашта да се појави што „оштро око“ управљачког софтвера неће препознати. На примјер, седамнаестогодишњи младић Лујо упрегне свог бика Јаблана да би колима превезао креч до куће коју гради његов пријатељ Крез и при томе мора прећи и цесту која још није под потпуним GPS сигналом а ни покривена у цјелости 5G мрежом. Када је Јаблан већ коракнуо на цесту, из правца којим је требао да се креће Лујо са својим запрежним возилом, наилази самовозећи аутомобил и неиспрограмиран софтвер да препознаје Јаблана као теглеће превозно средство, то услика као облак и крене да претиче конвенционално возило панду и удари Јаблана у десну предњу ногу, преврну се кола са кречом и Лујо задобије тешке тјелесне повреде, а кречни камен се распрска по цести и разбије вјетробранско стакло панде, а аутономно возило се занесе, преврне, изазове ланчани судар више возила и путник у возилу добије тешке тјелесне повреде а у супротном правцу наилазећи камион се преврне јер је аутономно

описује кованица „стани-крени“, и он је доступан у интервалу брзине кретања од тридесетак до педесет километара на сат. <https://autorepublika.com/2022/01/29/treci-nivo-autonomije-honde-legend-je-potpuno-besmislen/>, 2. мај 2025.

возило пресјекло изненада пут и услед изненадног кочења приколица је једноставно прелетјела преко камиона. У оваквом случају постоји узрочна веза и кривица софтвера и наравно возача, који се само тако зове, а у суштини не врши функцију возача него само путника и настале штете. Врсте штете у овом случају повријеђених више лица и имовинске штете. С обзиром да је посебан субјективитет животиња иако наш Закон о облигационим односима животињу изједначава са ствари ипак с обзиром на Декларацију о заштити животиња из 1978¹² и животиње су бића која су у неким земљама изједначена са правним субјективитетом човјека. У овом случају животиња је тешко повријеђена и посебно накнада штете је не само колико је трајао опоравак и трошкови ветеринарског лијечења, него и колико је то стварни материјални губитак за његовог власника Лују јер је Јаблан учествовао редовно сваког јула на мјесној кориди и односио побједу и самим тим награде материјалне за свог власника. Он је трајно оштећен и онеспособљен за било какве борбе тако да је и нематеријална штета настала његовом власнику Луји, јер трпи психичке болове ради тешке повреде свог бика Јаблана.

Сљедећа штета је како материјална тако и нематеријална за самог Лују који је претрпио тешке тјелесне повреде, затим упропаштен креч што је материјална штета, па друга возила која су учествовала у ланчаном судару и штета коју су њихови власници претрпјели. Поставља се питање да ли би накнаду штете могао тражити и Лујин пријатељ, који је кренуо са својим превозним средством колима које је вукао његов бик Рудоња, због тога што му није могао бити достављен креч да он заврши малтерисање своје куће, а други дан је пала киша и олујни град тако да му је настала штета и на кући. По принципу деликтне одговорности и директне и индиректне штете, за све ово би могао бити одговоран човјек који се возио у самовозећем возилу по садашњим принципима одговорности за штету предвиђеним нормама важећег Закона о облигационим односима.

У поменутом примјеру саобраћајне несреће аутомобил који је третиран као самовозећи проузроковао је огромну материјалну штету и развијајући даље овај случај камиона којем се преврнула приколица која је била натоварена угљем јер је услед кочења прелетјела и згњечила кабину камиона. Поставља се питање колике су само еколошке посљедице и које су опасности од штете које могу настати на општим и јавним добрима. Сву ту штету не може накнадити лице које се сма-

¹² Универзална декларација о правима животиња Међународног савеза за права животиња од 15. октобра 1978. године. Вид. С. Стјепановић, Б. Мораит, С. Ивановић, Т. Баћовић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, Источно Сарајево 2023, 60–66.

тра помоћником софтвера у системима за сада још потпуно неаутоматизоване вожње, дакле без система петог степена за које се тврди у Србији да ће до 2027. и таква возила бити на путевима. За сада су на основу измјена Закона о безбједности саобраћаја и на основу њега донесеног правилника, на путевима могућа само возила прва три степена која су у пробној вожњи по посебној дозволи.¹³

5. ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ ДА НОВА ДИРЕКТИВА О ГАРАНЦИЈИ ЗА ПРОИЗВОД СА НЕДОСТАТКОМ РИЈЕШИ ПИТАЊЕ НАСТАЛЕ ШТЕТЕ

Многи аутори сматрају да је нова допуна Директиве о заштити произвођача олакшала питање накнаде штете коју проузрокују и коју могу проузроковати аутономна возила или самовозећа возила.¹⁴ Сло-

¹³ Правилник о условима за обављање аутономне вожње, *Службени гласник РС*, бр. 104 од 24. новембра 2023.

¹⁴ Rethinking compensation in light of the development of AI Nynke E. Vellingaa, b a STeP Research Group, Faculty of Law, University of Groningen, Groningen, The Netherlands; b ISLC, University of Milan, Milan, Italy 5.2.3. Defective or dangerous? The proposed Product Liability Directive as well as the current Product Liability Directive (Directive 85/374/EEC) both centre around the notion of ‘defect’ or ‘defectiveness’: only when a defective product has caused damage, does the Directive applies (Art. 1 Product Liability Directive; art. 5 European Commission 2022a). Should this prerequisite also apply to the compensation fund designed here? In order to establish whether a product – which includes software under the proposed Product Liability Directive (art. 4(1) European Commission 2022a) – is defective one needs to establish whether the product, the high-risk AI system, does not provide the safety which the public is entitled to expect, taking all circumstances into account (Art. 6(1) Product Liability Directive; art. 6(1) European Commission 2022a). These expectations might not only be difficult to establish but also proving the defect can subsequently be even more challenging. So much so, that the European Commission has included rebuttable presumptions on the defectiveness of a product in its proposal for the revision of the product liability regime (Art. 9(1) European Commission 2022a). These difficulties could prove an important delaying factor in the payment of compensation from the fund. To ensure the efficient functioning of the fund and to ensure the (relatively) quick compensation of personal and mental injury suffered, it therefore seems best not to limit the fund to damage caused by defective high-risks AI systems. The same applies to the notion of dangerous products from the General Product Safety Directive (Directive 2001/95/EC). This Directive states that a product is dangerous when it is not a safe product (art. 2(c) General Product Safety Directive). ‘Safe product’ is defined as: (...) any product which, under normal or reasonably foreseeable conditions of use including duration and, where applicable, putting into service, installation and maintenance 15 requirements, does not present any risk or only the minimum risks compatible with the product’s use, considered to be acceptable and consistent with a high level of protection for the safety and health of persons, taking into account the following points in particular: (...) (Art. 2 (b) General Product Safety Directive) Assessing what is ‘normal’, ‘reasonably foreseeable’, or ‘acceptable and consistent’ is going to be challenging and can thereby delay the process of compensating those suffering the personal or mental injury. Therefore, the fund as explored here would not require the damaging high-risk AI system to be deemed ‘dangerous’ within

жили бисмо се мишљењем неких аутора да би у врло скорој будућности требало поставити принципе накнаде штете настале од самовозећих аутомобила на сасвим друге основе. Разматрајући одредбе са аспекта заштите потрошача и одговорности за ствар са недостатком довело би до тога да би оштећени морао доказивати да је софтвер урађен са недостатком, што би била неравноправна правна борба између оштећеног који најчешће не располаже таквим знањима и произвођача софтвера.

6. МОГУЋЕ РЈЕШЕЊЕ НАДОКНАДЕ ШТЕТЕ *DE LEGE FERENDA*

Док су људска бића још у позицији да донесу неки правни оквир за накнаду штете требало би једноставно донијети посебан закон о одговорности за штету насталу самовозећим аутомобилима, почев од трећег до петог степена. У трци између самовозећих аутомобила и конвенционалних возила и возача у њима и осталих превозних средстава која су користили људи за своје потребе, можемо очекивати да ће самовозећи аутомобили да побиједе и самим тим, да ће човјек изгубити једну вјештину а то је вјештина управљања аутомобилом као и друге разне функције које ће, како се чинило за њега, а у стварности је изгледа умјесто њега обављати вјештачка интелигенција. Сад имамо ситуацију да се у самовозећим аутомобилима и у градском превозу користе самовозећа возила у којима сад сви они који користе тај јефтини или бесплатни бенефит учествују као у експерименту како би се та возила довела у задовољавајући ниво производње штете другим возилима и људима. Како су произвођачи таквих аутомобила уложили огромна средства у њихову рекламу предлажемо као једно од могућих рјешења да се донесе законска одредба којом би се регулисало да сви произвођачи тих аутомобила морају уплаћивати средства у један фонд из кога би се накнађивала штета у било ком дијелу свијета настала од тог аутомобила јер се не може различито судити кад су ситуације исте, нити се може очекивати да се софтвер доведе до савршенства да би разликовао и регистровао појаву бика Јаблана на цести и избачене ајкуле на цесту цунамијем који је у том тренутку настао. Занимљиво је погледати и рјешења њемачког закона који је сад у примјени. Тако, у члану 1ф пише: (1) Власник моторног возила са функцијом аутономне вожње дужан је да одржава безбједност сао-

the meaning of the General Product Safety Directive. This gives us a rough outline of the fund: it covers losses resulting from personal and mental injuries caused by a high-risk AI system. The next step is to establish which parties should contribute to the fund. https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/961772591/Rethinking_compensation_in_light_of_the_development_of_AI.pdf.

браћаја на путу и еколошку компатибилност моторног возила и мора предузети неопходне мјере предострожности у том циљу.

1. обезбједити редовно одржавање система потребних за аутономну вожњу,

2. да предузму мјере предострожности како би осигурали да се поштују и други саобраћајни прописи који нису намијењени возачима возила и

3. како би се осигурало да су задаци техничког надзора испуњени.

(2) Технички надзор моторног возила са функцијом аутономне вожње дужан је да

1. да процијени алтернативни маневар вожње у складу са чланом 1е став 2 тачка 4 и став 3 и да омогући моторно возило у ту сврху чим систем возила визуелно, звучно или на други начин опипљиво укаже возачу на такав маневар, подаци које пружа систем возила омогућавају возачу да процијени ситуацију и да спровођење алтернативног маневра вожње не угрожава безбједност на путу,

2. да деактивира функцију аутономне вожње одмах чим систем возила то визуелно, звучно или на други начин опипљиво назначи,

3. да процијени сигнале техничке опреме у вези са њеним сопственим функционалним стањем и, ако је потребно, да покрене неопходне мјере за безбједност саобраћаја и

4. да одмах успостави контакт са путницима у моторном возилу и да покрене неопходне мере за обезбјеђивање безбједности саобраћаја када се моторно возило доведе у стање које минимизира ризик.

(3) Произвођач моторног возила са функцијом аутономне вожње дужан је

1. да докаже Савезној агенцији за моторни саобраћај и надлежном органу током цијелог развојног и експлоатационог периода моторног возила да је електронска и електрична архитектура моторног возила и електронска и електрична архитектура повезана са моторним возилом заштићена од напада,

2. да изврши процјену ризика за моторно возило и да покаже Савезној агенцији за моторни саобраћај и надлежном органу како је процјена ризика спроведена и да су критични елементи моторног возила заштићени од опасности идентификованих у процјени ризика,

3. да се демонстрира радио веза која је довољно безбједна за аутономну вожњу,

4. да припреми опис система за свако моторно возило, да састави упутство за употребу и да обавезујуће изјави Савезној управи за мо-

торни саобраћај и у упутству за употребу да моторно возило испуњава захтјеве из члана 1е става 2, такође у вези са ставом 3,

5. да понуди обуку за лица укључена у управљање моторним возилом, у којој се учи техничко функционисање, посебно у погледу функција вожње и обављања задатака техничког надзорника, и

6. чим открије манипулацију моторним возилом или његовом електронском или електричном архитектуром или електронском или електричном архитектуром повезаном са моторним возилом, посебно у случају неовлашћеног приступа радио везама моторног возила, одмах ће о томе пријавити Савезну управу за моторни саобраћај и надлежни орган према савезном или државном закону или, у случају савезних аутопутева, приватноправну компанију у смислу Закона о оснивању инфраструктурних предузећа, уколико је Савезна влада одговорна за управљање, и предузети неопходне мере.¹⁵ Њемачка осигуравајућа кућа Алианц примјењује онај метод „Плати док возиш“, сву наду полажући у црну кутију која би требало да открије када је возио самовозеће возило путник тј. возач, а када је он био возан од стране аутономног пилота. А црна кутија није баш магична али рјешења се некако премошћавају до коначне губитничке улоге човјека као возача. А до тада мало се повлаче возила због непрепознавања предмета и људи. Бројна су повлачења возила са цесте садашњих произвођача самовозећих возила.¹⁶

7. ЗАКЉУЧАК

Питање одговорности за накнаду штете настале употребом самовозећих аутомобила отворило је нову страницу до сада непознату у одговорности за штету. Како је рекао Џон Хопфилд, лауреат Нобелове награде за рад на неуронским мрежама, ушли смо у нове пријетње по човјечанство. Један од произвођача тих аутомобила Тесла је подносио захтјев за опозив више од два милиона возила након што је врховни амерички регулатор за аутомобилску безбједност утврдио да њена функција аутономне вожње не чини довољно против злоупотребе. Стотине несрећа, неколико смртних исхода су исто нешто што није довољно забрињавајуће и нешто што се сматра природним током развоја модерне технологије. Шта ће бити усљед брзог технолошког напретка бринуло је многе још средином прошлог вијека па те ријечи

¹⁵ *Straßenverkehrsgesetz*, <https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/BJNR004370909.html>.

¹⁶ Тесла је повукао преко сто хиљада модела Х и С због грешака на суспензијама као и са контролним екраном.

постају сада стварност.¹⁷ Несумњиво је да ће бити и већ има много отпуштања људи са радних мјеста као непотребан вишак јер их замјењује роботика, тј. вјештачка интелигенција. Ако се настави тим путем, а по свему судећи хоће, онда ће људи престати да било шта раде и изгубиће сваку способност за било какав рад. То би могло значити да би сви постали примаоци неке врсте социјалне помоћи. А ко би и под којим условима давао социјалну помоћ то није предмет разматрања овог рада, и како корисници социјалне помоћи су обично лица која су из разних разлога социјално угрожена и нису ти који о нечему одлучују, опреза ради, требало би прије тога предложити и донијети законе којим би се обезбједила накнада штете управо на начин како смо предложили, да то буде *lex specialis* нови *automobilegesetz*. Мишљења смо да би требало ипак уједначити не само на европском нивоу, већ и на свјетском нивоу однос према накнади штете настале од самовозећих аутомобила. С обзиром на брзину кретања из једне државе у другу и да се возила разних произвођача могу наћи на територији других држава, онда би требало имати једнак однос у свакој држави, значи правно једнако третирати и штету на материјалним добрима и на нематеријалним добрима, којих је жаљост све мање. До тада морамо екстензивно тумачити Закон о облигационим односима и на такве случајеве када неинформисани зец излети на цесту из једног ловишта и прескочи у друго и као опасна ствар искочи пред самовозећи аутомобил који не препознаје ту врсту опасне ствари, дивљег зеца и питомог срндаћа. Можемо претпоставити да ће ово наше гледиште бити подложно критици јер ионако имамо прекомјерни број закона а ми предлажемо да се донесе још један. Ипак, сматрамо да би ово рјешење у прелазном периоду било рјешење за сваку штету која ће несумњиво настати посредно или непосредно од самовозећих аутомобила и пратећих инфраструктура за њихову безбједнију употребу. Такав фонд који предлажемо да се пуни у проценту по произведеном аутомобилу од стране фирми које их производе је уједно и гаранција да ће произвођачи више да се потруде и да обезбједе да се ниједан хакер из чисте забаве или из огромне материјалне користи усуди да направи збрку у софтверу и да тако страда огроман број људи. Поново подвлачимо потребу хитног регулисања овог проблема накнаде штете да нам не би самовозећи аутомобили, односно софтвери који производе друге софтвере били и тужиоци и судије и извршиоци.

¹⁷ Непозната писма Светог владике Николаја, *Хришћанска мисао*, Београд 2021, 88, „...али мени се чини да су два узрока психопатској невољи: грех и катастрофална техничка цивилизација. Против греха зна се лек, али овој цивилизацији, изгледа ми, нема бране ни устава, шири се и где не треба, захвата сав свет...“

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Непозната писма Светог владике Николаја, *Хришћанска мисао*, Београд 2021;
2. Adedjouma, Morayo, Botella, Bernard, Ibanez-Guzman, Javier, Mantissa, Kevin, Proum, Chauk-Mean, Smaoui, Asma, Defining Operational Design Domain for Autonomous Systems: A Domain-Agnostic and Risk-Based Approach, <https://hal.science/hal-04613329v1/document>;
3. Betz, Johannes, Lutwitz, Melina, Peters, Steven, A new Taxonomy for Automated Driving: Structuring Applications based on their Operational Design Domain, Level of Automation and Automation Readiness, <https://arxiv.org/abs/2404.17044>;
4. Стјепановић, Станка, Мораит, Бранко, Амповска, Марија, *Облигационо право – Општи дио*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2024;
5. Стјепановић, Станка, Мораит, Бранко, Ивановић, Свјетлана, Баћовић, Тијана, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2023.

Правни извори

1. Правилник о условима за обављање аутономне вожње, *Службени гласник РС*, бр. 104 од 24. новембра 2023. године.

Интернет извори

1. Зборник радова студената чланова групе за додатна истраживања из облигационог права „Проф. др Богдан Лоза“, https://www.pravni.ues.rs.ba/Download/Zbornik_radova_studenata_Grupa_zadodatna_istrzivanje_Bogdan_Loza_PFUIS_2021.pdf;
2. Abraham, Kenneth, Rabin, Robert, Driverless Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents—A New Legal Regime for a New Era, <https://news.bloomberglaw.com/product-liability-and-toxics-law/insight-driverless-vehicles-and-manufacturer-responsibility-for-accidentsa-new-legal-regime-for-a-new-era>;
3. <https://smartlife.mondo.rs/e-zivot/mobilnost/a53364/Sta-je-autonomna-voznja-koji-nivoi-postoje-pravila-u-Srbiji.html>;
4. <https://www.insajder.net/prenosimo/dobitnik-nobelove-nagrade-vestacka-inteligencije-menja-nacin-zivota-i-stvara-nove-pretnje-pocovecanstvo>;
5. <https://biznis.kurir.rs/4433988/vestacka-inteligencija-je-izlizana-pricanisam-impresioniran-jedan-od-najvecih-srpskih-strucnjaka-za-ai-otkriva-sta-je-buducnost>;
6. <https://autorepublika.com/2022/01/29/treci-nivo-autonomije-honde-legend-je-potpuno-besmislen/>;

7. https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/961772591/Rethinking_compensation_in_light_of_the_development_of_AI.pdf;
8. Straßenverkehrsgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/BJNR-004370909.html>.

Full Professor Stanka Stjepanović, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY AN AUTONOMOUS VEHICLE DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA

Summary

The approach to compensation for damage caused by self-driving cars should be harmonized, not only at the European level, but also at the global level. We could discuss the liability of the driver on the basis of tort liability for not controlling the system that drives him. If we were to assume that he is liable according to the principle of presumed guilt, then the injured party would only need to prove that the damage was caused by an autonomous vehicle and the driver, or rather the insurance company with which the driver was insured, would be liable for the damage. We point out that a Compensation Fund that would be filled from funds paid by manufacturers of self-driving vehicles would be an optimal solution.

Key words: *Damage; Self-driving vehicle; Driver; Compensation Fund; Compensation.*

Проф. др Ранка Рачић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ИЗДАВАЈАЊЕ ДЈЕТЕТА ИЗ ПОРОДИЦЕ

Издавање дјетета из породичне средине представља крајњу и најинтензивнију форму интервенције јавне власти у сферу породичних односа. Законски оквир о издавајању дјетета из породице садржан је у новом Породичном закону из 2023. године.

Интерполирање правила о издавајању дјетета из породице у Породични закон створило је неопходност њихове прецизне процесне операционализације у оквиру Закона о ванпарничном поступку. Дијете се може издвојити из окружења у којем живи уколико постоји непосредна опасност по његов живот и здравље. Поступак се покреће на приједлог органа старатељства који је донио рјешење о привременом издавајању дјетета из породице у којој је његова добробит и сигурност озбиљно угрожена. Приликом спровођења овог поступку долазе у колизију два конвенцијска правила: право на породични живот и најбољи интерес дјетета. Поступајући судија приликом спровођења поступка за издавање дјетета из породице има врло деликатан задатак. Приликом доношења одлуке о издавајању дјетета из породице суд мора, у складу са истражним начелом, утврдити кад најбољи интерес дјетета захтијева да се оно издвоји из породичног окружења.

Ауторка у раду критички анализира позитивноправне прописе о издавајању дјетета из породице и осврће се на питање да ли је овај правни институт на потпун начин регулисан.

Кључне ријечи: *Издавање дјетета; Реинтеграција дјетета; Орган старатељства; Ванпарнични поступак.*

1. УВОД

Нови Породични закон Републике Српске из 2023. године¹ је на потпуно нов начин регулисао права дјетета.² Приликом редиговања

Ранка Рачић, *ranka.racic@pravni.ues.rs.ba*.

правила која уређују породичноправне односе између родитеља и дјетета,³ законодавац је афирмисао концепцију дјетета као субјекта права, способног да самостално остварује поједина права из одређених правних односа и да их самостално штити у одређеним судским поступцима.⁴ Право дјетета да живи са својим родитељима, као једно од посебних права дјетета, не представља апсолутно право, већ се, у складу са начелом најбољег интереса дјетета, може ограничити када је то неопходно ради заштите његовог живота, здравља и свеукупног развоја. Зависно од повреде појединих права дјетета и повреде родитељских дужности, у ПЗ (2023) законодавац је предвидио мјере за

¹ Породични закон – ПЗ (2023), *Службени гласник РС*, бр. 17/2023, 27/2024, 20/2025 – одлука Уставног суда и 61/25.

² У каталогу права дјетета, која су садржана у ПЗ (2023), регулисана су основна права дјетета, остала права дјетета и као посебну врсту права дјетета законодавац је издвојио: право дјетета да живи са родитељима, право дјетета на личне односе и право дјетета на слободно изражавање мишљења. У правилу садржаном у одредби члана 83. ПЗ (2023) законодавац је у корпус основних права дјетета уврстио: право на живот, право на обезбјеђивање најбољих могућих услова за правилан развој, право на образовање, право на заштиту од незаконитог мијешања у његову приватност и породични живот, као и право да тражи заштиту својих права пред надлежним органом. Према слову закона, у остала права дјетета спадају: право на посебног старатеља у случајевима када је то законом одређено, право на запослење које није штетно по његово здравље и његов развој и које неће ометати његово образовање, право на заштиту у породици од свих облика насиља, злоупотребе, злостављања и занемаривања. У одредби члана 84, ст. 4, ПЗ (2023) је нормирано да „у свим питањима која се тичу родитељског права, најбољи интерес дјетета је примарни и интереси дјетета морају бити заштићени увијек када су у сукобу са интересима родитеља и других лица која се брину о дјетету или одржавају личне односе са њим.“

³ У породичноправним одредбама не постоји општеважећа дефиниција појма „дјете“. У Конвенцији о правима дјетета (1989) дијете је свако људско биће које је навршило 18. година живота, уколико се, по закону који се примјењује на дијете, пунољетство не стиче раније. Закон о Омбудсмену за дјецу Републике Српске у одредби члана 2, изричито је предвидио да се „дјететом сматра свако лице које није навршило 18 година живота без обзира да ли је домаћи или страни држављанин, да ли је рођено у браку или ван брака, да ли је усвојено те да ли је под родитељским старањем или без родитељског старања.“ Вид, Закон о Омбудсмену за дјецу, *Службени гласник РС*, бр. 103/08. За разлику од наведене, у правној књижевности постоје знатно квалитетније и потпуније дефиниције. „Дететом се сматра не само лице одређеног узраста, већ и првостепени потомак једног лица, као и пунолетно лице над којим је судском одлуком продужено родитељско право“. О значењу израза „дете“ видјети: Д. Ђурђевић, *Основи породичног права Црне Горе*, ЦИД, Подгорица 2008, 108.

⁴ О томе детаљно вид. Р. Рачић, „Право дјетета да одржава личне односе са сродницима и другим лицима“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, Мостар 2025, 112–114.

заштиту личних и имовинских права дјетета⁵. У закону је нормиран широк спектар мјера за заштиту личних права дјетета, са циљем да му се омогући живот у функционалној породици, окружен пажњом, љубављу и бригом.

Суд у ванпарничном поступку⁶ може донијети одлуку да издвоји дијете из породице уколико су његово здравље и живот непосредно угрожени.⁷

Приликом редиговања правила које се односе на породичноправне мјере ради заштите личних права и имовинских интереса дјетета⁸ законодавац је пропустио да поједине мјере детаљно регулише.⁹ Издавање дјетета из породичне средине, по правилу, представља најинтензивнији облик ограничења родитељског права и најдрастичнију мјеру заштитне интервенције коју ванпарнични суд изриче уз стручну асистенцију органа старатељства. Основни циљ који се жели остварити овом мјером је издавање дјетета из породичне средине док се не створе услови за његову реинтеграцију, а уколико то није могуће, центар за социјални рад мора почети са припремама за трајно издавање дјетета из породице. Издавање дјетета из породице некада ће претходити одузимању родитељског права као мјере којом се трајно прекида право родитеља да живи са својим дјететом.

Судско одлучивање о издавању дјетета из породице је свакако добро законско рјешење, јер је ванпарнични суд у складу са истражним начелом дужан да утврди да ли је доношење одлуке о издавању дјетета из породице у складу са чл. 8. ст. 2. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода^{10,11} и кад ће најбољи

⁵ У чл. 111 ПЗ (2023) нормирано је да су: Мјере заштите личних и имовинских права и интереса дјетета су: упозорење, надзор над вршењем родитељског права, издавање дјетета из породице и заштита имовинских права и интереса дјетета.

⁶ Посљедњим измјенама и допунама Закона о ванпарничном поступку, законодавац је регулисао поступак за издавање дјетета из породице. Вид, Закон о ванпарничном поступку – ЗВП (2009), *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 91/2016, 16/2023 и 27/2024, чл. 90б-90е.

⁷ О издавању дјетета из обитељи у хрватском правном систему вид, А. Radina, „Izdvajanje djeteta iz obitelji u praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, Posebni broj, 2017, 93–117.

⁸ Вид, напомену бр. 5.

⁹ Издавање дјетета из породице, без обзира што изазива низ далекосежних посљедица, није био у фокусу пажљиве анализе законодавца.

¹⁰ Конвенција о људским правима и основним слободама је објављена у *Службеном гласнику Босне и Херцеговине*, бр. 6/99.

¹¹ У одредби чл. 8. ст. 2. Конвенције је нормирано да се јавна власт неће мијешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбједности, јавне безбједности или економ-

интерес дјетета превагнути у односу на право на породични живот. Приликом одлучивања о захтјеву за издавање дјетета из породице орган старатељства мора имати кључну улогу. У поступку за издавање дјетета из породице, улога органа старатељства је вишеструка. Он је једини овлашћен да поднесе приједлог за покретање поступка, али у исто вријеме наступа и као специфични вјештак. Дужан је да достави стручну процјену и утврди да ли у конкретном случају дијете треба издвојити из окружења у којем је до тада живјело. Такође, уколико суд усвоји захтјев, орган старатељства доноси одлуку о томе гдје ће дијете бити смјештено и на који начин ће¹² родитељ одржавати личне односе са њим.

Улога органа старатељства се не завршава доношењем рјешења о издавању дјетета из породице, јер се ради о реверзибилној мјери. Основни задатак органа старатељства је да својим стручним знањем помогне родитељима али и дјетету како би се отклонили узроци који су довели до прекида заједничког живота и дефинитивно отклонили узроци који су довели до непосредног угрожавања живота и здравља дјетета. Рад на реинтеграцији дјетета у породично окружење представља један од основних задатака органа старатељства. Уколико овај задатак не буде успјешно обављен неће се постићи циљ који је законодавац имао у виду приликом креирања овог института. Свакако оваква улога органа старатељства у поступку за издавање дјетета из породице захтијевала је „потпуније ангажовање законодавца“ приликом редиговања правила у овом ванпарничном поступку.

У редовима који слиједе ауторка ће анализирати правни оквир за издавање дјетета из породице и указати на поједине одредбе које нису на потпун начин редиговане што ће у пракси сигурно изазвати одређене дилеме и нејасноће.

2. ПОСТУПАК ЗА ИЗДАВАЊЕ ДЈЕТЕТА ИЗ ПОРОДИЦЕ

2.1. Привремено издавање дјетета из породице

Привремену мјеру о издавању дјетета из породице одређује орган старатељства. У правилу које је садржано у одредби чл. 119, ст. 2 ПЗ (2023) је нормирано да ће орган старатељства привремено одлучити о

ске добробити земље ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

¹² Вид. о одржавању личних односа са дјететом, Р. Рачић, „Немогућност спровођења принудног извршења одлуке о одржавању личних односа дјетета и родитеља“, *Правни живот*, Том III (Београд, 2023), 263–265; О. С. Јовић, „Право детета на контакт са родитељем са којим не живи“, *Зборник радова Права дјетета и равноправност полова између нормативног и стварног*, Источно Сарајево 2012, 212.

издвајању дјетета од родитеља или лица код кога се дијете налази уколико постоји непосредна опасност за живот и здравље дјетета који се могу заштити само издвајањем дјетета из окружења у коме живи.

Да би орган старатељства одредио ову привремену мјеру мора постојати непосредна опасност по живот и здравље дјетета. Разлози који могу довести до непосредне опасности по живот и здравље дјетета могу бити различити и орган старатељства у сваком случају мора пажљиво процијенити да ли је дијете потребно издвојити из породичног окружења. Актуелни закони не прописују разлоге који би могли довести до непосредног угрожавања живота и здравља дјетета. У одредби члана 90в, ст. 2 ЗВП (2009) прописано је да ће суд, уколико утврди да један или оба родитеља, због потпуне или дјелимичне неспособности за расуђивање, нису у могућности да се старају о својим правима и обавезама, затражити од надлежног органа старатељства да им постави старатеља ради заштите њихових интереса. Из наведене норме произлази да потпуна или дјелимична неспособност родитеља може представљати разлог за издвајање дјетета из породичне заједнице, под условом да је таква неспособност праћена злостављањем, занемаривањем или другим облицима поступања којим се дијете излаже душевном или тјелесном кажњавању, услед чега је непосредно угрожен његов живот и здравље. Приликом одређивања ове привремене мјере пред органом старатељства стоји врло деликатан задатак, јер издвајање дјетета из породице може имати тешке и далекосежне посљедице по његов развој. Због тога ће орган старатељства морати да утврди да ли одређено понашање родитеља има за посљедицу непосредно угрожавање живота и здравља дјетета те да ли је боље да дијете остане у породичном окружењу или да буде издвојено из њега. Улога органа старатељства се не завршава само на одлуци о издвајању дјетета из породице већ и на проналажењу установе или лица код кога ће дијете бити смјештено.

У породичним законодавствима појединих постјугословенских држава је нормирано да се издвајање дјетета из породице може одредити само ако нити једном блажом мјером није могуће заштити права и добробит дјетета.¹³ У правној књижевности се истиче да сва права регулишу изрицање ове мјере тек онда када се на други начин не може осигурати интерес дјетета.¹⁴ ПЗ (2023) не садржи овакву одредбу али се може закључити, на основу њеног мјеста у законском тексту,

¹³ Чл. 129, ст. 1. Обитељског закона Републике Хрватске, Вид. Обитељски закон Републике Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23 и 156/23.

¹⁴ Н. Траљић, С. Бубић, *Породично право*, Сарајево 2001, 203.

да она долази¹⁵, по правилу, кад ниједна друга изречена мјера није дала одговарајуће резултате. Такође, одредба којом је нормиран принцип најмањег посезања који је садржан у породичном законодавству упућује на овакав закључак. У одредби чл. 122, ст. 2, ПЗ (2023) је нормирано да „при избору одговарајуће мјере орган старатељства водиће рачуна о поштовању принципа најмањег посезања (иде се од блаже мјере ка строжој мјери).

У актуелном закону недостаје нормативно уређење начина на који орган старатељства стиче сазнања о непосредној угрожености живота и здравља дјетета, што представља правну празнину од значаја за ефикасну заштиту његових права и интереса. У будућим измјенама и допунама закона требало би редиговати правило којим је нормирано да орган старатељства до сазнања о непосредној угрожености живота и здравља дјетета може доћи на основу непосредног сазнања или путем обавјештења од појединих лица, органа и организација. Поред тога, било би нужно да се прецизно уреди и начин сарадње између органа старатељства и лица одн. државних органа и организација који би му доставили податке о непосредној угрожености живота и здравља дјетета. Истина у основним одредбама ПЗ (2023) је нормирано да су сви органи, организације, правна и физичка лица дужни да без одлагања обавијесте орган старатељства о повреди дјететових права, нарочито о насиљу, полним злоупотребама и злостављању дјетета.¹⁶ Без обзира на постојање ове одредбе, сматрамо да је законодавац требао прописати правило о начину сазнања органа старатељства о непосредној угрожености живота и здравља дјетета, које би било укључено у оквир правног института који се односи на издајање дјетета из породице.

Приликом доношења одлуке о привременом издавању дјетета из породице орган старатељства је дужан да узме у обзир узраст дјетета, његову психофизичку развијеност, психичка својства, склоност и навике, дотадашње васпитање и одгајање, породичне и социјалне услове у којима је живио и друге релевантне околности.¹⁷ Уколико орган старатељства, цијенећи све ове чињенице, утврди да се ниједном благом мјером не могу отклонити узроци који су довели до непосредне угрожености живота и здравља дјетета, донијеће рјешење о привременом издавању дјетета из породице. Приликом утврђивања разлога за издајање дјетета из породице орган старатељства, између осталих, примјењује правила која су садржана у Протоколу о посту-

¹⁵ У одредби чл. 111 ПЗ (2023) у којој су одређене све мјере заштите личних права и интереса, издајање дјетета из породице се наводи на последњем мјесту.

¹⁶ ПЗ (2023), чл. 14, ст. 2.

¹⁷ ПЗ (2023), чл. 122, ст. 1.

пању у случају насиља, злостављања или занемаривање дјете.¹⁸ „Основна сврха овог протокола је унапређење друштвене бриге за дијете и његову заштиту и обезбјеђивање потребне помоћи у свим ситуацијама када је дијете изложено неком од облика насиља или злостављања на начин да се осигура адекватна и благовремена реакција надлежних институција и служби.¹⁹

У рјешењу о издавању дјетета из породице, центар за социјални рад је дужан да одлучи о збрињавању дјетета код другог лица у хранитељској породици, установи социјалног старања или другој установи.²⁰

Изјављена жалба нема суспензивно дејство. О жалби против привременог издавања дјетета из породице одлучује Министарство здравља и социјалне заштите.²¹

2.2. Покретање поступка за издавање дјетета из породице

Законодавац је ванпарнични поступак нормативно уобличио као посебан инструмент заштите права и интереса дјетета у ситуацијама његовог издавања из породичне средине. Орган старатељства, по изричитом наређењу законодавца, је активно легитимисан за покретање поступка за издавање дјетета из породице. Правилима ПЗ (2023) је нормирано да орган старатељства одређује прво привремену мјеру о издавању дјетета из породице па тек онда покрене поступак пред ванпарничним судом који ће дефинитивно одлучити о издавању дјетета из породице.

Привремена мјера о издавању дјетета из породице је процесна претпоставка која мора бити испуњена да би ванпарнични суд одлучивао о приједлогу органа старатељства. Ова мјера је ограниченог трајања и орган старатељства је дужан да у року од три дана покрене поступак пред ванпарничним судом. Законодавац се не изјашњава шта ће се десити ако орган старатељства не покрене поступак за издавање дјетета из породице у року од три дана. Непотпуно регули-

¹⁸ Протокол о поступању у случају насиља, злостављања или занемаривање дјете – Протокол, *Службени гласник РС*, бр. 82/2013.

¹⁹ Вид, Протокол.

²⁰ Законом о социјалној заштити је нормирано да је центар за социјални рад дужан да одлучи о захтјеву и да сагледа укупно стање социјалне угрожености и потребе појединца и породице, те утврдити и друга права са којима се на најцјелисходнији начин потребе могу задовољити. О начину вршења процјене да ли је живот и здравље дјетета угрожено орган старатељства ће поступати у складу са чл. 35–47, Закона о социјалном старању. Вид. Закон о социјалном старању, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 37/2012, 90/2016, 94/2019, 42/2020 – др. уредба и 36/2022.

²¹ ПЗ (2023), чл. 119, ст. 5.

сање овог правног института законодавац је покушао да превазиђе упућивањем на одредбе о одузимању родитељског права.²² Међутим, правила о одузимању родитељског права упућују на правила о одузимању пословне способности.²³ Свакако, упућујућим одредбама неће бити могуће попунити законске празнине у поступку издавања дјетета из породице, јер је ријеч о поступку чија је сврха остварење врло сложених циљева. Имајући у виду да је сврха издавања дјетета из породице обезбјеђење услова за његов нормалан развој у окружењу које ће му пружити стабилност и сигурност, очекивало би се да је законом детаљније уређен овај институт. При томе, неопходно је имати на уму да се, кад год је то могуће, дјетету омогући повратак у породично окружење, док у случајевима када такви услови не постоје, треба предвидјети јасне правне механизме за трајно издавање дјетета из породице и његово збрињавање у алтернативном облику заштите.

2.3. Приједлог за покретање поступка за издавање дјетета из породице

Законодавац изричито захтијева да приједлог за издавање дјетета из породице буде подробно образложен. То значи да је орган старатељства дужан јасно и прецизно наведе чињенице које указују на поступке или пропусте родитеља, односно лица са којим је дијете живјело, а које су довеле до непосредне угрожености живота и здравља дјетета. ЗВП (2009) не садржи таксативно набројане разлоге због којих би живот и здравље дјетета могли бити оцијењени као непосредно угрожени. Један од разлога би свакако био занемаривање и напуштање дјетета које је имало за посљедицу угрожавање здравља дјетета или ментална болест родитеља из којег разлога он повређује дијете на начин да га сексуално искориштава, или га злоупотребљава, занемарује или искориштава за вршење недозвољених радњи. Разлози који представљају основ за подношење приједлога за издавање дјетета из породице могу се односити на насиље (физичко, психичко, сексуално, насиље коришћењем информационих технологија, злоупотреба, занемаривање и немарно поступање и експлоатација дјете.^{24 / 25}

²² У одредби чл. 90г је нормирано да се „у поступку доношења рјешења о издавању дјетета сходно примјењују одредбе закона којима се регулише одузимање родитељског права“.

²³ По изричитом наређењу законодавца, у поступку за одузимање родитељског права сходно се примјењују одредбе о одузимању пословне способности.

²⁴ У Протоколу су детаљно дефинисане радње и понашање лица које могу повриједити и угрозити живот дјетета. Вид. напомену бр. 18.

²⁵ О неким од разлога који могу довести до издавања дјетета вид. В. Макарић, В. Накић, Т. Новаковић, Манојловић, С. Скендерија, Б. Сладојевић, *Заштита интереса*

Приликом навођења ових разлога орган старатељства је дужан да наведе и доказе који поткрепљују чињеничне наводе предлагача. У приједлогу за издавање дјетета центар за социјални рад је дужан да предложи начин збрињавања дјетета. Да би центар за социјални рад могао да предложи алтернативни начин збрињавања дјетета, он је дужан да размотри, анализира и одреди у конкретном случају најбољи начин збрињавања дјетета.

2.4. Карактеристике поступка за издавање дјетета из породице

Правилима ванпарничне процедуре је нормирано да је суд дужан да у овом поступку одржи рочиште. У одредби чл. 90в, ст. 1, ЗВП је нормирано да ће суд одржати рочиште на коме ће саслушати родитеље дјетета и представнике надлежног органа старатељства. Ванпарнични суд је дужан да на рочиште позове дијете и да га саслуша ако његов узраст и зрелост омогућује да изрази своје мишљење о томе гдје жели да буде смјештено, као и о свим другим чињеницама битним за одлуку.²⁶

Поступак за издавање дјетета из породице је двостраначки и контенциозни ванпарнични поступак. Уколико се издавање дјетета из породице спроводи због потпуне или дјелимичне неспособности за расуђивање једног или оба родитеља који нису у могућности да се старају о својим правима и обавезама па услед тога је живот и здравље дијетета непосредно угрожено, суд ће затражити од органа старатељства да им постави старатеља који ће штитити њихова права и интересе.²⁷ Поступак је хитан. Суд је дужан да спроведе поступак за издавање дјетета из породице у року од 15 дана.²⁸ У овом поступку суд је дужан да спроведе вјештачење. У поступку за издавање дјетета из породице суд у складу са истражним начелом утврђује све чињенице које су битне за одлучивање о приједлогу за издавање дјетета из породице.

Суд ће саслушати и малољетно лице, само ако је то неопходно и ако није штетно за његово душевно здравље. Суд ће, приликом доношења одлуке о издавању дјетета из породице, узети у обзир и жеље малољетног лица, ако је оно у стању да их изрази.

Саслушање органа старатељства је посебно значајно јер ће он суду доставити податке о потреби да се дијете издвоји из породице.

и права дјетета на родитељско старање и живот у породици, стручне смјернице за орган старатељства, Бања Лука 2021, 33.

²⁶ ЗВП, чл. 90.

²⁷ ЗВП, чл. 90в, ст. 2.

²⁸ ЗВП, чл. 90в, ст. 3.

Орган старатељства се у овом поступку појављује као овлашћени предлагач али и као специфични вјештак. Да би суд усвојио захтјев о издвајању дјетета из породице орган старатељства прво мора да предочи процесне претпоставке на основу којих ће суд констатовати да је тражење правне заштите допуштено, па потом да је основан његов захтев. У овом поступку орган старатељства се налази и у улози специфичног вјештака. У поступку ради издвајања дјетета из породичне заједнице орган старатељства је дужан да увјери суд у основаност поднесеног захтјева. При томе мора доказати да су претходно биле одређене мјере за заштиту личних права и интереса дјетета, које нису захтијевале његово раздвајање од родитеља, али да те мјере нису дале очекиване резултате. Ако орган старатељства у конкретном случају није одређивао ниједну мјеру за заштиту личних права и интереса, тад он мора увјерити суд да би одређивање било које друге мјере непосредно угрозило живот и здравље дјетета.

Уколико у породичној заједници дође до непосредног угрожавања живота и здравља дјетета, зато што родитељи не врше родитељско право на правилан начин, орган старатељства ће образложити захтјев за издвајање дјетета из породице, јер се његова заштита не може обезбиједити мјерама које подразумијевају наставак заједничког живота дјетета и родитеља. Приликом оцјене да ли је дошло до повреде права на породични живот нужно је утврдити да ли је издвајање дјетета из породице било посљедица изузетно јаких разлога.

Ако ванпарнични суд усвоји захтјев и донесе одлуку о издвајању дјетета из породице, диспозитив рјешења мора садржавати и налог центру за социјални рад да изабере лице, хранитељску породицу, установу социјалне заштите или другу одговарајућу установу у коју ће дијете бити смјештено.²⁹ Суд може одлучити да издвоји само једно дијете или сву дјецу из породице. Рјешење о издвајању дјетета из породице има конститутивно правно дејство.

Ако су испуњени услови за издвајање дјетета из породице, суд ће усвојити приједлог и донијети рјешење о издвајању дјетета из породице. Рјешење о издвајању дјетета из породице има конститутивно дејство. У поступку за издвајање дјетета из породице није нормирано на који период се дијете издваја. Али у одредби чл. 120 ст. 3 ПЗ (2023) редиговано је правило по ком је орган старатељства дужан да сваких шест мјесеци испита своју одлуку о избору лица, хранитељске породице, установе социјалне заштите или друге установе у коју је дијете смјештено, односно да суду предложи враћање дјетета у његову породицу ако сматра да је то у најбољем интересу дјетета. Из овог

²⁹ ЗВП, чл. 90в.

законског рјешења произлази да је суд дужан да у диспозитиву рјешења одреди рок од шест мјесеци испита своју одлуку у погледу избора лица, хранитељске породице, установе социјалне заштите или друге установе у којој се дијете налази као и у погледу лица од којег је дијете одузето. Уколико су се на страни родитеља стекли услови да је безбједан повратак дјетета у породично окружење, орган старатељства је дужан да поднесе приједлог за враћање у његову породицу.

Жалба се подноси у року од осам дана од дана достављања рјешења. Жалба је преклузиван, деволутиван и несуспензиван правни лијек у овом поступку, пошто интерес дјетета захтјева да се одлука спроведе прије њене правноснажности. Окружни суд је дужан да о жалби одлучи у року од три дана од дана пријема исте. Орган старатељства је једино овлашћен да изјави жалбу уколико је одбијен захтјев за издавање дјетета из породице.

Уколико суд донесе рјешење о издавању дјетета из породице, родитељ у периоду за које је дијете издвојено нама право да се стара о дјетету. Родитељ се не може старати ни о имовини дјетета, нити има право да заступа дјете. Родитељу у односу на којег је донесена одлука о издавању дјетета остаје обавеза да издржава малољетно дијете.

Правноснажно рјешење се доставља надлежном матичару, а ако дијете има неко право на некретнинама, одлука се доставља и катастру непокретности.

Уколико престану разлози због којих је дијете издвојено из породице, орган старатељства, родитељи или усвојιοци дјетета су активно легитимисани за покретање поступка за реинтеграцију дјетета у породицу.

2.5. Улога органа старатељства у поступку за издавање дјетета из породице

Улога органа старатељства у овим поступцима је од пресудног значаја. Поред тога што је орган старатељства једино овлашћен да покрене поступак за издавање дјетета из породице он се јавља и у улози специфичног вјештака. Мишљење органа старатељства „као специфичног вјештака се заснива на околностима које је он претходно запазио и утврдио по налогу суда.³⁰ У процесној литератури истиче се да је мишљење органа старатељства по свом садржају идентично вјештачењу било ког вјештака, јер се састоји од налаза и мишље-

³⁰ Г. Станковић, „Процесни положај центра за социјални рад као органа старатељства у грађанском судском поступку“, https://www.asocijacijsr.org/wp-content/uploads/2022/06/prof_dr_gordana_stankovic.pdf, 31.07. 2025.

ња. Оно што је специфично јесте чињеница да орган старатељства, у улози вјештака, представља симбиозу класичног доказног средства, које се нужно примјењује онда када суд не располаже одговарајућим знањем или искуством, и посебног помагача који својим стручним знањем помаже суду у формирању закључака о чињеничној основи спора.³¹ Уколико ванпарнични суд омогући дјетету да изрази своје мишљење о томе гдје жели да буде смјештено, као и о свим другим чињеницама битним за одлуку, орган старатељства ће омогућити дјетету да слободно изрази своје мишљење. Орган старатељства је дужан да дјетету омогући да благовремено добије потребне информације и обавјештења за формирање властитог мишљења, као и савјет о посљедицама могућег уважавања његовог става. Након добијања изјаве дјетета, орган старатељства је дужан да процијени да ли је оно располагало довољним информацијама за формирање мишљења, те да ли је потребно прибавити додатна обавјештења од родитеља, усвојилаца, старатеља или надлежних установа.³²

Када орган старатељства достави свој налаз и мишљење ванпарничном суду, суд је дужан да утврди и да посвети дужну пажњу изнесеном ставу дјетета. Поред тога, суд мора да оцијени да ли је у најбољем интересу дјетета да остварује личне односе са сродницима и другим лицима.

Поред тога, орган старатељства је дужан да изради план који ће бити полазна основа за санирање разлога који су довели до издајања дјетета из породице. Обавеза реинтеграције дјетета у породицу није апсолутна, пошто се спајање једног родитеља са дјецом која су неко вријеме живјела са другим родитељем можда не може постићи одједном и могу бити потребне припремне радње. Природа и обим таквих припремних радњи зависе од околности сваког случаја, али разумијевање и сарадња свих заинтересованих страна увијек су најважније у томе. Домаћа тијела морају учинити све што је у њиховом домену да олакшају такву сарадњу и све обавезе за примјену силе морају се ограничити, пошто се мора водити рачуна о интересима, правима и слободама свих страна, а посебно о интересима дјете и њиховим правима у складу са чланом 8. Конвенције. Тамо гдје контакти са родитељима изгледају као пријетња овим интересима или задирање у ова

³¹ *Ibidem*.

³² О томе вид. Р. Рачић, „Право дјетета да одржава личне односе са сродницима и другим лицима“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, Мостар 2025. 114 и 115.

права, домаће институције су обавезне да изнађу праведну равнотежу међу њима.³³

3. ЗАКЉУЧАК

Издавање дјетета из породице представља облик мијешања јавне власти у породичне односе. Правилна примјена овог института може значајно допринијети добробити дјетета и његовој будућој реинтеграцији у породично окружење. Да би се овај циљ остварио, орган старатељства је дужан да предузме читав низ радњи усмјерених на поновно спајање дјетета са родитељима.

Међутим, да ли ће до тог спајања заиста и доћи зависи од више фактора. Један од кључних проблема који може озбиљно довести у питање остварење постављеног циља јесте поднормативност овог правног института, али и ванпарничног поступка у којем се он најчешће примјењује. Поред тога, дисперзија правних норми које се односе на издавање дјетета из породице представља додатни извор компликација у већ ионако сложеним односима између родитеља и дјетета.

Орган старатељства, својим стручним знањем и подршком, након издавања дјетета из породице често представља посљедњу могућност за успостављање и очување породичних веза. Уколико ова мјера не доведе до постизања циља, то може бити основ за одузимање родитељског права.

Полазећи од чињенице да се најбољи интерес дјетета по правилу манифестује кроз заједнички живот дјетета и родитеља, законодавац би требало, у будућим измјенама и допунама ПЗ (2023), да размотри унапређење правног оквира који уређује институт издавања дјетета из породице.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Radina, Ana, „Izdavanje djeteta iz obitelji u praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, Posebni broj, 2017;
2. Ђурђевић, Дејан, *Основи породичног права Црне Горе*, CID, Подгорица 2008;

³³ Пресуда Европског суда за људска права у предмету Шобота-Гајић против Босне и Херцеговине, Апликација бр. 27966/06.

3. Јовић, Олга С., „Право детета на контакт са родитељем са којим не живи“, *Зборник радова Права дјетета и равноправност полова између нормативног и стварног*, Источно Сарајево 2012;
4. Макарић, Владимир, Накић, Владимир, Новаковић Манојловић, Татјана, Скендерија, Сања, Сладојевић, Бранка, *Заштита интереса и права дјетета на родитељско старање и живот у породици, стручне смјернице за орган старатељства*, Бања Лука 2021;
5. Рачић, Ранка, „Немогућност спровођења принудног извршења одлуке о одржавању личних односа дјетета и родитеља“, *Правни живот*, Том III, Београд 2023;
6. Рачић, Ранка, „Право дјетета да одржава личне односе са сродницима и другим лицима“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, Мостар 2025;
7. Станковић, Гордана, „Процесни положај центра за социјални рад као органа старатељства у грађанском судском поступку“, https://www.asocijacijsr.org/wp-content/uploads/2022/06/prof_dr_gordana_stankovic;
8. Траљић, Неримана, Бубић, Сузана, *Породично право*, Сарајево 2001.

Правни извори

1. Закон о ванпарничном поступку, Службени гласник РС, бр. 36/2009, 91/2016, 16/2023 и 27/2024;
2. Закон о омбудсмену за дјецу, Службени гласник РС, бр. 103/08;
3. Закон о социјалном старању, Службени гласник РС, бр. 37/2012, 90/2016, 94/2019, 42/2020 – др.уредба и 36/2022;
4. Конвенција о људским правима и основним слободама, Службени гласник БиХ, бр. 6/99.
5. Обитељски закон Републике Хрватске, Народне новине Републике Хрватске, бр. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23 и 156/23;
6. Породични закон, Службени гласник РС, бр. 17/2023, 27/2024, 20/2025 – одлука Уставног суда и 61/25;
7. Пресуда Европског суда за људска права у предмету Шобота-Гајић против Босне и Херцеговине, Апликација бр. 27966/06;
8. Протокол о поступању у случају насиља, злостављања или занемаравања дјеце, Службени гласник РС, бр. 82/2013.

Full Professor Ranka Račić, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

REMOVAL OF A CHILD FROM THE FAMILY

Summary

The removal of a child from the family environment represents the ultimate and most intensive form of public authority intervention in the sphere of family relations. The legal framework governing the removal of a child from the family is contained in the new Family Law of 2023.

The incorporation of rules on the removal of a child into the Family Law has created the necessity of their precise procedural operationalization within the Non-Contentious Procedure Act. A child may be removed from the environment in which he or she lives if there is an imminent danger to his or her life and health. The procedure is initiated at the proposal of the guardianship authority, which issues a decision on the temporary removal of the child from the family where his or her well-being and safety are seriously endangered.

In the course of these proceedings, two Convention-based principles come into conflict: the right to family life and the best interests of the child. The judge presiding over the procedure for the removal of a child from the family thus faces a highly delicate task. When deciding on removal, the court must, in accordance with the investigative principle, establish whether the best interests of the child require separation from the family environment.

In this paper, the author provides a critical analysis of the positive legal regulations concerning the removal of a child from the family and addresses the question of whether this legal institute has been comprehensively regulated.

Key words: *Removal of a child; Child reintegration; Guardianship authority; Non-contentious procedure.*

Проф. др Наташа Стојановић

Правни факултет Универзитета у Нишу

ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ПРАКСИ ВРХОВНОГ СУДА И АПЕЛАЦИОНИХ СУДОВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ¹

Готово двадесет година је прошло од када је Република Србија својим Породичним законом поставила темеље правног механизма за спречавање и сузбијање насиља у породици, дефинисањем шта је то насиље у породици, нормирањем ко су титулари права на породичноправну заштиту од насиља у породици, регулисањем именованих и неименованих облика породичноправног насиља и прописивањем мера породичноправне заштите од насиља у породици. Аутор у раду, служећи се, у првом реду, методом анализе садржаја (судске праксе), али и правно-догматским, нормативно-правним и историјско-правним методом, анализира случајеве из домена породичноправне заштите од насиља у породици у пракси Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији, са циљем да пронађе одговоре на већи број питања: Како ови судови ближе одређују круг лица које закон штити од насиља у породици? Ко је најчешће жртва, а ко извршилац породичноправног насиља? Да ли се у пракси препознаје и санкционише узајамно насиље у породици између појединих чланова породице? Који су видови насиља у породици – именовани или неименовани, највише разматрани у пракси ових судова? Да ли се насиље у породици може манифестовати једним актом породичноправног насиља или је потребно постојање више континуираних активности насилника? По схватању аутора, неуједначеност у деловању Врховног суда и апелационих судова у истоветним случајевима породичноправног насиља делом може бити отклоњена тако што би се изме-

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.

нама и допунама породичноправних прописа постигао виши степен њихове прецизности и јасноће, али и попуњавањем уочених правних празнина.

Кључне речи: Породични закон Републике Србије; Породичноправна заштита од насиља у породици; Судска пракса.

1. УВОД

Заштита од насиља у породици као социјално-патолошки феномен у нашем друштву први пут је регулисана изменама и допунама Кривичног закона из 2002. године,² нормирањем кривичног дела насиље у породици.^{3/4} Пошто се увидело, врло брзо, да правни механизам, успостављен кривичним законодавством, није довољно ефикасан за спречавање насиља у породици, Породичним законом из 2005. године⁵ установљена је породичноправна заштита од насиља у породици.^{6/7} Уочени недостаци у примени кривичноправних и породичноправних прописа о заштити од насиља у породици, посебно у делу који се тичу позиције жртве насиља у породици пре отпочињања одговарајуће процедуре у односу на насилника, правно-технички су отклоњени ступањем на снагу Закона о спречавању насиља у породици Републике Србије.⁸ Овај законски текст омогућава изрицање, од стране овлашћеног полицијског службеника, хитних мера против учиниоца породичног насиља.⁹

² Кривични закон Републике Србије – КЗ, *Службени гласник СРС*, бр. 26/1977, 28/1977 – исправка, 43/1977 – исправка, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 6/1989, 42/1989 и 21/1990 и *Службени гласник РС*, бр. 16/1990, 26/1991 – одлука УСЈ, бр. 197/1987, 75/1991 – одлука УСРС, бр. 58/1991, 9/1992, 49/1992, 51/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002 – исправка и 80/2002 – други закон.

³ Вид. КЗ, чл. 118а.

⁴ Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – исправка, 107/2005 – исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 и 94/2024), ово кривично дело регулише чл. 194.

⁵ Породични закон Републике Србије – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

⁶ Вид. ПЗ, чл. 197–200 и чл. 283–289.

⁷ Тако и: О. Цвејић Јанчић, *Породично право*, Правни факултет, Нови Сад 2009, 395.

⁸ Закон о спречавању насиља у породици Републике Србије – ЗСНП, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016 и 10/2023 – други закон.

⁹ Ради се о привременом удаљењу учиниоца из стана и привременој забрани учиниоца насиља да контактира са жртвом насиља и да јој прилази. Вид. ЗСНП, чл. 17, ст. 2. Детаљније о овим хитним мерама вид. З. Поњавић, *Породично право*, *Службени гласник*, Београд 2017, 435.

У међувремену Република Србија је ратификовала Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истамбулска конвенција)¹⁰ и на тај начин појачала заштиту од насиља у породици.

На први поглед уочена складност и јединство установљене заштите од насиља у породици са три законска текста и Истамбулском конвенцијом доводи се, у извесној мери, у питање када се сагледа суштина појединих решења садржаних у овим законима и Конвенцији.

И док ПЗ у чл. 197, ст. 1 дефинише насиље у породици и наредним ставом, истог члана, ближе појашњава именоване и неименоване облике насиља у породици,¹¹ ЗСНП, претпостављамо под утицајем решења садржаних у Истамбулској конвенцији,¹² даје нешто другачије поимање насиља у породици, јер уз физичко, сексуално и психичко насиље, које ближе не појашњава, додаје и економско насиље једног члана породице према другом члану породице.¹³ Такође, и код ближег одређења појма „члан породице”, нема сагласја између ПЗ и ЗСНП. У односу на чл. 197, ст. 3 ПЗ, чл. 3, ст. 3 ЗСНП сужава круг крвних сродника у побочној линији до другог степена сродства, тазбинских сродника такође до другог степена сродства, а адоптивних сродника, закључно са првим степеном сродства, стављајући у исту раван усвојење и хранитељство, јер се само спомињу усвојитељи и усвојеник, а не и остали грађански сродници.

Да ли и у којој мери уочена неусаглашеност решења садржаних у ПЗ и ЗСНП има или може имати утицаја на бројност пријављених случајева насиља у породици, дискутабилно је и захтева посебно истраживање. Оно што је евидентно то је да се и поред успостављеног правног механизма за заштиту од насиља у породици, на темељу три законска текста, број пријављених случајева насиља у породици из године у годину повећава.¹⁴

¹⁰ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 012/2013.

¹¹ О томе ће бити више речи у продужетку рада.

¹² Вид. Истамбулска конвенција, чл. 3, тач. б.

¹³ Вид. ЗСНП, чл. 3, ст. 3.

¹⁴ Према подацима објављеним на сајту Министарства правде Републике Србије, 2019. године пријављено је укупно 21.532 случаја насиља у породици. Наредне, 2020. године, нешто је увећан број пријављених случајева насиља у породици на 21.535. Следеће, 2021. године, поново је дошло до повећања броја пријављених случајева насиља у породици, укупно 21.770 случаја. Наредне, 2022. године, значајно се увећао број пријављених случајева насиља у породици, обухвативши 23.817 случајева. Следеће, 2023. године, број пријављених случајева је опет значајно увећан у односу на претходну годину на 24.438 случајева. За 2024. годину, на сајту Министарства

Предмет наше пажње јесу одлуке Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији (укупно 136 одлука), донете у периоду од 2010. закључно са 2024. годином,¹⁵ које се односе на одређена спорна питања из домена породичноправне заштите од насиља у породици: Ко су субјекти на које се породичноправна заштита од насиља у породици односи? Ко је најчешће жртва, а ко извршилац насиља у породици у пракси? Да ли је могуће узајамно вршење насиља између чланова породице? Да ли су именовани или неименовани облици насиља у породици учесталији у пракси? Да ли судови на породичноправно насиље гледају као на модел понашања или као појединачни инцидент? Истраживање спроводимо са циљем да пронађемо одговоре на ова питања и утврдимо како ови судови тумаче поједине недовољно јасне и прецизне одредбе у ПЗ, како попуњавају одређене правне празнине и у којој мери је судска пракса усаглашена, када је реч о примени овог правног института.

2. КО СЕ СМАТРА ЧЛАНОМ ПОРОДИЦЕ, КАДА ЈЕ О ПОРОДИЧНОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ РЕЧ?

Према ПЗ, када је реч о заштити од насиља у породици одређен је прилично широк круг субјеката који се сматрају члановима породице,¹⁶ премда сам законски текст не дефинише породицу. Под члановима породице, а у вези насиља у породици подразумевају се: сви крвни, грађански и тазбински сродници, затим супружници и бивши супружници, ванбрачни партнери и бивши ванбрачни партнери, потом субјекти која су у хранитељском односу, па онда лица која живе у истом породичном домаћинству или су некада живела, као и лица која су емотивни партнери, или су били у емотивној вези, затим лица која имају заједничко дете или оно тек треба да се роди, а да притом никада нису живела у истом породичном домаћинству.^{17 / 18}

правде Републике Србије, евидентирани су подаци о 23.770 случајева породичноправног насиља. Вид. Министарство правде Републике Србије, Искључи насиље, Статистика, <https://iskljuci-nasilje.rs/statistika-2/>, 20.03.2025. године.

¹⁵ За потребе овог рада коришћене су одлуке Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији публиковане у *Paragraf Lex*-овој бази прописа и судске праксе и *Propisima.net*.

¹⁶ У прилог оправданости оваквог законског решења, вид. М. Draškić, *Породично право i prava deteta*, Ћigoја штампа, Београд 2005, 87; Н. Петрушић, „Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије“, *Зборник радова Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Правни факултет, Крагујевац 2006, 29.

¹⁷ Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 3.

¹⁸ Како је већ уочено у правној литератури, код овако широког круга субјеката који уживају заштиту од насиља у породици, посебан проблем представља доказати

Предмет наше пажње јесте одлука Апелационог суда у Нишу,¹⁹ којом ова судска инстанца децидирано износи став да свакодневно вређање, упућивање погрдних речи и претњи од стране стрица према братаници не може да се подведе под насиље у породици зато што они не живе у истом домаћинству, премда станују у истој породичној кући – стриц на спрату, а братаница у приземљу. Овакав став Апелационог суда у Нишу поткрепљен је и мишљењем радника полицијске управе за спречавање насиља у породици, да у конкретном случају нема елемената кривичног дела насиља у породици, као и схватањем надлежног центра за социјални рад о одсуству потребе за њиховим ангажовањем у датим околностима овог случаја.

Исти курс деловања овај Суд има и у другој, нешто млађој, одлуци,²⁰ којом, не упуштајући се до краја (барем се то из публиковане садржине одлуке не види, *примедба аутора*) да ли су између сукобљених страна постојале активности које се, у смислу чл. 197, ст. 1 ПЗ, могу подвести под насиље у породици, инсистира на томе да сукоб два брата који живе у различитим породичним домаћинствима и у суседним селима, не испуњава потребне услове да се примени институт насиља у породици, јер „ова лица не чине породичну заједницу”.²¹

Већ смо указали на то да домаћи нормотворац не условљава постојање насиља у породици животом у истом породичној заједници (домаћинству). Исправан став на ову тему има Врховни касациони суд, јер сматра да је примена института насиља у породици могућа између тетке и братанца, премда они не живе у истом породичном домаћинству.²²

3. КО ЈЕ ЖРТВА, А КО ИЗВРШИЛАЦ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ?

Како смо већ видели, према ПЗ, када је реч о заштити од насиља у породици, одређен је широк круг субјеката на које се та заштита односи. Истражујући праксу Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији на тему насиља у породици, утврдили смо да се у

постојање квазипородичних односа, попут емотивних или сексуланих веза. Детаљније о томе вид. З. Поњавић, *Породично право*, Службени гласник, Београд 2017, 437–438.

¹⁹ Вид. пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 312/20 од 27.08.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁰ Вид. пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 273/22 од 14.07.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²¹ Из садржине одлуке наведене у претходној напомени.

²² Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 5755/23 од 15.03.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

положају жртве насиља у породици најчешће налази бивша супруга, а у положају извршиоца породичноправног насиља њен бивши супруг.²³ То потврђује да поремећени односи између супружника, настали током брака, нису престали и после окончања брака – разводом или поништајем, и да конфликт између супружника није са успехом разрешен у поступку посредовања у брачном спору, ако је ова процедура уопште и спроведена. Пракса Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији потврдила је да је у положају жртве насиља такође и супруга из важећег брака, а у положају насилника њен супружник.²⁴ Далеко већи број процесуираних случајева насиља

²³ У том правцу, рецимо, вид. пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1749/2010 од 23.02.2010. године; пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 739/12 од 03.12.2012. године; пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 285/14 од 05.06.2014. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1884/15 од 10.12.2015. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2114/15 од 02.12.2015. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2205/15 од 23.12.2015. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 10/16 од 21.01.2016. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 117/16 од 10.03.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 389/16 од 17.03.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 516/16 од 30.03.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 138/16 од 06.04.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1290/16 од 31.08.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2193/2016 од 08.12.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 137/17 од 01.02.2017. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 71/17 од 23.02.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 783/17 од 20.04.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1509/17 од 13.07.2017. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 420/17 од 19.10.2017. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 421/18 од 24.10.2018. године; пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 133/19 од 07.03.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2280/19 од 13.06.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4558/19(2) од 14.11.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4775/19 од 28.11.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3697/20 од 10.09.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2799/20 од 17.09.2020. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 364/20 од 30.09.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4989/19 од 12. 12. 2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 906/21 од 31.03.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 5218/21 од 29.09.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8029/21 од 22.12.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8516/21 од 23.12.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 12388/22 од 22.09.2022. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 19170/22 од 08. 03. 2023. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 7131/23 од 12.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁴ Вид. пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 550/11 од 06.09.2011. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 692/14 од 20.06.2014. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2406/15 од 28.01.2016. године; пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 191/16 од 30.03.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 717/16(1) од 26.05.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 717/16(2) од 26.05.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1512/17 од 07.09.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 431/18 од 31.01.2018.

у породици између бивших супружника у односу на супружнике не мора да буде показатељ правог стања ствари, будући да се велики број случајева насиља у породици не пријављује док брак траје, а све у циљу очувања самог брака и породице.

Премда ванбрачне партнере не везују стеге ПЗ као супружнике, у пракси Врховног суда и апелационих судова Републике Србије процесуирано је такође више случајева породичноправног насиља између ванбрачних партнера²⁵ и бивших ванбрачних партнера.²⁶

Оно што је посебно алармантно, када је реч о насиљу у породици, јесте да је оно често присутно између сродника – крвних, али и тазбинских сродника. Истражена судска пракса Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији показала је да често жртва насиља мајка, а извршилац насиља њен син,²⁷ мада има и случајева где су улоге промењене.²⁸ Пронађени су и случајеви да је мајка та која трпи насиље од своје кћери,²⁹ али и да је кћи доживела насиље у породици управо од своје мајке.³⁰ У истраженој судској пракси је далеко већи број случајева насиља у породици, поготово сексуалног насиља, на

године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1230/18 од 28.02.2018. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 726/2018 од 17.10.2018. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4246/21 од 31.08.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁵ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 1959/17 од 21.09.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2153/17 од 19.10.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3185/19 од 14.05.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2703/22 од 13.07.2022. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 11216/22 од 22.09.2022. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8696/23 од 11.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁶ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 26/16 од 20.01.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3062/17 од 27. 12. 2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3638/18 од 28.09.2018. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 441/19 од 22.08.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3315/19 од 03.10.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3781/19 од 03.10.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 11216/22 од 22.09.2022. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8696/23 од 11.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁷ То потврђују: пресуда Врховног касационог суда, Рев 3040/17 од 27. 12. 2017. године; пресуда Врховног касационог суда, Рев 8058/23 од 12.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁸ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 143/17 од 08.02.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

²⁹ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 1068/16 од 14.07.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁰ У том погледу гласе: пресуда Врховног касационог суда, Рев 2124/17 од 12.10.2017. године; решење Апелационог суда у Нишу, Гж2 464/19 од 18.11.2019. године; пресуда Врховног касационог суда, Рев 21813/22 од 04.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

релацији дете као жртва насиља и отац као насилник.³¹ Опет, са друге стране, уочено је да одрасла деца, посебно синови, чине породично-правно насиље у односу на очеве.³²

Сprovedено истраживање праксе Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији показало је да је насиље у породици, додуше у мањој мери, присутно између крвних сродника у побочној линији. Па тако, утврђено је да је жртва насиља у породици сестра, а насилник њен рођени брат.³³ Осим тога, породичноправно насиље присутно је и између рођене браће.³⁴ Жртва насиља у породици била је и братаница, а насилник њен стриц.³⁵ Насиље у породици трпела је и тетка од свог братанца.³⁶

Када је реч о тазбинским сродницима, насиље у породици доживела је маћеха од свог пасторка,³⁷ снаха од свекра³⁸ и ташта од зета.³⁹ Додуше, има и процесуираних случајева где се у положају жртве насиља у породици налазе свекрва и свекар, а некада и заова, у односу на снаху (када је брак разведен),⁴⁰ бивши зет у односу на таста,⁴¹ као и бивша снаха у односу на девера.⁴²

³¹ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 2857/2010 од 09.06.2010. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 289/16 од 16.03.2016. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 25/17 од 24.01.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 126/17 од 09.03.2017. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 227/21 од 03.06.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 7287/22 од 23.06.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³² У том правцу, на пример, вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 829/16 од 19.05.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 966/21 од 11.03.2021. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 383/22 од 29.09.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³³ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 1635/18 од 12.04.2018. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1755/21 од 22.04.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁴ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 4969/20 од 05.11.2020. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 273/22 од 14.07.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁵ Вид. пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 312/20 од 27.08.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁶ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 5755/23 од 15.03.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁷ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 5079/22 од 22.06.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁸ Вид. пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 368/16 од 16.06.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

³⁹ Вид. пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 53/12 од 01.03.2012. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁴⁰ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 103/16 од 10.03.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8448/21 од 17.03.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

Истражена пракса Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији, када је реч о насиљу у породици, показала је његову присутност и између бивших емотивних партнера, где је жртва насиља била бивша емотивна партнерка.⁴³

4. УЗАЈАМНО ВРШЕЊЕ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ ОД СТРАНЕ СУПРУЖНИКА

Када српски законодавац у ПЗ дефинише насиље у породици, полази од тога да је посреди понашање којим један члан породице (насилник) угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице (жртва насиља у породици).

Тако одређење насиља у породици послужило је Апелационом суду у Новом Саду⁴⁴ да изрази став како се узајамно узнемиравање супружника и обострано физичко, психичко и вербално угрожавање или нарушавање интегритета супружника не може сматрати насиљем у породици, онако како је регулисано у ПЗ, већ као вид поремећених партнерских односа. По схватању овог Суда, разлог за то лежи у чињеници да нема јасно постављене границе између насилника и жртве насиља – оног који је супериоран у партнерском односу и који врши насиље и оног који је у инфериорном положају и који трпи насиље. Истом том мишљу руководио се и Врховни касациони суд у више својих одлука.⁴⁵

Врховни касациони суд⁴⁶ и Апелациони суд у Београду,⁴⁷ на супрот томе, вероватно, руководећи се Џонсоновом типологијом по-

⁴¹ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 2576/18 од 19.04.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁴² Вид. пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 881/16 од 02.11.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁴³ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 3772/20 од 16.09.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 7385/23 од 05.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁴⁴ Вид. пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 191/16 од 30.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁴⁵ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 1932/15 од 04.11.2015. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2114/15, од 02.12.2015. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1512/17 од 07.09.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2153/17 од 19.10.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе. Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 1249/20 од 10.06.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 7004/22 од 29.06.2022. године. Извор: *Propisi.net*.

⁴⁶ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 10/16 од 21.01.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе. Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 2906/19 од 29.08.2019. године. Извор: *Propisi.net*.

родичног насиља⁴⁸ која укључује: интимни терор,⁴⁹ насилни отпор⁵⁰ и ситуационо насиље између партнера,⁵¹ исправно изражавају став да узајамно угрожавање телесног интегритета, душевног здравља или спокојства између супружника (или ванбрачних партнера) јесте исто вид насиља у породици и као такав захтева предузимање мера за заштиту од насиља у породици.

5. ИМЕНОВАНИ И НЕИМЕНОВАНИ ОБЛИЦИ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ И ЊИХОВА УЧЕСТАНОСТ У ПРАКСИ

Актуелни породичноправни прописи у Републици Србији насиље у породици дефинишу као „понашање којима један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице”.⁵² Судска пракса ближе одређује да се постојање или непостојање насиља у породици утврђује применом објективних критеријума, а не на темељу „субјективног виђења члана породице који сматра да се над њим врши насиље”.⁵³

Српски законодавац важећим ПЗ даје ближе одређење насиља у породици, навођењем могућих облика његовог испољавања. Тако, породичноправно насиље постоји када један члан породице другом члану породице нанесе телесну повреду или то само покуша. Насиље у породици постоји и када се члану породице или њему блиском лицу прети смрћу или телесним повређивањем. У породичноправно насиље спадају: присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са малолетником који није навршио 14 година живота или са немоћним лицем. Видом насиља у породици сматра се ограничавање члану породице слободе кретања или комуницирања са другим лицима, као и његово вређање.⁵⁴

⁴⁷ Вид. пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 71/17 од 23.02.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁴⁸ Детаљније о томе вид. R. Derrington, M. Johanson, A. Menard, T. Ooms, S. Stanley, *Making distinction among Different Types of Intimate Partner Violence: A Preliminary Guide*. National Resource Center on Domestic Violence, Harrisburg, PA 2010, 7.

⁴⁹ Интимни терор (*intimate terrorism*) постоји када један од партнера користи различите технике, како би наметнуо контролу над другим партнером.

⁵⁰ Насилни отпор (*violent resistance*) постоји када жртва, најчешће жена, користи облике насиља, како би се осветила за насиље које трпи.

⁵¹ Ситуационо насиље између партнера (*situational couple violence*) постоји када свађа између партнера кулминира у тој мери да се потпуно губи контрола у понашању.

⁵² Вид. ПЗ, чл. 197, ст. 1.

⁵³ Из образложења пресуде Врховног касационог суда, Рев 749/22 од 17.02.2022. године. Извор: *Propisi.net*.

⁵⁴ Вид. ПЗРС, чл. 197, ст. 2, тач. 1–6.

Осим ових именованих облика насиља у породици, ПЗ регулише и неименоване видове породичноправног насиља кроз формулацију „и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање”,⁵⁵ препуштајући судовима који у конкретном случају поступају да употребљене правне стандарде попуне „својим судом вредности”.⁵⁶

Истражујући праксу Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији у сфери породичноправне заштите од насиља у породици оно што је прво уочено јесте да се сви видови насиља у породици, регулисани породичноправним прописима, како именовани, тако и неименовани, појављују у пракси. Ипак, неименовани видови насиља у породици у пракси су заступљенији у односу на именоване облике насиља у породици и појединачно узев, али и збирно посматрајући.⁵⁷

Оно што је такође уочено, истражујући дату тему, јесте да се поједини видови насиља у породици, попут, рецимо, вређања⁵⁸ или наносења телесне повреде⁵⁹ у пракси релативно ретко појављују самостално, већ су углавном повезани са другим видовима породичноправног насиља. Па тако, у пракси су чести случајеви насиља у породици где се жртви насиља у породици наноси телесна повреда и прети смрћу, уз вређање и омаловажавање⁶⁰ или се жртва насиља присиљава

⁵⁵ Вид. ПЗРС, чл. 197, ст. 2, тач. 6.

⁵⁶ Вид. Н. Петрушић, 28. Исто тако, вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев. 3185/19 од 14.05.2019. године. Извор: *Propisi.net*.

⁵⁷ Од укупно 114 анализираних одлука, у 45 случајева судови се позивају на неименоване облике насиља у породици. Овом бројком нису обухваћени сви они случајеви који представљају комбинацију именованих и неименовани облика насиља у породици.

⁵⁸ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 1635/18 од 12.04.2018. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3315/19 од 03.10.2019. године; пресуду Врховног касационог суда Рев 3781/19 од 03.10.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1755/21 од 22.04.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁵⁹ Вид: пресуду Врховног касационог суда, Рев 2202/16 од 18.12.2016. године; пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 25/17 од 24.01.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2799/20 од 17.09.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8058/23 од 12.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶⁰ Вид. пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 550/11 06.09.2011. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 792/13 од 29.08.2013. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2406/15 од 28.01.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 717/16(1) од 26.05.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 783/17 од 20.04.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 867/17 од 24.05.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1230/18 од 28.02.2018. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 726/18 од 17.10.2018. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2280/19 од 13.06.2019. године; пресуду

или наводи на сексуални однос, вређа и наносе јој се телесне повреде⁶¹ или се жртва породичног насиља ограничава у слободи кретања или комуницирања са другим лицима, наносе јој се телесне повреде, уз константно вређање и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање.⁶²

Захваљујући употребљеним правним стандардима „дрско, безобзирно и злонамерно понашање“, који иначе чине конструкцију неименованих облика породичноправног насиља, судовима се обезбеђује простор да многобројне случајеве насиља у породици, за које се не везује ниједан од именованих облика породичноправног насиља, процесуира.⁶³ Па тако, покушај успостављања контакта члана породице са преосталим члановима породице који не желе са њим да комуницирају, одлуком Врховног касационог суда оцењен је као неименовани вид насиља у породици.⁶⁴ Исто тако, активност промене браве на вратима, без оправданог разлога, и одјава електродистрибуцији коришћења струје у стамбеном простору у коме живи други супружник, одлуком Врховног касационог суда, потврђена је као вид неименованог облика породичноправног насиља.⁶⁵ Под окриље неименованог облика насиља у породици Апелациони суд у Београду подвео је и спречавање преласка, кроз заједничко двориште, трактора са дрвима која је требало да се истоваре за бившег ванбрачног партнера.⁶⁶

Истражена пракса Врховног суда и апелационих судова Републике Србије, у домену породичноправне заштите од насиља у породици, показала је и то да ови судови, уместо позивања на одговарајуће одредбе ПЗ и навођења конкретног облика породичноправног насиља,

Апелационог суда у Нишу, Гж2 364/20 од 30.09.2020. године;; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4214/20 од 07.10.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4969/20 од 05.11.2020. године; пресуду Врховног касационог суда Рев 8696/23 од 11.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶¹ Вид. пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж2 117/16 од 10.03.2016. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 406/18 од 06.06.2018. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8516/21 од 23.12.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶² Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 4775/19 од 28.11.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶³ У том правцу вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 9872/22 од 06.10.2022. године. Извор: *Propisi.net*.

⁶⁴ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 126/17 од 09.03.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2576/18 од 19.04.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶⁵ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев. 692/2014 од 20.06.2014. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶⁶ Вид. пресуду Апелационог суда у Београд, Гж2 441/19 од 22.08.2019. године. Извор: *Propisi.net*.

употребљавају термине попут: „психичко насиље у породици”,⁶⁷ „психичко и вербално насиље у породици”,⁶⁸ „психичко и физичко насиље у породици”,⁶⁹ „психичко, физичко и економско насиље у породици”,⁷⁰ што даје основа за тврдњу да они подједнако узимају у обзир, приликом доношења својих одлука, и Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, као и ЗСНП, будући да се ови термини не налазе у тексту ПЗ. Оваква комбинована примена наведених прописа делом замагљује који је конкретан облик насиља у породици релевантан за дати случај.

6. ПОРОДИЧНОПРАВНО НАСИЉЕ КАО МОДЕЛ ПОНАШАЊА ИЛИ ПОЈЕДИНАЧНИ ИНЦИДЕНТ

Да ли насиље у породици подразумева континуирано понашање насилника у односу на жртву насиљу⁷¹ или је потребно да насилни поступак једног члана породице у односу на другог буде поновљен

⁶⁷ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 138/16 од 06.04.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4989/19 од 12.12.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4246/21 од 31.08.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 8448/21 од 17.03.22. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 12388/22 од 22.09.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе. Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 2666/20 од 13.07.2020. године. Извор: *Propisi.net*.

⁶⁸ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 143/17 од 08.02.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 1959/17 од 21.09.2017. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 431/18 од 31.01.2018. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 5755/23 од 15.03.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁶⁹ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 2844/10 од 26.05.2010. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 739/12 од 03.12.2012. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 10/16 од 21.01.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 289/16 од 16.03.2016. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2193/16 од 08.12.2016. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 2/19 од 13.06.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 3697/20 од 10.09.2020. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 2955/21 од 23.06.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 7131/23 од 12.04.2023. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 21813/22 од 04.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁷⁰ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 7778/21 од 08.12.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе.

⁷¹ У теорији присталица овог схватања је рецимо М. Драшкић, 55.

током времена⁷² или је довољан само један акт насилничког деловања, „а изузетно је нужен континуитет лошег понашања“.⁷³

Истраживање праксе Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији у домену породичноправног насиља показују да по овом питању нема међу судовима јединственог гледања на ствар. Поједини судови у својим одлукама изnose став да само континуирано понашање насилника у односу на жртву насиља може бити сматрано насиљем у породици.⁷⁴ С друге стране, има одлука у којима судови изражавају и аргументују став да је за насиље у породици довољан и само један акт, како би се превентивно деловало на спречавање насиља у породици.⁷⁵ Притом, на овакво опредељење судова у Републици Србији нема много утицаја чињеница да ли се ради о именованом или неименованом облику насиља у породици.

Судећи према стилизацији именованих видова насиља у породици, стиче се утисак да је српски законодавац, пошто користи једину, имао у виду манифестацију насиља у породици путем једног акта. Код неименованих облика насиља у породици, будући да се у законском тексту користи и множина, можемо говорити о насиљу у породици као моделу понашања једног члана породице у односу на другог члана породице, али и као инцидентном насиљу, па и насиљу које се испољава једним актом.

7. ЗАКЉУЧАК

Нема сумње, судска пракса Врховног суда и апелационих судова у Републици Србији потврђују да механизам заштите од насиља у породици кога чине одговарајуће одредбе три законска текста: Кривичног законика, ПЗ и ЗСНП, функционише, али недовољно, јер се број пријављених случајева насиља у породици из године у годину, по правилу, повећава. Томе погодује целокупни друштвени амбијент, али и неусаглашеност решења садржаних у ПЗ и ЗСНП.

⁷² У правној литератури поборник ове идеје је Н. Љубојев, *Заштита детета од злостављања и занемаривања*, Београд 2004, 52, 55 и 72.

⁷³ Тако и: С. Панов, „Насиље у породици – аспект детета“, *Зборник радова „Ново породично законодавство“* (ур. З. Поњавић), Правни факултет, Крагујевац 2006, 283–284.

⁷⁴ У том правцу вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 6115/21 од 21.10.2021. године. Извор: *Propisi.net*.

⁷⁵ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев 2729/19 од 05.09.2019. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 6045/20 од 28.01.2021. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 7721/21 од 19.01.2022. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 9117/21 од 26.01.2022. године; пресуду Врховног касационог суда, Рев 4130/23 од 15.03.2023. године. Извор: *Propisi.net*.

Како би се редуковао број насиља у породици између супружника или бивших супружника, иначе у истраженој судској пракси најучесталији, чини се оправданим предлог да будући супружници морају, под обавезно, да посете брачно или породично саветовалиште, како би се упознали са важношћу одржавања складне брачне везе и са неопходношћу да се проблеми у браку решавају не агресијом и насилљем, већ мирним путем.

Уједначеном деловању судова у Републици Србији, када је реч о примени одредаба ПЗ о заштити од насиља у породици, верујемо да би допринело и попуњавање правних празнина, попут оне да ли се на узајамно насиље између супружника (или бивших супружника) и ванбрачних партнера (или бивших ванбрачних партнера) примењују одредбе о заштити од насиља у породици, као и оне која се тиче критеријума на темељу којих ће се неименовани облици насиља у породици у пракси лакше препознати и санкционисати.

Исти циљ, по нашем виђењу ствари, био би постигнут и отклањањем непрецизности у породичноправним прописима које се односе на то: Да ли је за насиље у породици довољан један акт или је потребно континуирано деловање учиниоца насиља? И да ли је за насиље у породици увек потребно да жртва насиља и насилник живе у истом породичном домаћинству?

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Derrington, Rachel, Johonson, Michael, Menard, Anne, Ooms, Theodora, Stanley, Scott, *Making distinction among Different Types od Intimate Partner Violence: A Preliminary Guide*, National Resource Center on Domestic Violence, Harrisburg, PA 2010;
2. Draškić, Marija, *Porodično pravo i prava deteta*, Čigoja štampa, Beograd 2005;
3. Љубојев, Надежда, *Заштита детета од злостављања и занемаривања*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2004;
4. Министарство правде Републике Србије, Искључи насиље, Статистика, <https://iskljuci-nasilje.rs/statistika-2/>, 20.03.2025. године;
5. Панов, Слободан, „Насиље у породици – аспект детета”, *Зборник радова „Ново породично законодавство”* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006;
6. Петрушић, Невена, „Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије”, *Зборник са саветовања „Ново породично законодавство”* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006;

7. Поњавић, Зоран, *Породично право*, Службени гласник, Београд 2017;
8. Цвејић, Јанчић, Олга, *Породично право*, Нови Сад 2009.

Правни извори

1. Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 012/2013;
2. Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016 и 10/2023 – други закон;
3. Кривични закон Републике Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 26/1977, 28/1977 – исправка, 43/1977 – исправка, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 6/1989, 42/1989 и 21/1990 и *Службени гласник РС*, бр. 16/1990, 26/1991 – одлука УСЈ, бр. 197/1987, 75/1991 – одлука УСРС, бр. 58/1991, 9/1992, 49/1992, 51/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002 – исправка и 80/2002 – други закон;
4. Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – исправка, 107/2005 – исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 и 94/2024;
5. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Судска пракса

1. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2844/10 од 26.05.2010. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
2. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2857/2010 од 09.06.2010. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
3. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 792/13 од 29.08.2013. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
4. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 692/14 од 20.06.2014. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
5. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 1932/15 од 04.11.2015. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
6. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2114/15 од 02.12.2015. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
7. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1884/15 од 10.12.2015. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
8. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2205/15 од 23.12.2015. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
9. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 26/16 од 20.01.2016. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;
10. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 10/16 од 21.01.2016. године. Извор: *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе;

11. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2406/15 од 28.01.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
12. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 103/16 од 10.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
13. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 289/16 од 16.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
14. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 389/16 од 17.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
15. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 516/16 од 30.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
16. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 138/16 од 06.04.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
17. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 829/16 од 19.05.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
18. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 717/16(1) од 26.05.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
19. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 717/16(2) од 26.05.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
20. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1068/16 од 14.07.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе,
21. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1290/16 од 31.08.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе,
22. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2193/2016 од 08.12.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе,
23. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2202/16 од 18.12.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе,
24. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 137/17 од 01.02.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
25. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 143/17 од 08.02.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
26. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 126/17 од 09.03.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
27. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 783/17 од 20.04.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
28. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 867/17 од 24.05.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
29. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1509/17 од 13.07.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
30. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1512/17 од 07.09.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
31. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1959/17 од 21.09.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;

32. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2124/17 од 12.10.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
33. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2153/17 од 19.10.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
34. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3040/17 од 27.12.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
35. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3062/17 од 27.12.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
36. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 431/18 од 31.01.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
37. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1230/18 од 28.02.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
38. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1635/18 од 12.04.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
39. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2576/18 од 19.04.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
40. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3638/18 од 28.09.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
41. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 3185/19 од 14.05.2019. године. Извор: *Propisi.net*;
42. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2280/19 од 13.06.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
43. Пресуда Апелационог суда у Београд, Гж2 441/19 од 22.08.2019. године. Извор: *Propisi.net*;
44. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2906/19 од 29.08.2019. године. Извор: *Propisi.net*;
45. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2729/19 од 05.09.2019. године. Извор: *Propisi.net*;
46. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3315/19 од 03.10.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
47. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3781/19 од 03.10.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
48. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 4558/19(2) од 14.11.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
49. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 4775/19 од 28.11.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
50. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3185/19 од 14.05.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
51. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1249/20 од 10.06.2020. године. Извор: *Propisi.net*;
52. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2666/20 од 13.07.2020. године. Извор: *Propisi.net*;

53. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3697/20 од 10.09.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
54. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 3772/20 од 16.09.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
55. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2799/20 од 17.09.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
56. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 4214/20 од 07.10.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
57. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 4969/20 од 05.11.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
58. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 4989/19 од 12.12.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
59. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 6045/20 од 28.01.2021. године. Извор: *Propisi.net*;
60. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 966/21 од 11.03.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
61. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 906/21 од 31.03.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
62. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 1755/21 од 22.04.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
63. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2955/21 од 23.06.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
64. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 4246/21 од 31.08.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
65. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 5218/21 од 29.09.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
66. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 6115/21 од 21.10.2021. године. Извор: *Propisi.net*;
67. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 7778/21 од 08.12.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
68. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 8029/21 од 22.12.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
69. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 8516/21 од 23.12.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
70. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 7721/21 од 19.01.2022. године. Извор: *Propisi.net*;
71. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 9117/21 од 26.01.2022. године. Извор: *Propisi.net*;
72. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 749/22 од 17.02.2022. године. Извор: *Propisi.net*;
73. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 8448/21 од 17.03.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;

74. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 5079/22 од 22.06.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
75. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 7287/22 од 23.06.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
76. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 7004/22 од 29.06.2022. године. Извор: *Propisi.net*;
77. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2703/22 од 13.07.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
78. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 11216/22 од 22.09.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
79. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 12388/22 од 22.09.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
80. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 9872/22 од 06.10.2022. године. Извор: *Propisi.net*;
81. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 19170/22 од 08.03.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
82. Пресуду Врховног касационог суда, Рев 4130/23 од 15.03.2023. године. Извор: *Propisi.net*;
83. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 5755/23 од 15.03.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
84. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 7385/23 од 05.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
85. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 7131/23 од 12.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
86. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 8058/23 од 12.04.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
87. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 21813/22 од 04.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
88. Пресуда Врховног касационог суда, Рев 8696/23 од 11.05.2023. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
89. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 739/12 од 03.12.2012. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
90. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 881/16 од 02.11.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
91. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 71/17 од 23.02.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
92. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 406/18 од 06.06.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
93. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 726/2018 од 17.10.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
94. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 2/2019 од 13.06.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;

95. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1749/2010 од 23.02.2010. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
96. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 53/12 од 01.03.2012. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
97. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 117/16 од 10.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
98. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 25/17 од 24.01.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
99. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 420/17 од 19.10.2017. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
100. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 421/18 од 24.10.2018. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
101. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 312/20 од 27.08.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
102. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 364/20 од 30.09.2020. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
103. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 227/21 од 03.06.2021. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
104. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2 273/22, од 14.07.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
105. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 383/22 од 29.09.2022. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
106. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж2 464/19 од 18.11.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
107. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 550/11 од 06.09.2011. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
108. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 739/12 од 03.12.2012. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
109. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 285/14 од 05.06.2014. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
110. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 191/16 од 30.03.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
111. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 368/16 од 16.06.2016. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;
112. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 133/19 од 07.03.2019. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база прописа и судске праксе;

Full Professor Nataša Stojanović, LL.D.

Law Faculty, University of Niš

FAMILY LAW PROTECTION AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN THE PRACTICE OF THE SUPREME COURT AND THE COURTS OF APPEAL OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Almost twenty years have passed since the Republic of Serbia laid down the foundations of a legal mechanism preventing and suppressing domestic violence with its Family Law by defining what domestic violence is, standardizing who are title holders of the right to family protection against domestic violence, through the regulation of named and unnamed forms of family law-related violence, and stipulating measures for family law protection against domestic violence. In her work, the author primarily employs the method of content analysis (court practice), but also incorporates legal-dogmatic, normative-legal, and historical-legal methods. She analyzes a number of cases related to family law protection against domestic violence from the Supreme Court and the courts of appeal of the Republic of Serbia. The aim is to address a significant number of issues, including: How do courts more closely determine who is protected by the law against domestic violence? Who is most often a victim or perpetrator of domestic violence? Is mutual domestic violence between individual family members recognized and sanctioned in practice? What types of domestic violence, named or unnamed, are considered the most in the practice of these courts? Can a single act of domestic violence manifest as domestic violence, or does the abuser need to engage in multiple continuous activities? The author believes that by amending the Family Law provisions to achieve a higher degree of precision and clarity, as well as filling the observed legal gaps, we can partially remedy the disparity in the functioning of the Supreme Court and the courts of appeal in identical cases of domestic violence.

Key words: *Family Law of the Republic of Serbia; Family law protection against domestic violence; Court practice.*

Prof. dr. Viktorija Haubrich
Prof. dr. Marija Vidić

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

SPOROVI U SVEZI S POVREDOM ŽIGA EUROPSKE UNIJE

Cilj rada je istražiti sporove u svezi s povredom žiga Europske unije (EU) budući da Bosni i Hercegovini (BiH) predstoji put usklađivanja propisa s pravnom stečevinom EU. Učinkovit, dobro osmišljen i uravnotežen sustav intelektualnog vlasništva bitan je čimbenik za promicanje ulaganja i gospodarski rast. Povećan broj povreda prava intelektualnog vlasništva, između ostaloga i prava žiga, predstavlja posebnu prijetnju i gubitke za sektore koji koriste te vrste vlasništva. Boljom provedbom prava intelektualnog vlasništva pridonosi se ostvarivanju novih radnih mjesta, poticanju rasta i poboljšanju konkurentnosti, kao i jačanju jedinstvenoga tržišta. Analizirat će se sporovi koji se odnose na povredu žiga EU radi ukazivanja na najbolje prakse u ovom području što može poslužiti za dodatnu specijalizaciju svih dionika koji provode prava žiga u BiH. Ukazat će se na nužnost specijalizacije sudaca u području intelektualnog vlasništva te sustavnog objavljivanja presuda u predmetima povezanim s povredom prava žiga.

Ključne riječi: Pravo intelektualnog vlasništva; Pravo žiga; Žig Europske unije; Uredba (EU) 2017/1001; Direktive o provedbi prava intelektualnog vlasništva; Nadležnost; Protutužba.

1. UVOD

Regulatorni okvir EU-a za žigove čini: Uredba (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. o žigu Europske unije (Uredba 2017/1001),¹ Direktiva (EU) 2015/2436 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2015. o usklađivanju zakonodavstava država člani-

Viktorija Haubrich, viktorija.haubrich@pf.sum.ba.

Marija Vidić, marija.vidic@pf.sum.ba.

¹ Uredba (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. o žigu Europske unije (kodificirani tekst) (Tekst značajan za EGP), *SL L* 154, 16.6.2017., 1–99.

ca o žigovima,² Delegirana uredba Komisije (EU) 2018/625 od 5. ožujka 2018. o dopuni Uredbe (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća o žigu Europske unije i o stavljanju izvan snage Delegirane uredbе (EU) 2017/1430,³ Provedbena uredba Komisije (EU) 2018/626 od 5. ožujka 2018. o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu određenih odredbi Uredbe (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća o žigu Europske unije i o stavljanju izvan snage Provedbene uredbе (EU) 2017/1431,⁴ Odluka predsjedništva žalbenih vijeća, od 27. veljače 2020. o poslovniku za vođenje postupaka pred žalbenim vijećima, Nicanski sporazum o međunarodnoj klasifikaciji roba i usluga u svrhu registriranja žigova.⁵ Pravednom zaštitom prava intelektualnog vlasništva postižu se povećanja gospodarske aktivnosti, ulaganja, zapošljavanja i produktivnosti, među ostalim za mala i srednja poduzeća („MSPovi”).⁶

Industrije koje se intenzivno koriste intelektualnim vlasništvom imaju važnu ulogu u podupiranju otpornog, zelenog i konkurentnog gospodarstva u EU-u s obzirom na njihov doprinos od 47 % ukupnom BDP-u EU-a i od gotovo 40 % ukupnom zapošljavanju. Europske kreativne i inovativne industrije predvodnici su u području zelenih tehnologija i održivih proizvoda.⁷ U EU-u u proteklom desetljeću znatno je porasla registracija zelenih žigova.⁸ Zelene prijave žiga su one prijave žiga koje u svom opisu roba i usluga sadrže barem jedan „zeleni” pojam koji je povezan sa zaštitom oko-

² Direktiva (EU) 2015/2436 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2015. o usklađivanju zakonodavstava država članica o žigovima (preinaka) (Tekst značajan za EGP), *SL L* 336, 23.12.2015., 1–26.

³ Delegirana uredba Komisije (EU) 2018/625 od 5. ožujka 2018. o dopuni Uredbe (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća o žigu Europske unije i o stavljanju izvan snage Delegirane uredbе (EU) 2017/1430, *C/2018/1231, SL L* 104, 24.4.2018., 1–36.

⁴ Provedbena uredba Komisije (EU) 2018/626 od 5. ožujka 2018. o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu određenih odredbi Uredbe (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća o žigu Europske unije i o stavljanju izvan snage Provedbene uredbе (EU) 2017/1431, *C/2018/1225, SL L* 104, 24.4.2018., 37–56.

⁵ Nicanska klasifikacija sastoji se od proizvoda i usluga koji su svrstani u 45 razreda: 34 razreda proizvoda i 11 razreda usluga. Vid. DZIV, <https://www.dziv.hr/hr/intelektualno-vlasnistvo/zigovi/medjunarodna-klasifikacija-proizvoda-i-usluga/>, 27. 2. 2024.

⁶ Intellectual property rights and firm performance in the European Union, Firm-level analysis report, February 2021., EUIPO, 17., https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/IPContributionStudy/IPR_firm_performance_in_EU/2021_IP_Rights_and_firm_performance_in_the_EU_en.pdf, 9. 10. 2024.

⁷ Preporuka Komisije (EU) 2024/915 od 19. ožujka 2024. o mjerama za borbu protiv krivotvorenja i jačanje provedbe prava intelektualnog vlasništva, Bruxelles, 19.3.2024. *C(2024) 1739 final*, toč. 1.

⁸ Vid. Green EU trade marks – 2023 update, EUIPO, <https://www.euipo.europa.eu/en/publications/green-eu-trade-marks-2023-update>, 9. 10. 2024.

liša i održivim razvojem.⁹ Zeleni žigovi se mogu uspješno registrirati ako imaju opisne, ali i razlikovne elemente (kada se elementi riječi kombiniraju s razlikovnim figurativnim elementima ili se stvaraju neologizmi koji omogućuju žigu da funkcionira kao oznaka podrijetla, a ipak specifično prenosi ekološku poruku potrošačima).¹⁰ Žig mora biti sposoban razlikovati robu ili usluge jednog poduzeća od robe ili usluga drugih poduzeća. Registracija zelenih žigova može se odbiti (čl. 7. Uredbe 2017/1001) ili naknadno opozvati (čl. 58. i 59. Uredbe 2017/1001) ako su: opisne (kao što su često korištene riječi poput „eko“, „zeleno“ i „bio“) ili nejasno (kao što je korištenje zelenih slika). Primjerice, Opći sud EU-a (Presuda T-253/22, od 1. veljače 2023.) odbio je registrirati znak „Održivost kroz kvalitetu“ kao žig jer ga potrošači ne bi doživljavali kao pokazatelj komercijalnog podrijetla, već kao promotivnu frazu.¹¹

Važna odlika žiga EU je njegova komplementarnost, tj. on nije zamišljen kao zamjena nacionalnim žigovima, nego kao njihova dopuna, i to takva koju poduzeća mogu iskoristiti sukladno vlastitim potrebama, veličini, tržištima na kojima su prisutni, svojoj lokaciji i slično.

Uredba 2017/1001 naglašava da pravo Unije u području žigova ne zamjenjuje pravne propise država članica o žigovima, te da bi bilo neopravdano zahtijevati od poduzeća podnošenje prijave za registraciju svojih žigova kao žigova EU.¹² Svi oni trebaju samostalno donijeti odluku žele li tražiti zaštitu u jednoj državi članici, u više njih ili na cjelokupnom području Unije, budući da neka poduzeća uopće nemaju ekonomske motive da

⁹ Popis zelenih pojmova sadrži približno 900 izraza razvrstanih u 35 kategorija koje su organizirane u devet skupina. Popis zelenih pojmova u Harmoniziranoj bazi podataka dostupan je na: Green EU trade marks – 2023 update, 26–67.

¹⁰ Vid. *Green Trademarks vs. Green Claims Directive – Are “environmental trade-marks” at risk of being canceled?*, SKW Schwarz, <https://www.skwschwarz.de/en/news/green-trademarks-vs-green-claims-directive-are-environmental-trade-marks-at-risk-of-being-canceled>, 9. 9. 2025.

Korištenje registriranih zaštitnih znakova će se u budućnosti mjeriti prema Zakonu o tržišnom natjecanju, Direktivi EmpCo i Direktivi o zelenim tvrdnjama.

¹¹ Presuda Općeg suda (treće vijeće) od 1. veljače 2023. *Groschopp AG Drives & More protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo*. Predmet T-253/22. Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2023:29. Isto tako, zahtjev za registraciju figurativnog lika odbijen je (Presuda Općeg suda (treće vijeće) od 13. srpnja 2022. *dennree GmbH protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo*. Predmet T-641/21. Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2022:446.) jer mu nedostaje potreban razlikovni karakter kao posljedica opisne oznake „prodajnog mjesta“. Grafički prikaz smatran je nedovoljnim da odvrti pozornost relevantne javnosti od opisne poruke i da znaku da razlikovni karakter.

¹² Točka 7. Uvodnih izjava Uredbe 2017/1001.

zaštite svoje žigove u čitavoj Uniji. Pitanje koegzistencije žigova u EU je centralni dio sustava ustanovljenog Uredbom 2017/1001.¹³

Žig EU može se sastojati od bilo kakvih znakova, osobito riječi,¹⁴ uključujući osobna imena, ili od crteža, slova, brojki, boja, oblika¹⁵ proizvoda ili pakiranja proizvoda, ili zvukova, pod uvjetom da su takvi znakovi prikladni za razlikovanje proizvoda ili usluga jednoga poduzeća od proizvoda ili usluga drugih poduzeća; i prikazivanje u registru žigova Europske unije, na način koji omogućuje nadležnim tijelima i javnosti da odrede točan i jasan predmet zaštite koja je pružena njihovu nositelju.¹⁶

Uredbom 2017/1001 i novom definicijom žiga EU, ukinut je uvjet grafičkog prikaza pri podnošenju prijave za registraciju žiga, a znak koji se želi registrirati kao žig, mora biti prikazan na način koji je jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, postojan i objektivan, u bilo kojem prikladnom obliku, korištenjem opće dostupne tehnologije.¹⁷ Nova definicija žiga EU, ostavlja mogućnost zaštite nekonvencionalnih žigova kao novih oblika žigova, koji sadržajno predstavljaju oblik proizvoda (sastoje se od žigova izvedenih iz oblika, zvukova,¹⁸ mirisa, okusa i tekstura).

¹³ Vid. M. Vidić, I. Šego Marić, V. Kolobara, „Od znaka trgovca do žiga Europske unije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god. 21, br. 1, Mostar 2020, 75–76.

¹⁴ Opći sud je presudio da Coca-Cola može prigovoriti registraciji znaka „Master” koji koristi isto pismo kao što je njezino kao žiga EU, za prodaju pića i prehrambenih proizvoda. Iako se znak „Master” trenutačno u formi analognoj onoj Coca-Cole koristi jedino u Siriji i na Bliskom istoku, Opći je sud smatrao da Coca-Cola može valjano dokazati postojanje gospodarskog parazitizma tvrdeći da je vjerojatno da će „Master” u budućnosti biti korišten na isti način i u EU. Presuda Općeg suda (osmo vijeće) od 7. prosinca 2017. The Coca-Cola Company protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo, T-61/16, Zbornik sudske prakse objavljen(a) u digitalnom Zborniku (Opći zbornik), (Osporavana odluka: R 1251/2015-4), ECLI:EU:T:2017:877.

¹⁵ U predmetu C-163/16, toč. 20, u nedostatku definicije pojma „oblik” u Direktivi 2008/95, značenje i doseg tog pojma treba utvrditi, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, sukladno njegovu uobičajenom smislu u svakodnevnom jeziku, pri čemu valja uzeti u obzir kontekst u kojem se koristi i ciljeve kojima teži propis kojega je dio (vidjeti analogijom presudu od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 19. i navedenu sudsku praksu). Sud u predmetu C-21/18, Textilis Ltd, Ozgur Keskin protiv Svenskt Tenn AB, toč. 36. U kontekstu prava o žigovima pojam „oblik” valja općenito shvatiti na način da označava sve linije i obrise koji prostorno ograničavaju proizvod (presuda od 12. lipnja 2018., Louboutin i Christian Louboutin, C-163/16, EU:C:2018:423, t. 21.).

¹⁶ Čl. 4. Uredbe 2017/1001.

¹⁷ Presuda Suda od 12. prosinca 2002. Ralf Sieckmann protiv Deutsches Patent- und Markenamt. Zahtjev za prethodnu odluku: Bundespatentgericht - Njemačka. Predmet C-273/00. Zbornik sudske prakse 2002 I-11737, Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2002:748.

¹⁸ Zvučni žig sastoji se isključivo od zvuka ili kombinacije zvukova, a zvučni znak može se registrirati kao zvučni žig isključivo kao audio zapis u kojem se reproducira zvuk ili točni prikaz zvuka notnim zapisom, pod uvjetom da je znak distinktivan (razlikovan). Vid. Presudu Općeg suda (peto prošireno vijeće) od 7. srpnja 2021., Ardagh Metal Beverage Hold-

Uredba 2017/1001 utvrđuje obvezu državama članicama odrediti, unutar svojih pravosudnih sustava, manji broj sudova i sudišta prvog i drugog stupnja, koji će biti stvarno nadležni u sporovima koji se tiču žiga.¹⁹

Sudovi za žig EU-a²⁰ isključivo su nadležni *ratione materiae* za izvanugovorne obveze i protutužbe radi opoziva ili utvrđenja ništavnosti žiga EU-a,²¹ a njihova međunarodna nadležnost propisana je Uredbom 2017/1001 kao i ograničeno Uredbom (EU) br. 1215/2012 Europskog Parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Bruxelles I bis).²²

Uvjeti za određivanje međunarodne nadležnosti su domicil ili poslovni nastan tuženika, u nedostatku navedenog domicil ili poslovni nastan tužitelja ili na kraju sjedište Ureda.²³ Prema čl. 125. st. 4. Uredbe 2017/1001 stranke se mogu sporazumjeti o nadležnosti drugog suda ili se o tome očitovati.²⁴ Moguća je izričita ili prešutna prorogacija međunarodne nadležnosti.²⁵

ings GmbH & Co. KG protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo, Predmet T-668/19, Zbornik sudske prakse – Opći zbornik, Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2021:420.

¹⁹ Čl. 123. Uredbe (EU) 2017/1001.

²⁰ Sudovi za žig EU-a određeni su u čl. 123. Uredbe 2017/1001. Države članice na svojem državnom području određuju što je moguće manji broj nacionalnih sudova i sudišta prvog i drugog stupnja, koji obavljaju funkcije koje su im dodijeljene ovom Uredbom. O svakoj promjeni koja se odnosi na broj, ime ili mjesnu nadležnost sudova koji se nalaze na popisu sudova za žig EU-a koje je država članica dostavila Komisiji u skladu s člankom 95. stavkom 2. Uredbe (EZ) br. 207/2009, dotična država članica bez odlaganja obavješćuje Komisiju.

²¹ Čl. 124. Za proglašenje žiga ništavim i njegov opoziv isključivo je stvarno nadležan EUIPO.

²² Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinaka), *SL L* 351, 20.12.2012, 1–32.

²³ Čl. 125. st. 2. Uredbe (EU) 2017/1001. Vid. Dž. Radončić, Z. Meškić, „Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima“, *Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* 1/13, Sarajevo 2013, 51–53.

²⁴ Vid. i kod V. Haubrich, E. Rechner, „Revizija prorogacije nadležnosti prema Uredbi (EU) br. 1215/2012 o nadležnosti, priznavanju i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima“, *Revija za pravo i ekonomiju*, Radovi sa Treće međunarodne naučne konferencije „Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, god. 20, br. 1, Mostar 2019, 176–205.

²⁵ Stranke mogu ugovoriti nadležnost suda jedne od država članica Europske unije, pa ukoliko su ispunjeni ostali uvjeti koje predviđaju pravila europskog građanskog procensog prava, primjenjuju se pravila o prorogaciji predviđena Uredbom. Više o tome vid. V. Haubrich, *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije i Bosne i Hercegovine*, magistrarski rad, Mostar 2009, 64–84. Vid. i V. Haubrich, „Prorogacija

U bilo kojoj od ovih postupaka, izuzev postupka za utvrđivanje nepostojanja povrede žiga EU-a, tužitelju je dopušteno pokrenuti postupak pred sudovima države članice gdje je povreda počinjena ili prijeti opasnost.

U drugim sporovima, koji se ne odnose na navedene, nadležnost je prepuštena nacionalnim sudovima država članica koji su nadležni za sporove o žigu.²⁶

2. NADLEŽNOST ZA POVREDE I VALJANOST (ISKLUČIVA NADLEŽNOST)

Isključiva nadležnost prema Uredbi 2017/1001 uređena je odredbom čl. 124. Za sve radnje koje nisu navedene u čl. 124. Uredbe 2017/1001 EU primjenjuju se odredbe Uredbe Bruxelles I bis.²⁷ Sudovi koje su odredile države članice kao sudove za žig EU prema čl. 123. Uredbe 2017/1001 imaju isključivu nadležnost:²⁸ (a) za postupke povodom tužbe zbog povrede i – ako su dopuštene nacionalnim zakonodavstvom – tužbe u odnosu na prijetnju povrede žigova EU-a;²⁹ (b) za postupke povodom tužbe za utvrđivanje nepostojanja povrede ako su one dopuštene nacionalnim zakonodavstvom; (c) za postupke povodom tužbe podnesene zbog radnji iz članka

međunarodne nadležnosti“, *Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“*, br. 7, Mostar 2009, 369–379.

²⁶ Vid. M. Sturmer, „Sporazumi o nadležnosti i mjestu ispunjenja obveze u europskom građanskom procesnom pravu“, D. Babić *et al.*, *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Zagreb 2013, 81.

²⁷ Navedeno proizlazi iz čl. 122. Uredbe 2017/1001 koji glasi „Ako ovom Uredbom nije drukčije određeno, pravila EU o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, primjenjuju se na postupke koji se odnose na žigove EU-a i prijave žiga EU-a, kao i na postupke koji se odnose na istodobne i uzastopne tužbe na temelju žigova EU-a i nacionalnih žigova.“ U slučaju postupka koji se odnosi na tužbe i tužbene zahtjeve iz čl. 124. Uredbe 2017/1001, pravila o općoj međunarodnoj nadležnosti, posebnoj međunarodnoj nadležnosti odnosno pravila koja se odnose na izvanugovorne obveze, te na privremene mjere kao i mjere osiguranja iz Uredbe Bruxelles I bis ne primjenjuju se (čl. 122. st. 2. toč. a) Uredbe (EU) 2017/1001, prema kojemu se čl. 4. i čl. 6., toč. 1., 2., 3. i 5. čl. 7. i čl. 35. Uredbe (EU) br. 1215/2012 ne primjenjuju se.). Nadalje, primjenjuju se pravila o prorogacijskoj međunarodnoj nadležnosti određena Uredbom Bruxelles I bis prema ograničenjima koja su određena čl. 125. st. 4. Uredbe 2017/1001. Također, odredbe poglavlja II. Uredbe Bruxelles I bis koje se primjenjuju na osobe s domicilom u državi članici primjenjuju i na osobe koje nemaju domicil ni u jednoj državi članici, ali imaju poslovni nastan (Vidi čl. 122. st. 2. toč. c) Uredbe (EU) 2017/1001.).

²⁸ Čl. 124. Uredbe (EU) 2017/1001.

²⁹ Sukladno čl. 127., st. 3. Uredbe 2017/1001, u postupcima povodom tužbe iz članka 124. točaka (a) i (c), prigovor u odnosu na opoziv žiga EU-a koji je podnesen drukčije nego protutužbom dopušten je ako se tuženik pozove na to da bi žig EU-a mogao opozvati zbog nedostatka stvarne uporabe u vrijeme pokretanja postupka povodom tužbe zbog povrede.

11. stavka 2.; (d) za postupke povodom protutužbe za opoziv ili za proglašavanje žiga EU-a ništavim sukladno s člankom 128.³⁰

Pravila kojima se određuje sudska nadležnost u pogledu građanskih i trgovačkih stvari uređena je Uredbom Bruxelles I bis, kako opća pravila i pravila o isključivoj međunarodnoj nadležnosti,³¹ tako i ona u pogledu izvanugovornih obveza, više tuženika te prorogacije međunarodne nadležnosti.³² Uredba Bruxelles I bis u čl. 67. propisuje da se ne dovodi u pitanje primjenu odredaba o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka o posebnim pitanjima sadržanim u posebnim propisima EU ili nacionalnom zakonodavstvu koje je usklađeno sukladno tim propisima.³³ Navedeno bi značilo da posebna pravila koja su navedena u Uredbi 2017/1001 u pogledu nadležnosti, priznanja i izvršenja sudskih odluka imaju prednost u odnosu na Uredbu Bruxelles I bis, koja djeluje ograničeno.³⁴

U Presudi Suda (peto vijeće) od 13. listopada 2022., Predmet C-256/21,³⁵ Sud je odlučio: Članak 124. točke (a) i (d) i članak 128. Uredbe (EU) 2017/1001 treba tumačiti na način da: sud za žigove EU, pred kojim se vodi postupak zbog povrede na temelju žiga EU čija se valjanost osporava protutužbom za proglašavanje žiga ništavim, ostaje nadležan za odlučivanje o valjanosti tog žiga unatoč povlačenju glavne tužbe.³⁶

³⁰ Članak 124. točku (d) Uredbe (EU) 2017/1001, u vezi s njezinim člankom 128. stavkom 1., treba tumačiti na način da se: protutužba za proglašavanje žiga EU ništavim može odnositi na sva prava koja nositelj tog žiga ima na temelju njegove registracije a da tu protutužbu u njezinu predmetu ne ograničava okvir koji je definiran tužbom zbog povrede. Presuda Suda (deseto vijeće) od 8. lipnja 2023. LM protiv KP, Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Sąd Okręgowy w Warszawie. Predmet C-654/21. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2023:462.

³¹ Vid. D. Czernich *et al.*, *Kurzkomentar Europäisches Gerichtsstandes – und Vollstreckungsrecht, EUGVO und LUGANO – ÜBEREINKOMMEN*, Lexisnexis ARD Orac, Wien 2003, 175.

³² Vid. IV poglavlje, toč. 6. Smjernica o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva.

³³ Pogledaj W. H. Rechberger, D. A. Simotta, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*, Wien 2003, 33.

³⁴ Vid. U. Schmidt, *Europäisches Zivilprozessrecht, Das 11. Buch der ZPO, Aktuelles Recht für die Praxis*, München 2004, 25.

³⁵ Presuda Suda (peto vijeće) od 13. listopada 2022., KP protiv TV i Gemeinde Bodman-Ludwigshafen, Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht München, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2022:786.

³⁶ Isti zaključak je donio i nezavisni odvjetnik: Članak 124. točku (d) i članak 128. Uredbe 2017/1001 unije treba tumačiti na način da sud za žigove EU ostaje nadležan za odlučivanje o proglašavanju ništavosti žiga EU koje se traži protutužbom u smislu članka 128. navedene uredbe čak i nakon što se valjano povukla glavna tužba zbog povrede podnesena u skladu s navedenim člankom 124. točkom (a) Uredbe. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Giovannija Pitruzzelle od 5. svibnja 2022., predmet C-256/21, KP protiv TV, Gemeinde Bod-

Iz sudske prakse koja se odnosi na sustav uspostavljen Konvencijom od 27. rujna 1968.,³⁷ kako je izmijenjena i preuzeta Uredbama 44/2001 i 1215/2012 proizlazi to da, radi dobrog sudovanja, mogućnost podnošenja protutužbe omogućava strankama da tijekom istog postupka i pred istim sucem riješe sve svoje recipročne zahtjeve koji imaju zajedničko podrijetlo i pritom osobito ima za cilj izbjegavati suvišne i višestruke postupke koji podrazumijevaju rizik kontradiktornih presuda.³⁸ Međutim, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 32. Uredbe 2017/1001, takvi su ciljevi obuhvaćeni sustavom koji je njome predviđen u cijelosti i, konkretnije, njezinim člancima 124. i 128.³⁹ Iz toga slijedi da ostvarenje tih ciljeva podrazumijeva da sud za žigove EU mora moći odlučiti o zahtjevu koji je tuženik podnio protiv tužbe zbog povrede u protutužbi za proglašavanje predmetnog žiga EU ništavim unatoč povlačenju glavne tužbe. Nasuprot tomu, primoravanje stranke koja je podnijela protutužbu da pokrene postupak pred EUIPO-om⁴⁰ u slučaju povlačenja glavnog podnositelja zahtjeva kako bi se osiguralo da se u budućnosti više ne mora braniti u odnosu na njega bilo bi protivno načelu ekonomičnosti postupka.⁴¹ S druge strane, tumačenje pojma „protutužba” na način da u slučaju povlačenja glavne tužbe više ne bi bilo moguće da sud za žigove EU odlučuje o protutužbi za proglašavanje žiga ništavim, omogućilo bi nositelju žiga EU da odustajanjem od postupka zbog povrede koji je sam pokrenuo, nastavi, ovisno o slučaju u zloj vjeri, iskorištavati žig EU koji je mogao biti registriran protivno apsolutnim razlozima za odbijanje registracije iz članka 7. stavka 1. Uredbe 2017/1001.

man-Ludwigshafen (zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht München (Visoki zemaljski sud u Münchenu, Njemačka)).

³⁷ 72/454/EEZ: Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (potpisana 27. rujna 1968.), *SL L* 299, 31.12.1972., 32–42.

³⁸ Vidjeti u tom smislu presude od 31. svibnja 2018., Nothartová, C 306/17, EU:C:2018:360, t. 21. i 22. i navedenu sudsku praksu i od 21. lipnja 2018., Petronas Lubricants Italy, C 1/17, EU:C:2018:478, t. 29. i navedenu sudsku praksu.

³⁹ Toč. 54. Predmet C-256/21.

⁴⁰ Ured Europske unije za intelektualno vlasništvo (eng. *European Union Intellectual Property Office* – EUIPO) je osnovan 1994. kao decentralizirana agencija EU, nadležna za upravljanje i registriranje žiga i dizajna Europske unije. Uloga EUIPO-a je upravljanje pravima žiga i dizajna u EU, vođenje Europskog opservatorija za povrede prava intelektualnog vlasništva, kao i baze podataka Orphan Works, odnosno Djela siročadi. Vodi i baze podataka TMview, DesingView, TMclass, Similarity, DesignClass. Vidi više EUIPO, https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-intellectual-property-office-euipo_hr, 2. 10. 2024. Tematsko izvješće, Prava intelektualnog vlasništva u EU-u: Zaštita koja nije u potpunosti pouzdana, Europski Revizorski sud, 6., 2022., <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/intellectual-property-rights-06-2022/hr/>, 11. 2. 2024.

⁴¹ Toč. 55. i 56. Presude u Predmetu C-256/21.

Takva situacija ugrozila bi učinkovito ostvarenje ciljeva koji se nastoje postići navedenom uredbom.⁴²

3. PROTUTUŽBE

Sukladno čl. 127., sudovi za žig EU-a smatraju žig EU-a valjanim, osim ako njegovu valjanost osporava tuženik protutužbom za opoziv žiga ili protutužbom za proglašavanje žiga ništavim. Valjanost žiga EU-a ne može se osporavati tužbom za utvrđivanje nepostojanja povrede.

Sukladno čl. 128. Uredbe 2017/1001., protutužba za opoziv ili za proglašavanje ništavim može se temeljiti samo na razlozima za opoziv ili razlozima za ništavost iz Uredbe 2017/1001. Sud za žig EU-a odbacuje protutužbu za opoziv ili za proglašavanje ništavosti ako se odluka koju je donio Ured, a koja se odnosi na isti predmet, iste razloge za podnošenje tužbe i iste stranke već postala pravomoćna.⁴³ Članak 59. Uredbe 2017/1001, naslovljen „Apsolutni razlozi za ništavost“, u stavku 1. točki (a) predviđa da se žig EU proglašava ništavim na zahtjev podnesen EUIPO-u ili na protutužbu podnesenu u postupku zbog povrede „kad je [taj žig] registriran protivno odredbama članka 7. [te uredbe]“. Tako Uredba 2017/1001 sa stajališta svojeg dosega izjednačava zahtjev za proglašavanje žiga ništavim podnesen EUIPO-u i protutužbu za proglašavanje ništavosti podnesenu u okviru postupka zbog povrede koji je u tijeku pred sudom za žig EU.⁴⁴

Ako je protutužba podnesena u postupku u kojem nositelj žiga nije jedna od stranaka, on o tome mora biti obaviješten i može se uključiti u postupak kao stranka u postupku u skladu s uvjetima utvrđenim nacionalnim zakonodavstvom.

Sud za žigove EU-a kojemu je podnesena protutužba za opoziv ili za proglašenje ništavosti žiga EU-a ne nastavlja s ispitivanjem protutužbe dok zainteresirana stranka ili sud ne obavijeste Ured o datumu podnošenja protutužbe. Ured tu informaciju upisuje u registar. Ako je zahtjev za opoziv ili za proglašenje žiga EU-a ništavim već bio podnesen Uredu prije nego što je podnesena protutužba, Ured o tome obavješćuje sud i zaustavlja postu-

⁴² Vidjeti u tom smislu rješenje od 30. travnja 2015., Castel Frères/EUIPO, C 622/13 P, neobjavljeno, EU:C:2015:297, t. 46. i 47. i navedenu sudsku praksu. Toč. 57. Presude u Predmetu C-256/21.

⁴³ Iz te odredbe proizlazi da, iako se protutužba za proglašavanje ništavosti u smislu navedene uredbe može temeljiti samo na razlozima za ništavost koji su izričito navedeni u istoj uredbi, ona se ipak može temeljiti na bilo kojem razlogu koji je njome predviđen. Toč. 38. Predmet C-654/21.

⁴⁴ Toč. 39. Predmet C-654/21.

pak u skladu člankom 132. stavkom 1. dok odluka o zahtjevu nije konačna ili dok se zahtjev ne povuče.⁴⁵

Kada je sud za žigove EU-a donio presudu na temelju protutužbe za opoziv ili za proglašenje ništavosti žiga EU-a koja je postala pravomoćna, sud ili bilo koja stranka u nacionalnom postupku odmah šalju jedan primjerak te presude Uredu. Ured ili bilo koja zainteresirana stranka mogu zatražiti informacije o takvom prosljeđivanju. Ured u registru navodi sudsku presudu i poduzima potrebne mjere radi usklađivanja s njezinim operativnim dijelom.⁴⁶

Sud za žig EU-a koji vodi postupak povodom protutužbe za opoziv ili za proglašavanje ništavosti može zastati s postupkom na zahtjev nositelja žiga EU-a i nakon saslušanja drugih stranaka i može zatražiti od tuženika da Uredu podnese zahtjev za opoziv ili za proglašavanje ništavosti u roku koji taj sud odredi.⁴⁷ Ako u tom roku takav zahtjev nije podnesen, postupak se nastavlja; protutužba se smatra povučenom.⁴⁸

U nedostatku definicije pojma „protutužba” u Uredbi 2017/1001, valja istaknuti da se on obično odnosi na protuzahtjev koji tuženik u postupku koji je protiv njega pokrenuo tužitelj podnosi istom sudu.⁴⁹ Iz sudske prakse proizlazi da protutužbu ne treba zamjenjivati s jednostavnim sredstvom obrane. Iako je podnesena u okviru postupka koji je pokrenut drugim pravnim sredstvom, ona je zaseban i samostalan zahtjev, koji je neovisan o glavnom zahtjevu i po kojem se može nastaviti postupati čak i ako glavni podnositelj zahtjeva bude odbijen.⁵⁰ Ako pojam „protutužba” u smislu Uredbe 2017/1001 treba shvatiti kao pravno sredstvo koje je doduše uvjetovano podnošenjem tužbe zbog povrede i koje je stoga s njom povezano, tim se pravnim sredstvom želi proširiti predmet spora i priznati zahtjev

⁴⁵ Primjenjuje se članak 64. stavci od 2. do 5.

⁴⁶ Učinak *erga omnes* potvrđen je u članku 128. stavku 6. navedene uredbe, koji predviđa da sud za žigove EU mora proslijediti presliku pravomoćne odluke na temelju protutužbe za opoziv ili za proglašavanje žiga EU ništavim EUIPO-u koji tu odluku mora upisati u registar i poduzeti potrebne mjere kako bi postupio u skladu s njezinom izrekom (vidjeti u tom smislu presudu od 19. listopada 2017., Raimund, C-425/16, EU:C:2017:776, t. 30.). Toč. 48. Presude u Predmetu C-256/21.

⁴⁷ Činjenica da, na temelju članka 128. stavka 7. Uredbe 2017/1001, nositelj žiga čija se valjanost osporava pred sudom za žigove Europske unije protutužbom može osigurati da se odluka o valjanosti tog žiga donese na kraju postupka pred EUIPO-om ne dovodi u pitanje to načelo prvenstva. Kao što to proizlazi iz samog teksta te odredbe, ona priznaje jednostavnu mogućnost zastoja postupka jer sud za žigove EU može također odlučiti o protutužbi. Toč. 45. Presude u Predmetu C-256/21.

⁴⁸ Primjenjuje se članak 132. stavak 3.

⁴⁹ Vidjeti u tom smislu presudu od 13. listopada 2022., Gemeinde Bodman-Ludwigshafen, C-256/21, EU:C:2022:786, t. 36. Toč. 31. Predmet C-654/21.

⁵⁰ Presuda od 13. listopada 2022., Gemeinde Bodman-Ludwigshafen, C-256/21, EU:C:2022:786, t. 38. i navedena sudska praksa.

koji je poseban i samostalan u odnosu na glavni zahtjev, među ostalim kako bi se proglasila ništavost predmetnog žiga.⁵¹ Stoga, podrazumijevajući proširenje predmeta spora i unatoč toj povezanosti između glavne tužbe i protutužbe, potonja postaje samostalna. Protutužba se stoga razlikuje od jednostavnog sredstva obrane i njezin ishod ne ovisi o ishodu tužbe zbog povrede povodom koje je podnesena.⁵² S obzirom na autonomnost protutužbe njezin predmet ne može biti ograničen predmetom tužbe zbog povrede u okviru koje je podnesena spomenuta protutužba.⁵³

4. PRIVREMENE I ZAŠTITNE MJERE

Sudovima države članice, uključujući sudovima za žig EU-a, može se podnijeti zahtjev za izricanje privremenih, uključujući zaštitnih, mjera u odnosu na žig EU-a ili na prijavu žig EU-a, koje postoje prema pravu te države u odnosu na nacionalni žig, čak i ako je, stvarno nadležan sud za žig EU-a druge države članice. Sud za žig EU-a čija se nadležnost temelji na članku 125. stavcima 1., 2., 3. ili 4., nadležan je za izricanje privremenih i zaštitnih mjera koje se, podložno bilo kojem postupku potrebnom za priznavanje i izvršenje sukladno s poglavljem III. Uredbe (EU) br. 1215/2012, primjenjuju na državnom području bilo koje države članice. Takvu nadležnost nema ni jedan drugi sud.⁵⁴

Nositelji prava smatraju privremene mjere nužnim instrumentom za zaštitu svojih prava. Kao što je navedeno u Direktivi o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu (Direktiva o informacijskom društvu)⁵⁵ u digitalnom okruženju, osobito, treće strane za radnje povrede sve više koriste usluge posrednika. U mnogim su slučajevima takvi posrednici u najboljem položaju da prekinu takve radnje povrede.⁵⁶

⁵¹ Presuda od 13. listopada 2022., *Gemeinde Bodman-Ludwigshafen*, C-256/21, EU:C:2022:786, t. 39.

⁵² Presuda od 13. listopada 2022., *Gemeinde Bodman-Ludwigshafen*, C-256/21, EU:C:2022:786, t. 40.

⁵³ Toč. 32–35, predmet C-654/21.

⁵⁴ Čl. 131. Uredbe 2017/1001.

⁵⁵ Direktiva 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, *SL L* 167, 22.6.2001., 10–19, uvodna izjava 59.

⁵⁶ Toč. 59. Uvodne izjave Direktive o informacijskom društvu.

5. SUDSKI NALOZI I ODGOVORNOST

Direktivom o provedbi prava intelektualnog vlasništva (DPPIV)⁵⁷ se propisuju minimalni niz mjera, postupaka i pravnih sredstava koji omogućuju učinkovitu provedbu prava intelektualnog vlasništva.⁵⁸ U tom je smislu postignut cilj usklađivanja zakonodavnih sustava država članica u pogledu provedbe prava intelektualnog vlasništva.⁵⁹ Međutim, mjere, postupci i pravna sredstva ne provode se i primjenjuju na ujednačen način u državama članicama. Razlog za to je što budući da se DPPIV-om predviđa minimalno usklađivanje (odnosno člankom 2. izričito se dopušta da se nacionalnim zakonodavstvom predvide povoljnija sredstva za nositelje prava), tumačenje odredbi Direktive nije ujednačeno i postoje razlike u nacionalnim građanskim postupcima i pravosudnim tradicijama.⁶⁰ Stoga je Komisija odlučila izdati smjernice kako bi razjasnila svoje stajalište o odredbama DPPIV za koje postoje različita tumačenja.⁶¹

DPPIV previda dvije vrste sudskih naloga. U skladu s člankom 9. stavkom 1. točkom (a) države članice obvezne su osigurati da nositelji prava mogu zatražiti privremeni sudski nalog protiv počinitelja povrede ili posrednika. Cilj je tim sudskim naložima spriječiti neposrednu povredu ili zabraniti daljnje vršenje povrede. Drugo, na temelju članka 11. države članice obvezne su osigurati da u postupku za donošenje odluke o meritumu nadležna sudska tijela mogu izdati sudski nalog ili protiv počinitelja povrede radi zabrane daljnjeg vršenja povrede ili protiv posrednika ne samo radi prestanka povreda, nego i radi sprečavanja daljnjih povreda.⁶² U tom kontekstu važno je naglasiti da se u pravu EU-a razlikuje između koncepta odgovornosti i mogućnosti izdavanja sudskih naloga protiv posred-

⁵⁷ Direktiva 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva (*SL L 157*, 30.4.2004., 45–86).

⁵⁸ Uvodna izjava 10. DPPIV-a.

⁵⁹ Radni dokument službi Komisije – Evaluacija Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva, SWD(2017) 431.

⁶⁰ Većina ispitanika smatra da se postojećim propisima učinkovito pridonijelo zaštititi intelektualnog vlasništva i sprečavanju povreda intelektualnog vlasništva, ali brojni nositelji prava i posrednici smatraju da se mjere, postupci i pravna sredstva predviđeni Direktivom ne primjenjuju ujednačeno u državama članicama. Vid. Summary of responses to the public consultation on the evaluation and modernisation of the legal framework for IPR enforcement, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/18661>, 10. 10. 2024.

⁶¹ Toč. 1. KOMUNIKACIJA KOMISIJE EUROPSKOM PARLAMENTU, VIJEĆU I EUROPSKOM GOSPODARSKOM I SOCIJALNOM ODBORU Smjernice o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva, COM/2017/0708 final.

⁶² Presuda C-324/09, L'Oréal protiv eBay, točka 131; presuda C-70/10, Scarlet Extended, točka 31; presuda C-360/10, SABAM, točka 29.

nika kako je utvrđeno u članku 9. stavku 1. točki (a) i članku 11. DPPIV-a.⁶³ Sud EU-a potvrdio je da se obveza koju države članice imaju na temelju članka 11. DPPIV-a primjenjuje neovisno o njegovoj možebitnoj osobnoj odgovornosti [tj. posrednika] u spornim događajima.⁶⁴ U članku 9. stavku 1. točki (a) i članku 11. DPPIV-a upućuje se na mogućnost izdavanja sudskih naloga posredniku čije je usluge koristila treća strana za povredu prava intelektualnog vlasništva ali se ne navodi koji se gospodarski subjekti trebaju smatrati posrednicima. Sud EU-a pojasnio je da se gospodarski subjekt može klasificirati kao posrednik u smislu tih odredaba ako pruža uslugu koju mogu koristiti jedna ili više drugih osoba za povredu jednog ili više prava intelektualnog vlasništva ili za pristup sadržajima ili proizvodima kojima se povređuju prava intelektualnog vlasništva.⁶⁵ Kako bi se kvalificirao kao takav, gospodarski subjekt ne mora nužno imati posebnu vezu s tim drugim osobama, primjerice na temelju ugovornog odnosa.⁶⁶

Stoga, primjena članka 9. stavka 1. točke (a) i članka 11. DPPIV-a nije ograničena na posebnu skupinu posrednika, nego obuhvaća različite sektore te usluge na internetu i izvan njega.⁶⁷ Sud EU-a izričito je naveo da bi se pružatelji internetskih usluga,⁶⁸ platforme društvenih mreža,⁶⁹ internetski portali za prodaju⁷⁰ i zakupnici hala tržnice⁷¹ trebali smatrati posrednicima u okolnostima spornih događaja u predmetnom pravnom postupku.

⁶³ Takva mogućnost (također neovisno o odgovornosti posrednika) predviđena je i člankom 8. stavkom 3. Direktive o informacijskom društvu.

⁶⁴ Presuda Suda EU-a (veliko vijeće) od 12. srpnja 2011., C-324/09, L'Oréal SA i drugi protiv eBay International AG i dr., EU:C:2011:474, točka 127. Vidjeti i presudu C-494/15, Tommy Hilfiger, EU:C:2016:528, točka 22. U člancima od 12. do 14. Direktive o elektroničkoj trgovini posebno se utvrđuje u odnosu na određene internetske posrednike da izuzeća od odgovornosti predviđena u tim odredbama ne utječu na mogućnost suda ili upravne vlasti da od njih zahtijeva okončanje ili sprečavanje povrede.

⁶⁵ Vidjeti presudu C-314/12 UPC Telekabel; Presuda Suda (treće vijeće) od 24. studenoga 2011.

⁶⁶ Presuda Suda EU-a (drugo vijeće) od 7. srpnja 2016., C-494/15, Tommy Hilfiger Licensing LLC i dr. protiv DELTA CENTER a.s., točka 23. U vezi s člankom 8. stavkom 3. Direktive o informacijskom društvu vidjeti i presudu C-314/12 UPC Telekabel, točke 34–35.

⁶⁷ U vezi s pružateljima usluga na internetu i izvan njega vidjeti presudu C-494/15, Tommy Hilfiger, točka 29.

⁶⁸ Presuda C-557/07, LSG-Gesellschaft, točka 46; presuda C-314/12 UPC Telekabel, točke 43–46; presuda Suda (treće vijeće) od 24. studenog 2011. C-70/10, Scarlet Extended SA protiv Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), EU:C:2011:771, točka 30.

⁶⁹ Presuda Suda EU-a (treće vijeće) od 16. veljače 2012., C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) protiv Netlog NV, EU:C:2012:85, točka 28.

⁷⁰ Presuda C-324/09, L'Oréal protiv eBay, točka 131.

Na temelju do danas dostupne sudske prakse Suda EU-a, nema razloga za pretpostavku da je taj popis iscrpan te da u skladu s tim niz drugih gospodarskih subjekata koji pružaju usluge koje mogu koristiti druge osobe za povredu prava intelektualnog vlasništva, što se utvrđuje od slučaja do slučaja, može biti obuhvaćen pojmom posrednika iz DPPIV-a. Takvi gospodarski subjekti mogu, ovisno o slučaju, uključivati pružatelje određenih usluga informacijskog društva, pružatelje poštanskih usluga i usluga dostave paketa, prijevoznika i logistička poduzeća te trgovce na malo.⁷²

Sudski nalozi izdani na temelju članka 9. stavka 1. točke (a) i članka 11. DPPIV-a trebali bi biti učinkoviti, ali ne bi trebali prelaziti granice onoga što je nužno i razmjerno u okolnostima slučaja za ostvarenje tog cilja. Može biti dovoljno otežati povrede ili ih ozbiljno obeshrabiliti, a ne moraju nužno dovesti do njihova potpunog prestanka. Međutim, s obzirom na sudsku praksu Suda EU-a, adresat sudskog naloga ne može biti obvezan poduzeti „nesnošljive žrtve“. Uvedene mjere moraju biti dovoljno precizne i učinkovite, bez potrebe da se mjerom mora osigurati prestanak povrede.⁷³ U tom pogledu trebalo bi osigurati poštovanje temeljnih prava svih uključenih strana, među ostalim i temeljnih prava trećih strana, na primjer korisnika interneta, na koje mogu utjecati mjere poduzete radi postupanja u skladu sa sudskim nalogom.⁷⁴

Mora se napraviti razlika između sudskog naloga kojim se zahtijeva uklanjanje s internetske stranice jednog ili više sadržaja kojima se vrši povreda i sudskog naloga kojim bi se u konačnici moglo obvezati posrednika da aktivno prati sve sadržaje dostupne na određenoj lokaciji kako bi se osiguralo da se ni jednim pojedinačnim sadržajem ne povređuju prava intelektualnog vlasništva.⁷⁵

⁷¹ Presuda C-494/15, Tommy Hilfiger, točka 28.

⁷² S jedne strane, uključivanje gospodarskih subjekata koji nisu sami počinili nikakvu povredu može se zahtijevati u postupku provedbe prava intelektualnog vlasništva na temelju DPPIV-a kako bi se osiguralo da nositelji prava mogu na učinkovit način ostvariti svoja prava. S druge strane, moguće je da u određenom slučaju takvo uključivanje nije opravdano ako su pružene usluge toliko daleke ili beznačajne za (navodnu) povredu da se od predmetnog gospodarskog subjekta ne može razumno očekivati znatan doprinos takvoj učinkovitoj provedbi, odnosno da bi njegovo uključivanje bilo nerazmjerno i nepotrebno opterećenje. Vid. IV poglavlje, Smjernica o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva.

⁷³ U članku 2. stavku 3. točki (a) DPPIV-a navedeno je da Direktiva ne utječe na Direktivu o elektroničkoj trgovini, a posebno njezine članke od 12. do 15.

⁷⁴ Vid. IV poglavlje, Smjernica o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva.

⁷⁵ Vid. IV poglavlje, toč. 3. Smjernica o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva.

Kada nadležna sudska tijela nalažu posrednicima da poduzmu određene mjere za sprečavanje daljnjih povreda u skladu s člankom 9. stavkom 1. točkom (a) i člankom 11. DPPIV-a, ona mogu, prema potrebi, izdati sudske naloge koji podrazumijevaju posebne obveze praćenja. Međutim, zabranom uvođenja opće obveze praćenja u skladu s člankom 15. stavkom 1. Direktive o elektroničkoj trgovini i člankom 3. DPPIV-a, u vezi sa zahtjevima koji proizlaze iz primjenjivih temeljnih prava, isključuje se mogućnost da se takvim sudskim nalogima posrednicima nameću obveze instaliranja i upravljanja preopširnim, nepreciznim i skupim sustavima za filtriranje takve vrste i u takvim okolnostima kao u predmetima *Scarlet Extended* (Presuda (C-70/10))⁷⁶ i *SABAM* (Presuda C-360/10)⁷⁷.⁷⁸

5.1. Digitalni dokazi

Mogućnost da se snimke zaslona upotrebljavaju kao dokazi u pravnim postupcima pokrenutima na temelju DPPIV-a koja je predviđena nacionalnim pravom nekih država članica, pod uvjetom da su proizvodi ili usluge kojima se navodno vrši povreda dovoljno vidljivi i precizno prikazani te da su u skladu s određenim postupovnim zaštitnim mjerama, može se prema mišljenju Komisije smatrati najboljom praksom. Ovisno o nacionalnim

⁷⁶ Judgment of the Court (Third Chamber) of 24 November 2011. *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Bruxelles – Belgium. Case C-70/10. Reports of Cases 2011 I-11959, ECLI:EU:C:2011:771.

⁷⁷ Judgment of the Court (Third Chamber), 16 February 2012., *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV*, Reference for a preliminary ruling from the rechtbank van eerste aanleg te Brussel, Case C-360/10, Reports of Cases, published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general), ECLI:EU:C:2012:85.

⁷⁸ U predmetima *Scarlet Extended* i *SABAM* Sud EU-a pojasnio je ograničenja područja primjene sudskog naloga koji proizlaze iz tih odredaba kao i iz primjenjivih temeljnih prava predmetnih stranaka. Predmet *Scarlet Extended* odnosi se na sustav koji je trebao instalirati pružatelj internetskih usluga za filtriranje: svih elektroničkih komunikacija koje se prenose s pomoću njegovih usluga, posebice upotrebom softvera peer-to-peer, koji se primjenjuje podjednako na sve korisnike, kao preventivnu mjeru, isključivo na vlastiti trošak i na neograničeno razdoblje, koji može na pružateljevoj mreži identificirati kretanje elektroničkih datoteka koje sadržavaju glazbu, kinematografsko ili audiovizualno djelo u odnosu na koje prijavitelj tvrdi da ima pravo intelektualnog vlasništva kako bi onemogućio prijenos datoteka čijim se dijeljenjem povređuju autorska prava. Predmet *SABAM* odnosi se na vrlo sličan sustav koji je pružatelj usluga smještaja na poslužitelju trebao instalirati za informacije koje se pohranjuju na njegovim poslužiteljima. U oba je slučaja Sud EU-a zaključio da zahtijevanje od predmetnih pružatelja da instaliraju takve opće sustave za filtriranje nije u skladu s člankom 15. Direktive o elektroničkoj trgovini i člankom 3. DPPIV-a tumačeno u svjetlu zahtjeva koji proizlaze iz zaštite primjenjivih temeljnih prava.

pravnim sustavima, takve zaštitne mjere mogu uključivati primjerice obvezu da takve dokaze prikuplja javni bilježnik ili sudski izvršitelj.⁷⁹

U Zajedničkoj komunikaciji dokazi u žalbenim postupcima koji se odnose na žigove: podnošenje, struktura i prednošenje dokaza te postupanje s povjerljivim dokazima iz 2021., navodi se da ispisi s mrežnih stranica koje se ne mogu uređivati trebali bi sadržavati upućivanje na datume i mjesta na kojima su, na primjer, relevantni proizvodi stavljeni na tržište ili na kojima je korišten odgovarajući materijal (kao što je promotivni materijal prikazan na ispisima itd.).⁸⁰ Te je preporuka u načelu, da nema potrebe za podnošenjem dokaza kojima se potkrepljuju ispisi ili snimke zaslona⁸¹ s mrežnih stranica koje se ne mogu uređivati (osim ako im se proturječi ili suprotstavlja ili nedostaju odgovarajući podaci ili ako su dokazi prikupljeni s mrežnih stranica koje se ne mogu uređivati u vlasništvu zainteresiranih strana).⁸²

6. POSEBNA PRAVILA O POVEZANIM POSTUPCIMA

Sud za žig EU-a koji vodi postupak iz članka 124., osim postupka za utvrđivanje nepostojanja povrede, osim ako postoje posebni razlozi za nastavak postupka, po službenoj dužnosti, nakon saslušanja stranaka, ili, na zahtjev jedne od stranaka i nakon saslušanja drugih stranaka, zastaje s postupkom kad se valjanost žiga EU-a već osporava protutužbom pred

⁷⁹ U nekim je državama članicama (Belgija, Francuska i Poljska) trenutačna praksa nadležnih sudskih tijela prihvatiti snimke zaslona kao dokaz, pod uvjetom da ih je napravio javni bilježnik ili sudski izvršitelj i da su proizvodi ili usluge kojima se navodno vrši povreda dovoljno vidljivi i precizno prikazani. Budući da ne postoje izričita pravila u tom pogledu, Komisija je mišljenja da se takva praksa DPPIV-om nužno ne zahtijeva. Međutim, vjeruje da je takav pristup općenito u skladu s DPPIV-om te se može smatrati najboljom praksom jer može biti dobar odgovor na prethodno navedene potrebe stranaka, a istovremeno osigurati dostatnu razinu sigurnosti u pogledu točnosti i pouzdanosti dokaza na temelju kojih nadležno sudsko tijelo mora donijeti odluku. Vid. IV poglavlje, Smjernica o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva.

⁸⁰ Vid. Presudu od 12. 9. 2007., T-164/06, BASICS, EU:T:2007:274, st. 50. Zajednička komunikacija dokazi u žalbenim postupcima koji se odnose na žigove: podnošenje, struktura i prednošenje dokaza te postupanje s povjerljivim dokazima, 2021., EUIPN, 11.

⁸¹ Digitalna slika koja nastaje snimkom dijela ili svih informacija prikazanih na digitalnom zaslonu (npr. računalnom zaslonu, televiziji ili mobilnom uređaju) u određenom trenutku. Zajednička komunikacija dokazi u žalbenim postupcima koji se odnose na žigove: podnošenje, struktura i prednošenje dokaza te postupanje s povjerljivim dokazima, 2021., EUIPN, 11.

⁸² Vid. A. Huseinbegović, V. Haubrich, E. Rechner, „Elektronički dokazi u parničnom postupku – modernizacija parničnog postupka“, *Revija za pravo i ekonomiju*, „Pravni i ekonskopski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, 23–53.

drugim sudom za žig EU-a ili kad je Uredu već podnesen zahtjev za opoziv ili zahtjev za proglašavanje tog žiga ništavim.⁸³

Ured, kad vodi postupak povodom zahtjeva za opoziv ili zahtjeva za proglašavanje ništavim, osim ako postoje posebni razlozi za nastavak postupka, po službenoj dužnosti, nakon saslušanja stranaka ili, na zahtjev jedne od stranaka i nakon saslušanja drugih stranaka, zastaje s postupkom kad se valjanost žiga EU-a već osporava protutužbom pred sudom za žig EU-a. Međutim, ako jedna od stranaka u postupku pred sudom za žig EU-a to zatraži, sud može zastati s postupkom nakon saslušanja drugih stranaka u tom postupku. U tom slučaju, Ured nastavlja postupak koji se pred njim vodi.⁸⁴

Kad sud za žig EU-a zastane s postupkom, on može tijekom trajanja zastoja odrediti privremene mjere, uključujući zaštitne mjere.

U okviru sustava uspostavljenog Uredbom 2017/1001, kojom je, uspostavljen jedinstveni karakter žiga EU, zakonodavac Unije namjeravao, kao i EUIPO-u, sudovima za žigove EU na temelju njihovih odluka o protutužbama povjeriti nadležnost za provjeru valjanosti žigova EU.⁸⁵ U tom pogledu, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 32. te uredbe, odluke o valjanosti žiga EU imaju učinak *erga omnes* u cijeloj Uniji, i kad potječu od EUIPO-a i kad su donesene temeljem protutužbe podnesene sudu za žigove EU.⁸⁶

S druge strane, odluka suda za žigove EU donesena povodom tužbe zbog povrede ima učinke samo *inter partes*, zbog čega takva odluka, jednom kad postane konačna, obvezuje samo stranke koje su sudjelovale u tom postupku.⁸⁷

Presudom od 28. svibnja 2020., Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (We IntelliGence the World)⁸⁸ Opći sud poništio je odluke žalbenog vijeća EUIPO-a jer nije obustavio predmetne žalbene postupke iako je smatrao da je obustava opravdana zbog postojanja usporednih postupaka u tijeku. U predmetnom je slučaju tužitelj, društvo Cinkciarz.pl

⁸³ Posebna pravila o povezanim postupcima regulirana su čl. 132. Uredbe 2017/1001.

⁸⁴ Naime, sud za žigove EU mora zastati s postupkom koji se pred njim vodi samo ako je zahtjev za opoziv ili proglašenje ništavosti predmetnog žiga EU već bio podnesen EUIPO-u prije nego što je podnesena protutužba, u skladu s člankom 128. stavkom 4. navedene uredbe. Toč. 46. Presude u Predmetu C-256/21.

⁸⁵ Toč. 47. Presude u Predmetu C-256/21.

⁸⁶ Vidjeti u tom smislu presudu od 19. listopada 2017., Raimund, C-425/16, EU:C:2017:776, t. 28. i 29. Toč. 48. Presude u Predmetu C-256/21.

⁸⁷ Vidjeti u tom smislu presudu od 19. listopada 2017., Raimund, C-425/16, EU:C:2017:776, t. 31. Toč. 50. Presude u Predmetu C-256/21.

⁸⁸ Predmeti T-84/19 i T-88/19 do T-98/19. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”, Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2020:231.

sp. z o.o., podnio dvanaest prijava za registraciju figurativnih žigova EU. MasterCard International, intervenijent, podnio je prigovor protiv registracije tih žigova.⁸⁹ Osim toga, postupak koji se odnosi na registraciju isključivo figurativnog znaka €\$ kao žiga, elementa koji se na isti način javlja u četirima od dvanaest predmetnih žigova, također je bio u tijeku pred EUIPO-om,⁹⁰ kojom je Opći sud zbog nedostatnosti obrazloženja poništio odluku žalbenog vijeća kojom je odbijena registracija figurativnog žiga €\$. Nakon te presude predmet je ponovno bio u tijeku pred žalbenim vijećem. U dvanaest je odluka Odjel za prigovore, nakon što je ocijenio da suprotstavljeni znakovi nisu slični, odbio prigovore. Žalbeno vijeće smatralo je da znakovi o kojima je riječ imaju nizak stupanj vizualne sličnosti. Ono je stoga poništilo odluke Odjela za prigovore i vratilo mu predmete na ponovno odlučivanje, preporučivši mu obustavu postupka povodom prigovora dok se ne donesu konačne odluke o valjanosti ranijih crno-bijelih žigova kao i o registraciji isključivo figurativnog žiga €\$. Tužitelj je prigovorio žalbenom vijeću da nije obustavilo različite postupke povodom prigovora iako je utvrdilo da je ta obustava opravdana. Opći sud najprije je podsjetio na to da žalbeno vijeće može obustaviti postupak povodom prigovora ako okolnosti slučaja opravdavaju takvu obustavu, na vlastitu inicijativu ili na obrazloženi zahtjev jedne od stranaka (u skladu s člankom 71. stavkom 1. Delegirane uredbe Komisije (EU) 2018/625 od 5. ožujka 2018. o dopuni Uredbe (EU) 2017/1001 i stavljanju izvan snage Delegirane uredbe (EU) 2017/1430). Osim toga, široka diskrecijska ovlast kojom u tom pogledu raspolaže ograničava nadzor suda Unije u pogledu merituma na provjeru nepostojanja očite pogreške u ocjeni ili zlouporabe ovlasti.⁹¹ Međutim, postojanje usporednog postupka čiji ishod može imati utjecaj na postupak povodom prigovora ne znači da taj postupak nužno treba obustaviti niti da je neobustavljanje samo po sebi dovoljno kako bi se kvalificiralo postojanje očite pogreške u ocjeni. U tom pogledu je odlučeno da, u okviru odgađanja interesa o kojima je riječ, žalbeno vijeće mora osobito provesti *prima facie* ocjenu vjerojatnosti da bi usporedni postupak koji je potenci-

⁸⁹ Prigovori su se temeljili na sedam ranijih žigova EU, među kojima su bila dva crno-bijela figurativna žiga, koja predstavljaju krugove koji se isprepliću i crno-bijele diskove, protiv kojih je tužitelj podnio zahtjeve za proglašavanje žigova ništavima.

⁹⁰ Taj je postupak doveo do presude od 8. ožujka 2018., Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$) (T-665/16, neobjavljena, EU:T:2018:125).

⁹¹ U slučaju kada tijelo Unije raspolaže širokom diskrecijskom ovlašću, poštovanje prava koje jamči pravni poredak Unije u upravnim postupcima od temeljne je važnosti. Među tim su jamstvima osobito obveza nadležnog tijela da pažljivo i nepristrano ispita sve relevantne elemente predmetnog slučaja i pravo zainteresiranih osoba da dovoljno obrazloži odluku. Samo tako sud Unije može provjeriti jesu li prikupljeni činjenični i pravni elementi o kojima ovisi izvršavanje diskrecijske ovlasti (presuda od 21. studenoga 1991., Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, t. 14.). Toč. 57. Predmeti T-84/19 i T-88/19 do T-98/19.

jalno relevantan mogao dovesti do odluke koja bi imala utjecaj na žalbeni postupak⁹² i da, ako ta ocjena dovede do utvrđenja slabe vjerojatnosti, odvagivanje interesa preteže u korist legitimnog interesa protivne strane da dobije odluku o prigovoru.⁹³ Nadalje, Opći sud istaknuo je da je žalbeno vijeće ispitalo predmetne žalbe a da nije obrazložilo svoju konačnu odluku o neobustavljanju postupaka, iako je smatralo da je njihova obustava opravdana. Međutim, takva razmatranja odgovaraju ocjeni koja je uvjetovala obustavu postupka. Osim toga, ta su razmatranja upućivala na to da su postojale značajne vjerojatnosti da bi usporedni postupci doveli do odluka koje bi mogle utjecati na žalbene postupke, čime odvagivanje postojećih interesa preteže u korist tužitelja. Osim toga, s obzirom na to da se iz općenitih i kategoričkih navoda ne može zaključiti da je žalbeno vijeće učinkovito izvršilo široku diskrecijsku ovlast koja mu je dodijeljena.⁹⁴ A *fortiori*, to mora biti slučaj kada nije dano nikakvo obrazloženje u pogledu ključne ocjene u tom području koja proizlazi iz odvagivanja postojećih interesa, i to tim više ako odluka žalbenog vijeća sadržava dvojaka razmatranja u pogledu te ocjene.⁹⁵ Naposljetku, Opći sud istaknuo je da ispitivanje obustave postupka pred žalbenim vijećem treba prethoditi ispitivanju postojanja vjerojatnosti dovođenja u zabludu. Slijedom toga, ako žalbeno vijeće smatra da je obustava postupka opravdana, ono nema drugog izbora nego odrediti tu obustavu pa stoga ne može ispitivati žalbu. Opći sud stoga je zaključio da žalbeno vijeće, s obzirom na to da je smatralo da je obustava postupka opravdana, nije moglo odlučiti o žalbama te nije moglo donijeti nikakvu preporuku Odjelu za prigovore jer svako vraćanje predmeta Odjelu za prigovore na ponovno odlučivanje podrazumijeva ispitivanje žalbi te stoga čini pogrešku koja se tiče prava.

7. NADLEŽNOST SUDOVA ZA ŽIG EU-A DRUGOG STUPNJA

Protiv odluka sudova za žig EU-a prvog stupnja donesenih u postupcima povodom tužbi i tužbenih zahtjeva iz članka 124., može se podnijeti žalba⁹⁶ sudovima za žig EU-a drugog stupnja. Uvjeti pod kojima se žalba

⁹² Vidjeti u tom smislu presude od 17. veljače 2017., Unilever/EUIPO – Technopharma (Fair & Lovely), T-811/14, neobjavljenu, EU:T:2017:98, t. 67. i navedenu sudsku praksu i od 14. veljače 2019., ALTUS, T-162/18, neobjavljenu, EU:T:2019:87, t. 44. i navedenu sudsku praksu

⁹³ Vidjeti u tom smislu presudu od 21. listopada 2015., Petco Animal Supplies Stores/OHIM – Gutiérrez Ariza (PETCO), T-664/13, EU:T:2015:791, t. 35. Toč. 51. Predmeti T-84/19 i T-88/19 do T-98/19.

⁹⁴ Vidjeti u tom smislu presudu od 26. rujna 2013., Centrotherm Systemtechnik/OHIM i centrotherm Clean Solutions, C 610/11 P, EU:C:2013:593, t. 110.

⁹⁵ Toč. 74. Predmeti T-84/19 i T-88/19 do T-98/19.

⁹⁶ Na temelju ustaljene sudske prakse Suda, u žalbi se moraju jasno navesti osporavani dijelovi presude čije se ukidanje traži kao i pravni argumenti koji posebno podupiru taj

može podnijeti sudovima za žig EU-a drugog stupnja određuju se nacionalnim zakonodavstvom države članice u kojoj se taj sud nalazi.

Na odluke sudova za žig EU-a drugog stupnja primjenjuju se nacionalna pravila koja se odnose na daljnje pravne lijekove.⁹⁷

8. PRAVILO LITISPENDENCIJE PREMA UREDBI 2017/1001

Kad se postupci povodom tužbe zbog povrede prava koji se temelje na istom razlogu i vode između istih stranaka pokreću na sudovima različitih država članica, jedan na temelju žiga EU-a, a drugi na temelju nacionalnog žiga: (a) sud koji nije prvi pokrenuo postupak po službenoj se dužnosti odriče nadležnosti u korist suda koji je prvi pokrenuo postupak kad su odnosni žigovi istovjetni i kad odnose se na istovjetne proizvode ili usluge. Sud koji bi bio obavezan odreći se nadležnosti može zastati sa svojim postupkom ako se nadležnost drugog suda osporava; (b) sud koji nije prvi pokrenuo postupak može zastati sa svojim postupkom kad su odnosni žigovi istovjetni i kad se odnose na slične proizvode ili usluge i kad su odnosni žigovi slični i kad se odnose na istovjetne ili slične proizvode ili usluge.

Sud koji vodi postupak povodom tužbe zbog povrede na temelju žiga EU-a odbacuje tužbu ako je konačna presuda o meritumu donesena u postupku koji se vodio zbog istih razloga za podnošenje tužbe i između istih stranaka na temelju istovjetnog nacionalnog žiga koji se odnosi na istovjetne proizvode ili usluge.⁹⁸

Sud koji vodi postupak povodom tužbe zbog povrede na temelju nacionalnog žiga odbacuje tužbu ako je konačna presuda o meritumu donesena u postupku koji se vodio zbog istih razloga za podnošenje tužbe i između istih stranaka na temelju istovjetnog žiga EU-a koji se odnosi na istovjetne proizvode ili usluge.

U predmetu C-231/16 od 19. listopada 2017. godine,⁹⁹ Sud EU odlučio je o primjeni čl. 136. Uredbe 2017/1001 (109. Uredbe (EU) 207/2009) na zahtjev za prethodnom odlukom njemačkog suda za žigove EU (Landge-

zahtjev te se u biti ne smije raditi samo o zahtjevu za preispitivanje tužbe podnesene Općem sudu (presuda od 18. listopada 2018., Gul Ahmed Textile Mills/Vijeće, C-100/17 P, EU:C:2018:842, t. 45. i navedena sudska praksa). Toč. 44. Presuda Suda (drugo vijeće) od 31. listopada 2019., Repower AG protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo, Predmet C-281/18 P. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2019:916.

⁹⁷ Čl. 133. Uredbe 2017/1001.

⁹⁸ Vid. M. Radelja, D. Zgrabljic Rotar, „Novela pravila o litispendenciji prema Uredbi Bruxelles I. na snazi od 10. siječnja 2015. godine“, *Hrvatska pravna revija*, br. 2, Zagreb 2016.

⁹⁹ Presuda Suda (drugo vijeće) od 19. listopada 2017., Merck KGaA protiv Merck & Co. Inc. i dr., Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Landgericht Hamburg. Predmet C-231/16., Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2017:771.

richt Hamburg).¹⁰⁰ Sud EU odlučio je da je uvjet „istih razloga“ ispunjen kad se postupci povodom tužbe zbog povrede koji se temelje na nacionalnom žigu odnosno žigu EU vode između istih stranaka pred sudovima različitih država članica samo u opsegu u kojem se ti postupci odnose na navodnu povredu nacionalnog žiga i žiga EU koji su istovjetni na državnom području istih država članica. U situaciji kada su postupke povodom tužbi zbog povrede – prvi na temelju nacionalnog žiga u pogledu navodne povrede na državnom području jedne države članice, a drugi na temelju žiga EU u pogledu navodne povrede koja se odnosi na cijelo područje EU – pokrenule iste stranke pred različitim sudovima država članica, sud koji nije prvi pokrenuo postupak mora se oglasiti nenadležnim u pogledu dijela zahtjeva koji se odnosi na državno područje države članice na koje se odnosi postupak povodom tužbe zbog povrede pred sudom koji je prvi pokrenuo postupak. Sud EU naglašava da u čl. 109. st. 1. Uredbe o žigu EU postojanje uvjeta „istog razloga“ treba tumačiti na način da navedeni uvjet više nije ispunjen kad se nakon tužiteljeva djelomičnog povlačenja, pod uvjetom da se to valjano učini, tužbe zbog povrede na temelju žiga EU koja je najprije bila podnesena s ciljem zabrane uporabe tog žiga na području Unije, pri čemu se takvo povlačenje tužbe odnosi na državno područje države članice na koje se odnosi tužba zbog povrede podnesena pred sudom koji je prvi pokrenuo postupak na temelju nacionalnog žiga s ciljem zabrane uporabe tog žiga na nacionalnom području – predmetne tužbe više ne odnose na navodnu povredu nacionalnog žiga i žiga EU koji su istovjetni na području istih država članica. Nadalje, navodi da istu odredbu treba tumačiti na način da se, u slučaju istovjetnosti žigova, sud koji nije prvi pokrenuo postupak mora odreći nadležnosti u korist suda koji je prvi pokrenuo postupak samo u opsegu u kojem se navedeni žigovi odnose na istovjetne proizvode ili usluge.¹⁰¹

Cilj pravila litispendencije koji su uređeni odredbama čl. 136. Uredbe 2017/1001 je izbjegavanje donošenja proturječnih presuda u postupcima u koje su uključene iste stranke i koji se temelje na istim činjenicama, a pokrenuti su na temelju žiga EU i paralelnih nacionalnih žigova.¹⁰²

¹⁰⁰ Zahtjev je upućen u okviru spora između društava Merck KGaA, s jedne strane, te Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Corp i MSD Sharp & Dohme GmbH, s druge strane, u vezi sa zahtjevima prvonavedenog za mjere zabrane potonjim društvima uporabe pojma „MERCK“ u imenima domena i na platformama društvenih medija na internetu te u trgovačkim nazivima kako u Njemačkoj tako i na ostalom području EU.

¹⁰¹ Toč. 63. Predmet C-231/16.

¹⁰² Vid. A. Huseinbegović, V. Haubrich, „Litispendencija prema građanskom procesnom pravu Europske unije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, Zbornik sa II. Međunarodne naučne konferencije „Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju“, god. 18, br. 1, Mostar 2017, 9–29.

9. ZAKLJUČAK

Uredba 2017/1001 utvrđuje obvezu državama članicama odrediti, unutar svojih pravosudnih sustava, manji broj sudova i sudišta prvog i drugog stupnja, koji će biti stvarno nadležni u sporovima koji se tiču žiga. Sudovi za žig EU-a isključivo su nadležni za izvanugovorne obveze i protutužbe radi opoziva ili utvrđenja ništavnosti žiga EU-a.

Sudovi za žig EU-a smatraju žig EU-a valjanim, osim ako njegovu valjanost osporava tuženik protutužbom za opoziv žiga ili protutužbom za proglašavanje žiga ništavim. Protutužba za opoziv ili za proglašavanje ništavim može se temeljiti samo na razlozima za opoziv ili razlozima za ništavost iz Uredbe 2017/1001. Iz sudske prakse proizlazi da protutužbu ne treba zamjenjivati s jednostavnim sredstvom obrane. Ona je zaseban i samostalan zahtjev, koji je neovisan o glavnom zahtjevu i po kojem se može nastaviti postupati čak i ako glavni podnositelj zahtjeva bude odbijen. Njezin predmet ne može biti ograničen predmetom tužbe zbog povrede u okviru koje je podnesena spomenuta protutužba.

DPPIV previđa dvije vrste sudskih naloga. U skladu s člankom 9. stavkom 1. točkom (a) države članice obvezne su osigurati da nositelji prava mogu zatražiti privremeni sudski nalog protiv počinitelja povrede ili posrednika. Drugo, na temelju članka 11. države članice obvezne su osigurati da u postupku za donošenje odluke o meritumu nadležna sudska tijela mogu izdati sudski nalog ili protiv počinitelja povrede radi zabrane daljnjeg vršenja povrede ili protiv posrednika ne samo radi prestanka povreda, nego i radi sprečavanja daljnjih povreda. Primjena članka 9. stavka 1. točke (a) i članka 11. DPPIV-a nije ograničena na posebnu skupinu posrednika, nego obuhvaća različite sektore te usluge na internetu i izvan njega. Sud EU-a izričito je naveo da bi se pružatelji internetskih usluga, platforme društvenih mreža, internetski portali za prodaju i zakupnici hala tržnice trebali smatrati posrednicima u okolnostima spornih događaja u predmetnom pravnom postupku.

U okviru sustava uspostavljenog Uredbom 2017/1001, zakonodavac Unije namjeravao je, kao i EUIPO-u, sudovima za žigove Europske unije na temelju njihovih odluka o protutužbama povjeriti nadležnost za provjeru valjanosti žigova Europske unije. U tom pogledu, odluke o valjanosti žiga Europske unije imaju učinak *erga omnes* u cijeloj Uniji, i kad potječu od EUIPO-a i kad su donesene temeljem protutužbe podnesene sudu za žigove Europske unije. S druge strane, odluka suda za žigove Europske unije donesena povodom tužbe zbog povrede ima učinke samo *inter partes*, zbog čega takva odluka, jednom kad postane konačna, obvezuje samo stranke koje su sudjelovale u tom postupku.

Iako je regulatorni okvir ostvario pozitivne učinke, ipak je, još niz problema u provedbi zaštite prava žiga EU. Mnogi nositelji prava žale se na otežani pristup pravosuđu, dugotrajne i skupe postupke i neizvjesne ishode. Općenito se čini da čimbenici poput razlika u nacionalnim građansko-pravnim tradicijama i sudskim praksama još uvijek koče razvoj predvidivog i usklađenog sustava provedbe prava intelektualnog vlasništva u EU-u.

Veća transparentnost i predvidivost bila bi od velike koristi, posebice MSP-ovima. Potrebno je povećati mogućnosti specijalizacije sudaca jer su oni bitni za učinkovitu primjenu mjera, postupaka i pravnih sredstava. Specijalizacije mogu donijeti važne prednosti, osobito brže, učinkovitije i dosljednije odluke koje jamče veću pravnu sigurnost.

Transparentnost u pogledu presuda o provedbi prava intelektualnog vlasništva ključni je preduvjet za razmjenu znanja diljem jedinstvenog tržišta, veću predvidivost i prekograničnu raspravu među stručnjacima u području prava intelektualnog vlasništva. Potrebno je sustavno objavljivanje sudskih odluka u postupcima povezanim s povredama prava žiga, a posebno odluke žalbenih i viših sudova.

Uz učinkovitije sustave sudskog izvršenja trebalo bi uzeti u obzir i mogućnost daljnjeg razvoja instrumenata za alternativno rješavanje sporova. Primjena alternativnog rješavanja sporova u okviru mirenja i arbitraže može poslužiti kao alternativno sredstvo provedbe prava intelektualnog vlasništva.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Czernich, Dietmar, Tiefenthaler, Stefan, Kodek, Georg, Heiss, Helmut, *Kurzkomentar Europäisches Gerichtsstandes – und Vollstreckungsrecht, EUGVO und LUGANO – UBEREINKOMMEN*, Lexisnexis ARD Orac, Wien 2003;
2. Haubrich, Viktorija, Rechner, Ernest, „Revizija prorogacije nadležnosti prema Uredbi (EU) br. 1215/2012 o nadležnosti, priznavanju i ovrši sudskih odluka u građanskim u trgovačkim stvarima“, *Revija za pravo i ekonomiju*, Radovi sa Treće međunarodne naučne konferencije „Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, god. 20, br. 1, Mostar 2019;
3. Haubrich, Viktorija, *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije i Bosne i Hercegovine*, magistarski rad, Mostar 2009;
4. Haubrich, Viktorija, „Prorogacija međunarodne nadležnosti“, *Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“*, br. 7, Mostar 2009;

5. Huseinbegović, Alena, Haubrich, Viktorija, „Litispendingija prema građanskom procesnom pravu Europske unije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, Zbornik sa II. Međunarodne naučne konferencije „Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju“, god. 18, br. 1, Mostar 2017;
6. Huseinbegović, Alena, Haubrich, Viktorija, Rechner, Ernest, „Elektro-nički dokazi u parničnom postupku – modernizacija parničnog postupka“, *Revija za pravo i ekonomiju*, „Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju“, Pravni fakultet Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru;
7. Radelja, Marija, Zgrabljic Rotar, Dora, „Novela pravila o litispendingiji prema Uredbi Bruxelles I. na snazi od 10. siječnja 2015. godine“, *Hrvatska pravna revija*, br. 2, Zagreb 2016;
8. Radončić, Dženana, Meškić, Zlatan, „Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima“, *Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* 1/13, Sarajevo 2013;
9. Schmidt, Uwe, *Europäisches Zivilprozessrecht, Das 11. Buch der ZPO, Aktuelles Recht für die Praxis*, München 2004;
10. Sturmer, M., „Sporazumi o nadležnosti i mjestu ispunjenja obveze u europskom građanskom procesnom pravu“, D. Babić, E. Čulinović Herc, J. Garašić, I. Goranić, N. Grković, W. Hau, M. Kengyel, E. Kunštek, V. Lazić, D. Martiny, C. Meller Hannich, V. Rijavec, M. Sturmer, M. Župan, *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Zagreb 2013;
11. Vidić, Marija, Šego Marić, Ivona, Kolobara, Viktor, „Od znaka trgovca do žiga Europske unije“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god. 21, br. 1, Mostar 2020.

Pravni propisi

1. Uredba (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. o žigu Europske unije (kodificirani tekst) (Tekst značajan za EGP), *SL L* 154, 16.6.2017;
2. Direktiva (EU) 2015/2436 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2015. o usklađivanju zakonodavstava država članica o žigovima (preinaka) (Tekst značajan za EGP), *SL L* 336, 23.12.2015;
3. Delegirana uredba Komisije (EU) 2018/625 od 5. ožujka 2018. o dopuni Uredbe (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća o žigu Europske unije i o stavljanju izvan snage Delegirane uredbe (EU) 2017/1430, *C/2018/1231, SL L* 104, 24.4.2018;
4. Provedbena uredba Komisije (EU) 2018/626 od 5. ožujka 2018. o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu određenih odredbi Uredbe (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća o žigu Europske unije i o stavljanju izvan snage Provedbene uredbe (EU) 2017/1431, *C/2018/1225, SL L* 104, 24.4.2018;

5. Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinaka), *SL L* 351, 20.12.2012;
6. Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (potpisana 27. rujna 1968.), *SL L* 299, 31.12.1972;
7. Direktiva 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, *SL L* 167, 22.6.2001;
8. Direktiva 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva (*SL L* 157, 30.4.2004.);
9. Radni dokument službi Komisije – Evaluacija Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva, SWD(2017);
10. KOMUNIKACIJA KOMISIJE EUROPSKOM PARLAMENTU, VIJEĆU I EUROPSKOM GOSPODARSKOM I SOCIJALNOM ODBORU Smjernice o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva, COM/2017/0708 final;
11. Zajednička komunikacija dokazi u žalbenim postupcima koji se odnose na žigove: podnošenje, struktura i predložanje dokaza te postupanje s povjerljivim dokazima, 2021., EUIPN;
12. Preporuka Komisije (EU) 2024/915 od 19. ožujka 2024. o mjerama za borbu protiv krivotvorenja i jačanje provedbe prava intelektualnog vlasništva, Bruxelles, 19.3.2024. C(2024) 1739 final.

Sudska praksa

1. Presuda Općeg suda (osmo vijeće) od 7. prosinca 2017. The Coca-Cola Company protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo, T-61/16, Zbornik sudske prakse objavljen(a) u digitalnom Zborniku (Opći zbornik), (Osporavana odluka: R 1251/2015-4), ECLI:EU:T:2017:877;
2. Presuda Suda od 12. prosinca 2002. Ralf Sieckmann protiv Deutsches Patent- und Markenamt. Zahtjev za prethodnu odluku: Bundespatentgericht - Njemačka. Predmet C-273/00. Zbornik sudske prakse 2002 I-11737, Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2002:748;
3. Presuda Općeg suda (peto prošireno vijeće) od 7. srpnja 2021., Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo, Predmet T-668/19, Zbornik sudske prakse – Opći zbornik, Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2021:420;
4. Presuda Suda (deseto vijeće) od 8. lipnja 2023. LM protiv KP., Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Sąd Okręgowy w Warszawie. Predmet C-654/21. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2023:462;
5. Presuda Suda (peto vijeće) od 13. listopada 2022., KP protiv TV i Gemeinde Bodman-Ludwigshafen, Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht München, Predmet C-256/21, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2022:786;

6. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Giovannija Pitruzzelle od 5. svibnja 2022., Predmet C-256/21, KP protiv TV, Gemeinde Bodman-Ludwigshafen (zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht München (Visoki zemaljski sud u Münchenu, Njemačka);
7. Presuda Suda (peto vijeće) od 7. rujna 2023. Beverage City & Lifestyle GmbH i dr. protiv Advance Magazine Publishers, Inc., Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht Düsseldorf. Predmet C-832/21. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik, Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2023:635;
8. Presuda Suda (peto vijeće) od 17. prosinca 2020., Husqvarna AB protiv Lidl Digital International GmbH & Co. KG., Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof. Predmet C-607/19., ECLI identifier: ECLI:EU:C:2020:1044;
9. Presuda Suda (drugo vijeće) od 31. listopada 2019., Repower AG protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo, Predmet C-281/18 P. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2019:916;
10. Presuda Suda (drugo vijeće) od 19. listopada 2017., Merck KGaA protiv Merck & Co. Inc. i dr., Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Landgericht Hamburg. Predmet C-231/16., Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2017:771;
11. Presuda Općeg suda (treće vijeće) od 1. veljače 2023. Groschopp AG Drives & More protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo. Predmet T-253/22. Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2023:29;
12. Presuda Općeg suda (treće vijeće) od 13. srpnja 2022. dennree GmbH protiv Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo. Predmet T-641/21. Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2022:446;
13. Predmeti T-84/19 i T-88/19 do T-98/19. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”, Oznaka ECLI: ECLI:EU:T:2020:231;
14. Judgment of the Court (Third Chamber) of 24 November 2011. Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM). Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Bruxelles - Belgium. Case C-70/10. Reports of Cases 2011 I-11959, ECLI:EU:C:2011:771;
15. Judgment of the Court (Third Chamber), 16 February 2012., Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV, Reference for a preliminary ruling from the rechtbank van eerste aanleg te Brussel, Case C-360/10, Reports of Cases, published in the electronic Reports of Cases (Court Reports - general), ECLI:EU:C:2012:85.

Internet izvori

1. Green EU trade marks – 2023 update, EUIPO, <https://www.euipo.europa.eu/en/publications/green-eu-trade-marks-2023-update>;

2. Green Trademarks vs. Green Claims Directive – Are “environmental trade-marks” at risk of being canceled?, SKW Schwarz, <https://www.skwschwarz.de/en/news/green-trademarks-vs-green-claims-directive-are-environmental-trade-marks-at-risk-of-being-canceled/>;
3. DZIV, <https://www.dziv.hr/hr/intelektualno-vlasnistvo/zigovi/medjunarodna-klasifikacija-proizvoda-i-ushuga/>;
4. Ured Europske unije za intelektualno vlasništvo, EUIPO, https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-intellectual-property-office-euipo_hr;
5. Tematsko izvješće, Prava intelektualnog vlasništva u EU-u: Zaštita koja nije u potpunosti pouzdana, Europski Revizorski sud, 6., 2022., <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/intellectual-property-rights-06-2022/hr/>;
6. Intellectual property rights and firm performance in the European Union, Firm-level analysis report, February 2021., EUIPO, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/IPContributionStudy/IPR_firm_performance_in_EU/2021_IP_Rights_and_firm_performance_in_the_EU_en.pdf.

Associate Professor Viktorija Haubrich, LL.D.

Associate Professor Marija Vidić, LL.D.

Faculty of Law, University of Mostar

TRADEMARK DISPUTES IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Regulation 2017/1001 establishes the obligation for member states to designate, within their judicial systems, a smaller number of courts and courts of first and second instance, which will have actual jurisdiction in trademark disputes.

The EU trademark courts are exclusively competent for non-contractual obligations and counterclaims for revocation or invalidity of the EU trademark, and their international jurisdiction is prescribed by Regulation 2017/1001 as well as limited by Regulation (EU) no. 1215/2012. In any of these procedures, with the exception of the procedure for establishing the non-existence of an infringement of the EU trademark, the plaintiff is allowed to initiate proceedings before the courts of the member state where the infringement was committed or threatened. In other disputes, which do not refer to the above, jurisdiction is left to the

national courts of the member states that are competent for trademark disputes.

The EU trademark courts consider an EU trademark to be valid, unless its validity is challenged by the defendant with a counterclaim for revocation of the trademark or a counterclaim for declaring the trademark invalid. The validity of the EU trademark cannot be challenged by a lawsuit to establish the absence of infringement.

A counterclaim for revocation or declaration of nullity can only be based on the grounds for revocation or grounds for nullity from Regulation 2017/1001. The EU Trademark Court rejects a counterclaim for revocation or declaration of nullity if the decision made by the Office, which refers to the same subject matter, the same reasons for filing the claim and the same party, has already become final. Regulation 2017/1001, from the point of view of its scope, equates the request for declaration of invalidity of a trademark submitted to the EUIPO and the counterclaim for declaration of invalidity filed within the framework of the infringement proceedings pending before the European Union trademark court. If a counterclaim is filed in a proceeding in which the trademark holder is not one of the parties, he must be informed of this and may be included in the proceeding as a party to the proceeding in accordance with the conditions established by national legislation.

In the absence of a definition of the term “counterclaim” in Regulation 2017/1001, it should be pointed out that it usually refers to a counterclaim that the defendant in the proceedings initiated against him by the prosecutor submits to the same court. In this regard, it follows from judicial practice that the counterclaim should not be replaced with a simple means of defense. It is a separate and independent request, which is independent of the main request and can continue to be processed even if the main request is rejected. Its subject cannot be limited by the subject of the claim for infringement in the context of which the aforementioned counterclaim was filed.

The Directive on the Enforcement of Intellectual Property Rights (DPPIV) overlooks two types of court orders. In accordance with Article 9, paragraph 1, point (a), Member States are obliged to ensure that right holders can request an interim injunction against the infringer or intermediary. Secondly, on the basis of Article 11, member states are obliged to ensure that in the procedure for making a decision on the merits, the competent judicial authorities can issue a court order either against the perpetrator of the violation in order to prohibit the further commission of the violation or against the intermediary not only for the purpose of stopping violations, but also for the purpose of preventing further violations violation. The application of Article 9, paragraph 1, point (a) and Article 11 of the DPPIV

is not limited to a special group of intermediaries, but covers different sectors and services on and off the Internet. The EU Court expressly stated that Internet service providers, social network platforms, online sales portals and tenants of market halls should be considered intermediaries in the circumstances of the disputed events in the legal proceedings in question.

The EU Trademark Court conducting the proceedings referred to in Article 124, except for the proceedings for determining the absence of infringement, unless there are special reasons for continuing the proceedings, ex officio, after hearing the parties, or, at the request of one of the parties and after hearing the other parties, stops the process when the validity of the EU trademark is already contested by a counterclaim before another EU trademark court or when a request for revocation or a request to declare that trademark invalid has already been submitted to the Office.

Within the framework of the system established by Regulation 2017/1001, which established the unique character of the European Union trademark, the Union legislator intended, as well as the EUIPO, to entrust the European Union trademark courts with the competence to verify the validity of European Union trademarks based on their decisions on counterclaims. In this regard, decisions on the validity of a European Union trademark have erga omnes effect throughout the Union, both when they originate from the EUIPO and when they are taken on the basis of a counterclaim filed with the European Union Trademark Court.

On the other hand, the decision of the European Union Trademark Court made on the occasion of a claim for infringement has effects only inter partes, which is why such a decision, once it becomes final, binds only the parties that participated in that procedure.

Key words: *Intellectual property law; Trademark law; European Union trademark; Regulation (EU) 2017/1001; Directives on the enforcement of intellectual property rights; Jurisdiction; Counterclaim.*

Prof. dr. sc. Boris Krešić
Ajla Nežirović, ma

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

NAJBOLJI INTERES DJETETA U SISTEMU HRANITELJSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Hraniteljstvo je oblik vaninstitucionalne zaštite djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja kojem se kroz smještaj u hraniteljsku porodicu pruža neophodna briga koja mu je uskraćena u biološkoj porodici. Pored entitetskih porodičnih zakona i entitetskih zakona o socijalnoj zaštiti, koji uzgredno regulišu pitanje porodično-pravne i socijalne zaštite djece uz druge socijalno ugrožene kategorije stanovništva, smještaj djeteta u hraniteljsku porodicu u bosansko-hercegovačkom zakonodavstvu pobliže je regulisan usvajanjem dva lex specialis propisa, Zakona o hraniteljstvu Federacije Bosne i Hercegovine i Pravilnika o hraniteljstvu Republike Srpske. Postojanje dva neujednačena lex specialis propisa dovodi do velikih razlika u pogledu kvalitete hraniteljstva u dva entiteta. Osposobljenost i kapaciteti hraniteljskih porodica nisu jednaki na prostoru cijele Bosne i Hercegovine, a trenutna praksa centara za socijalni rad dovodi do velikog broja djece smještene u institucije.

U radu se analizira institut hraniteljstva u Bosni i Hercegovini, kao i pitanje poštivanja najboljih interesa djeteta prilikom stavljanja istog pod hraniteljsku zaštitu. Cilj je ukazati na propuste zakonodavca koji otežavaju razvoj porodičnih oblika zbrinjavanja djece bez roditeljskog staranja. U propisima koji regulišu hraniteljstvo u našoj državi, aspekt najboljeg interesa djeteta nije dovoljno naglašen. Umjesto toga, zakonodavac se često fokusira na formalne zahtjeve i procedure koje hranitelji moraju ispuniti. Ovi zahtjevi mogu biti administrativno opterećujući ili finansijski zahtjevniji, što otežava osobama koje žele pružiti zaštitu djetetu da to i ostvare.

Ključne riječi: Hraniteljstvo; Najbolji interes djeteta; Djeca bez roditeljskog staranja; Deinstitutionalizacija.

1. UVOD

Kroz historiju društva su se razvijala i mijenjala, a s njima i načini brige o djeci bez roditeljskog staranja. Neka društva su kao primarni zadatak imala pronalaženje zaštite djeci, dok su u nekim ona bila prepuštena sebi na brigu. Danas, ipak, možemo govoriti o postojanju velikog broja međunarodnih dokumenata koji propisuju obaveze i rješenja za osiguravanje njihove zaštite. Jedan takav dokument je i Konvencija o pravima djeteta UN-a iz 1989. godine, koja u članu 20. normira da: „Dijete kojemu je privremeno ili trajno uskraćena porodična sredina, ili koje zbog svojih najboljih interesa u njoj ne smije ostati, ima pravo na posebnu zaštitu i pomoć. Države stranke će u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom takvom djetetu osigurati zamjensku zaštitu. Takva zaštita može, *inter alia*, uključivati smještaj kod hranitelja, kafalu po islamskom zakonu, usvojenje ili, po potrebi, smještaj u odgovarajuće ustanove za brigu o djeci. Pri donošenju rješenja, osobita pozornost mora se posvetiti osiguranju kontinuiteta u djetetovu odgoju, kao i njegovu etničkom, vjerskom, kulturnom ili lingvističkom podrijetlu.”¹

Proces razvoja hraniteljstva širom svijeta odvijao se različito. Iako neformalni oblici datiraju još od razdoblja od prije više hiljada godina, tek u godinama nakon II svjetskog rata dolazi do formalnog tretiranja ovog instituta. Historijski gledano, razvoj hraniteljstva možemo podijeliti na dva razdoblja: nakon drugog svjetskog rata (1945–1985), kada se pristupilo hraniteljstvu kao dugoročnom obliku smještaja djece te period nakon 1985. godine kada se hraniteljstvo smatra kratkoročnim rješenjem za dijete.² Naime, tek 1980-ih godina prošlog vijeka dolazi do svijesti da država treba imati aktivnu ulogu u omogućavanju brzog povratka djeteta u biološku porodicu ili raditi na stvaranju uslova za djetetovo usvojenje. Nakon 1990-ih naglasak se stavlja na važnost pružanja podrške i partnerstva s biološkom porodicom što znatno mijenja sistem hraniteljstva i njegovo percipiranje u svijetu. Obilježja ranijih oblika hraniteljstva upućuju na to da se institut odvijao na dobrovoljnoj osnovi, od hranitelja se očekivalo da to čine „iz ljubavi”, a ne za novac. Danas je hraniteljstvo uglavnom specijalizirano, s tendencijom što kratkotrajnijeg smještaja hranjenika u porodici hranitelja.³ Uslijed promjena koje se događaju u društvu i hraniteljstvo postaje sve zahtjevnije i kompleksnije što dovodi do izvještavanja sve većeg broja država u regionu o tzv. *krizi hraniteljstva* koja se ogleda u opa-

¹ UN Konvencija o pravima djeteta, https://www.unicef.hr/wpcontent/uploads/2017-05/Konvencija_20o_20pravima_20djeteta_full.pdf, 15.07.2024.

² M. Laklija, „Pristupi udomiteljskoj skrbi za djecu u svijetu i čimbenici koji utječu na ishode udomiteljstva“, *Pregledni rad*, Pravni fakultet Sveučilište u Zagrebu 2011, 291.

³ *Ibid.*, 293.

danju interesa za obavljanje hraniteljstva posljednjih godina i njegovog lošeg promovisanja.⁴

2. NORMIRANJE HRANITELJSTVA U ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE

Kada je u pitanju hraniteljski oblik zaštite djeteta, ključnu zakonsku regulativu čine dva entitetska *lex specialis* propisa, Zakon o hraniteljstvu Federacije Bosne i Hercegovine⁵ i Pravilnik o hraniteljstvu Republike Srpske.⁶ Hraniteljstvo je oblik zaštite izvan vlastite porodice kojim se djetetu ili odraslom licu osigurava odgovarajući porodični smještaj i zaštita u hraniteljskoj porodici.⁷ U ovom kontekstu, vlastitom porodicom se smatra životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu.⁸ Ovdje je bitno razlikovati članove porodice s kojima dijete živi u zajedničkom domaćinstvu od ostalih krvnih srodnika radi razumijevanja definicije srodničkog hraniteljstva. Naime, dijete se zbog nepovoljnih faktora razdvaja od onih članova porodice s kojima je ranije živjelo, a koji mogu negativno utjecati na njegov rast i razvoj. Nakon izdvajanja, dijete se daje na brigu hranitelju ili hraniteljskog porodici koja će adekvatno odgovoriti na njegove potrebe i pružiti mu potrebnu brigu, a to mogu biti i djetetovi ostali krvni srodnici.

U korjenu svih rasprava i pitanja zaštite ugrožene djece leži vjerovanje da je porodica primarni medijator između djeteta i zajednice.⁹ U velikom dijelu svijeta, ustaljena je praksa da je „prva stanica“ zaštite djeteta smještaj kod njegovih krvnih srodnika.¹⁰ Uzimajući u obzir da su egzistirajući hraniteljski propisi u našem zakonodavstvu relativno novijeg datuma, pale-

⁴ *Ibid.*

⁵ Zakon o hraniteljstvu Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 19/2017 i 52/2022.

⁶ Pravilnik o hraniteljstvu Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 27/14.

⁷ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 2 (d).

⁸ Porodični zakon FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US), čl. 2, stav 1.

⁹ S. Buljubašić, *Socijalna integracija djece bez roditeljskog staranja*, DES, Sarajevo 2004, 182.

¹⁰ Tako prema S. Buljubašić (2000): Ovo je vidljivo u Gvatemali, gdje se djeca iz disfunkcionalnih porodica prvo smještaju kod bližih srodnika, a ako to nije moguće smještaju se kod daljih srodnika, dok je krajnja opcija pristupanje nekom drugom obliku njegove zaštite. Nadalje, poznata su društva sa razvijenim tzv. „sistemom proširenih porodica“ u kojima dijete nakon izdvajanja iz porodice odlazi na smještaj u porodicu „kumova“, rođaka ili drugih daljih srodnika. Neki analitičari društava sugerišu da se na ovaj način pokušava „preduhitriti zakon“ u zasnivanju drugih oblika hraniteljstva. Takvu praksu nalazimo, između ostalog, na Filipinima i Južnoj Africi.

ta oblika hraniteljstva sužena je na već tradicionalne i razvijene europske modele. Analizirajući odredbe *lex specialis* propisa, dolazimo do zaključka da hraniteljstvo prema statusu može biti srodničko i nesrodničko. Srodničko hraniteljstvo obavlja hranitelj u najboljem interesu hranjenika s kojim je u krvnom, odnosno tazbinskom srodstvu, koji ne živi u istoj porodičnoj sredini iz koje je dijete ranije izdvojeno.¹¹ Srodnik u pravoj i srodnik do četvrtog stepena krvnog srodstva pobočne linije i njegov bračni ili vanbračni partner može obavljati srodničko hraniteljstvo, a ukoliko stručni tim Centra za socijalni rad procijeni da je u najboljem interesu djeteta, to može biti i drugi srodnik.¹² Upravo ovakav oblik stručnjaci smatraju kao najoptimalniji jer će se dijete smjestiti u krug svoje porodice tj. u okruženje koje mu je već poznato i u kojem se osjeća sigurno.¹³

Nesrodničko hraniteljstvo je hraniteljstvo koje obavlja hranitelj koji nije u krvnom ili tazbinskom srodstvu sa hranjenikom, a može biti tradicionalno, specijalizovano, hitno i povremeno hraniteljstvo.¹⁴ Čini se da zakoni tretiraju srodničko i nesrodničko hraniteljstvo na isti način, ali u praksi su ta dva vida hraniteljstva vrlo različita. Bosna i Hercegovina bilježi nedovoljan broj nesrodničkih hranitelja, tako da je većina djece na hraniteljstvu smještena u srodnički oblik hraniteljstva. Razlog tome je kultura kojoj pripadamo i svijest da srodnici treba da preuzmu brigu o djeci. Interesantni su podaci da je srodnički oblik hraniteljstva najčešći kada je razlog smještaja djeteta u hraniteljsku porodicu smrt roditelja, dok je u slučaju zanemarivanja i zlostavljanja djeteta češći oblik nesrodničkog hraniteljstva.¹⁵ Nesrodničko hraniteljstvo se smatra kvalitetnijim zbog toga što nesrodnički hranitelji prolaze kroz preciznije provjere nego srodnički hranitelji, ali se ono nedovoljno koristi i potrebno ga je ojačati.

Za hraniteljstvo u Bosni i Hercegovini možemo reći da je u početnim fazama svog razvoja. Modele koje *lex specialis* zakoni predviđaju su osnovni modeli koji su u Europi odavno ustaljeni, pa samim tim stvara se plodno tlo za „rađanje“ novih oblika hraniteljstva. Raznolikost prakse

¹¹ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 15, stav 1.

¹² Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 15, stav 2 i 3.

¹³ U posljednje vrijeme, autori upozoravaju o razvijanju nove forme staranja u porodici u vidu staranja od strane starije braće ili sestara, koji ponekad nisu mnogo stariji od onih o kojima se stara. Ovakvo staranje primjenjuje se tamo gdje su oba roditelja, a i djedovi i bake, preminuli ili gdje rodbina ne može ili ne želi da preuzme odgovornost za dijete. Može se desiti da dijete nastavi živjeti u svojoj rodnoj kući sa najstarijim bratom ili sestrom što je jedan korak ka neformalnom staranju, koje se uglavnom odvija u ruralnim sredinama. Takvi oblici su gotovo uvijek nedokumentovani i predstavljaju izazov državi u pogledu napredovanja instituta hraniteljstva.

¹⁴ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 14, Pravilnik o hraniteljstvu RS, čl. 14.

¹⁵ Situaciona analiza o djeci pod rizikom od gubitka porodične brige i djeci bez roditeljskog staranja u Bosni i Hercegovini, UNICEF 2017, 74.

smještaja djece u hraniteljske porodice u Europi je iznjedrila i modele poput profesionalnog hraniteljstva, hraniteljstvo kao kratak odmor za biološke roditelje, kontakt roditelj, privatno hraniteljstvo, zajednički smještaj majke i djeteta te hraniteljstvo po odluci suda.¹⁶

U smislu *lex specialis* propisa hraniteljem se smatra predstavnik hraniteljske porodice ili samac koji ima sklopljen ugovor o hraniteljstvu i pruža usluge zaštite hranjeniku u skladu sa zakonom,¹⁷ dok se pod pojmom hraniteljska porodica podrazumijeva porodica koju čine hranitelj, njegov bračni ili vanbračni partner i drugi srodnici sa kojima hranitelj živi u zajedničkom domaćinstvu.¹⁸

Precizirati pojam hranitelja danas nije nimalo lako. Tradicionalno shvatanje njega kao predstavnika hraniteljske porodice koji djetetu pruža usluge zaštite je prevaziđeno, s obzirom da biti hranitelj danas predstavlja mnogo više. Važna tačka u sagledavanju zadataka hranitelja počiva najprije u razumijevanju motivacije za obavljanje hraniteljstva. Za početak, potrebno je naglasiti da su razlozi svakog pojedinog hranitelja autentični, a najčešće su potaknuti kombinacijom unutrašnjih i vanjskih faktora, tako da možemo govoriti o intrinzičnoj i ekstrinzičnoj motivaciji hranitelja. Intrinzična motivacija obuhvata zadatke koji se obavljaju zbog zadovoljstva koje donose i zbog uvjerenja i vrijednosti koje su svojstvene pojedincu, dok potonja obuhvata okolinska očekivanja, reakcije i priznanja.¹⁹ Istraživanja provedena u prethodnom desetljeću pokazuju da se intrinzična motivacija kod hranitelja ispoljava kroz religijske, tradicionalne i porodične vrijednosti.²⁰ Religijska uvjerenja i altruizam prepoznatljivi su kod onih hranitelja koji kao povod za hraniteljstvo navode „osjećaj da čine dobro djelo“ te potrebu i nužnost da zaštite dijete. Govoreći o porodičnim i tradicionalnim vrijednostima, kod određenih hranitelja primijećena je želja za ispunjavanjem doma, želja za usvojenjem i uvjerenje da će kao hranitelji to lakše

¹⁶ M. Laklija, „Modeli udomiteljstva u Europi“, *Forum za kvalitetno udomiteljstvo djece*, Zagreb 2011, 12.

¹⁷ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 2 (a).

¹⁸ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 2 (c).

¹⁹ M. Laklija, „Spremnosti udomitelja za bavljenja udomiteljstvom i doživljaj vlastite uloge udomitelja u suradnji s Centrima za socijalnu skrb“, *Ljetopis socijalnog rada*, Vol. 18 No. 3, Studijski centar socijalnog rada, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 2011, 457.

²⁰ U istraživanju MacGregora i sur. (2006) koji su proveli kvalitativnu analizu podataka iz devet fokus grupa u kojima je sveukupno sudjelovalo 54 sudionika, dobiveno je da je najčešća motivacija za početkom i nastavkom bavljenja hraniteljstvom bila intrinzična motivacija. U skladu s ovim istraživanjem je i istraživanje Laklije (2012) gdje su rezultati također pokazali da su altruistični motivi, uz motive popunjavanja praznine u životu, najizraženiji motivi bavljenja hraniteljstvom djece. Isomaki (2002) u svom istraživanju navodi da je iz rezultata očigledno da je većina hranitelja motivirana empatijom, ljubavlju, velikodušnošću te željom da pomogne djetetu.

postići, nemogućnost usvojenja te strah od „praznog gnijezda“ kod starijih hranitelja. Također, neki hranitelji se osjećaju „blagoslovljeni“ onime što imaju u životu, pa se kroz hraniteljstvo žele „odužiti“ zajednici. Neki hranitelji imaju vlastito iskustvo s hraniteljstvom u porodici, poznaju druge hranitelje ili su bili „domska djeca“. Takvi hranitelji se mogu blisko identifikovati s izazovima i iskustvima s kojima se suočavaju hranjenici što pridonosi razumijevanju osjećaja i potreba djece koja u hraniteljstvo dolaze s traumama i problemima iz biološke porodice. Njihovo lično iskustvo može doprinijeti boljem emocionalnoj i socijalnoj prilagodbi djece na novu porodičnu situaciju.²¹ Važno je razumjeti da ekstrinzična motivacija u kontekstu hraniteljstva koja proizilazi iz vanjskih faktora poput nagrada, priznanja i finansijske koristi, kod većine hranitelja, iako može biti prisutna, ne igra značajnu ulogu. Hraniteljske naknade nisu uvijek dovoljno velike da bi značajno utjecale na hraniteljsku motivaciju, što upućuje na to da ekstrinzični faktori uglavnom nisu dominantni.²²

Nadalje, zakon definiše hranjenika kao dijete ili mlađe punoljetno lice do završetka redovnog školovanja i najduže godinu dana nakon završetka redovnog školovanja ako se ne može zaposliti, a najduže do 26. godine i odraslo lice koje je ostvarilo pravo na usluge zaštite izvan vlastite porodice i smješteno je u hraniteljsku porodicu na osnovu rješenja Centra o priznavanju prava na smještaj u hraniteljsku porodicu.²³ Pojam „hranjenika“ obuhvata širok spektar situacija, uključujući djecu, mlađe punoljetnike i odrasle osobe koje su ovisne o sistemu socijalne zaštite. Kroz odredbe koje definišu prava i obaveze hranjenika, zakonodavstvo nastoji osigurati kontinuiranu brigu i podršku ovim ranjivim skupinama, omogućavajući im stabilan prijelaz u odraslu dob i poticanje njihovog razvoja i integracije u društvo. U pravnom kontekstu, definicija hranjenika uključuje određene starosne granice koje preciziraju do kada osoba može biti obuhvaćena sistemom socijalne zaštite. Prvo, obuhvata maloljetnike, a zatim mlađe punoljetnike, odnosno osobe koje su već postale punoljetne, ali su još uvijek mlađe i trebaju dodatnu podršku. Ta podrška može biti pružena sve do završetka njihovog redovnog školovanja, osiguravajući da imaju priliku dovršiti započeto obrazovanje koje igra značajnu ulogu za njihovu budućnost. Drugo, starosna granica za mlađe punoljetnike se proteže najduže do 26. godine života, što znači da je ostavljena mogućnost najduže godinu

²¹ N. Savanović, „Kvalitetno udomiteljstvo djece i odraslih osoba iz perspektive udomitelja“, Izvorni znanstveni

članak, *Ljetopis socijalnog rada* 2010, 17 (2), 2010, 223–239.

²² T. McGregor, S. Rodger, A. Leschied, *The Needs of Foster Parents A Qualitative Study of Motivation, Support, and Retention, Article Qualitative Social work*, University of Western Ontario, Canada 2006, 353.

²³ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 2 (e).

dana nakon završetka redovnog školovanja, ako se osoba ne može zaposliti ili je nesposobna za samostalan život, da i dalje bude obuhvaćena hraniteljstvom. Ova odredba pruža dodatnu podršku mladima koji imaju poteškoće u ostvarivanju neovisnosti nakon školovanja.

3. ODREĐIVANJE NAJBOLJIH INTERESA HRANJENIKA

Svako dijete bez roditeljskog staranja je individua i doživjelo je lično iskustvo koje ga je dovelo do potrebe stavljanja pod zaštitu. Ono što je zajedničko za svu tu djecu jeste osjećaj gubitka kao rezultat napuštanja vlastitih domova. Shodno tome, djeci treba posvetiti pažnju razvijajući duboko poštovanje prema njihovom dostojanstvu, kao i veliko uvažavanje njihovih prava. Tokom procesa određivanja djetetovog najboljeg interesa potrebno je zaštititi pravo djeteta da se njegov glas čuje, da se njegovo gledište uvaži i da se njegovo mišljenje uzme u obzir u skladu sa njegovom zrelošću.

Određenje najboljeg interesa djeteta vrši se na individualnoj osnovi, uzimajući u obzir okolnosti koje postoje na strani svakog pojedinog djeteta. Princip najboljeg djetetovog interesa treba doprinijeti sistemskom traženju „rješenja s najviše pozitivnog ili najmanje negativnog utjecaja na dijete ili djecu u pitanju“, njegovom primjenom treba da se „ograniči širenje vlasti odraslih nad djecom (roditelja, profesionalaca, učitelja, ljekara, sudija itd.)“.²⁴ Kada je u pitanju utvrđivanje šta je u djetetovom najboljem interesu, princip najboljeg interesa zahtijeva da se posveti pažnja njegovoj specifičnoj situaciji i rizicima zaštite. S obzirom na to da je hraniteljstvo privremeni oblik zaštite djeteta bez roditeljskog staranja, određuje se samo onda kada je neophodan. Prilikom pristupanja takvom obliku zaštite, najbolji interes djeteta se procjenjuje i utvrđuje pri zbrinjavanju, tokom njegovog trajanja i prestanka, imajući u vidu sve okolnosti i karakteristike potencijalnih hranitelja i hranjenika.

Za procjenu najboljih interesa djeteta, prilikom donošenja odluke o njegovom smještaju u hraniteljsku porodicu, veoma su značajne *Smjernice za alternativno zbrinjavanje djece*,²⁵ okvir UN-a, koje iako neobavezujući međunarodni dokument predstavljaju bliže tumačenje odredbi Konvencije o pravima djeteta.

U svjetlu prava djeteta, smatra se da je u najboljem interesu hranjenika da se za njegov smještaj pronađe hraniteljska porodica u mjestu njegovog

²⁴ S. Bubić, „Standard „najbolji interes djeteta“ i njegova primjena u kontekstu ostvarivanja roditeljskog staranja“, *Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“*, Mostar 2014, 14.

²⁵ Vid. <https://sos-ds.ba/wp-content/uploads/2021/04/Smjernice-za-alternativno-zabrinjavanje-djece.pdf>, 12.07.2024.

prebivališta ili boravišta kako ne bi došlo do velikih promjena u njegovim navikama (promjena škole, promjena okruženja, razdvajanje od srodnika i prijatelja).²⁶ No, zbog manjka pripremljenih hraniteljskih porodica, centri za socijalni rad ne posvećuju dovoljno pažnje „uparivanju” djeteta i hranitelja. Upravo zbog toga, u literaturi preovladava stav da ukoliko je u takvim situacijama moguć smještaj djeteta kod lica koje on već od ranije poznaje, to može umanjiti negativne posljedice kojima se izlaže. Naglasak je najčešće na „pozitivnoj recipročnoj vezi” između srodnika i djeteta, kao glavne prednosti srodničkog hraniteljstva. Pojedini autori upozoravaju da bi ovakvi stavovi mogli voditi ka tome da socijalni radnici pri obavljanju procjena srodničkih hraniteljskih porodica fokus stave na „apstraktan pojam sposobnosti srodnika”, a ne na njihove stvarne kompetencije u pružanju zaštite konkretnom djetetu.²⁷

Ranija dugogodišnja praksa u Bosni i Hercegovini, kao i u zemljama u regionu, bila je da se braća i sestre smještaju u veoma udaljene hraniteljske domove, pa se dešavalo da djeca međusobno izgube kontakt ili da ga otežano održavaju, a kasnije još teže ponovno uspostavljaju. Takva praksa u određenoj mjeri prekinuta je donošenjem Smjernica UN-a, koje navode da se braća i sestre imaju smjestiti zajedno u sistem alternativnog zbrinjavanja, osim u slučajevima kada nesporno postoji rizik od zlostavljanja ili neki drugi razlog u skladu sa najboljim interesima djeteta.²⁸ Također, postoji obaveza na preuzimanje svih raspoloživih mjera kako bi se braći i sestrama omogućilo održavanje kontakta, ako to nije u suprotnosti sa njihovim željama i interesima. Premda u praksi do razdvajanja ipak dolazi, posljednjih godina se više pažnje poklanja ovome pitanju. Zakonodavac ne navodi eksplicitno procedure koje se odnose na situacije kada se braća i sestre nalaze u sistemu alternativnog zbrinjavanja te bi ovo pitanje bilo neophodno pobliže urediti u skladu sa međunarodnim standardima i najboljim djetetovim interesima.²⁹ U istraživanju koje je sprovedeno od strane organizacije *Save the children*, 2014. godine, stručnjaci iz Centara za socijalni rad u 84% slučajeva su izvijestili da braća i sestre pri smještaju u hraniteljsku

²⁶ Specijalni izvještaj o zbrinjavanju djece bez roditeljskog staranja s posebnim fokusom na stanje u ustanovama, Institucija ombudsmana/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka 2023, 18.

²⁷ M. Pucarević, *Srodnički starateljski smještaj dece u Republici Srbiji: potrebe za podrškom i dostupne socijalne usluge*, Doktorska disertacija, Fakultet političkih nauka Univerzitet u Beogradu 2021, 24.

²⁸ Smjernice za alternativno zbrinjavanje djece, SOS Children’s Villages International, 2009. godina, tačka 17.

²⁹ Pravo deteta na kvalitetno staranje, Analiza sprovođenja smjernica UN za alternativno staranje o djeci u zemljama Zapadnog Balkana, Save the children NWB, 2014, 60.

porodicu ostaju zajedno, dok je 16% njih izjavilo da prati praksu razdvajanja, ne navodeći posebne razloge za to.³⁰

Govoreći o pravima hranjenika, ne smijemo zanemariti pravo djeteta na očuvanje vlastitog identiteta kao prava svakog pojedinca u demokratskom društvu. Dobijanje informacija o svojoj životnoj priči i mogućnost razgovora na ovu temu smatraju se faktorima koji doprinose formiranju i očuvanju djetetovog identiteta. Kroz pružanje informacija o njegovom porijeklu i svim drugim dostupnim podacima djeteta ima mogućnost stvaranja pravilne slike i dosljednog narativa o svom životu. Istovremeno, otvorena komunikacija o ovim temama omogućava djetetu da postavlja pitanja i razumije vlastiti identitet.³¹ To je posebno važno kod djece bez pratnje i djece migranata, međutim, egzistirajući zakoni u Bosni i Hercegovini ne priznaju pravo toj skupini za smještaj u hraniteljske porodice, što predstavlja ogroman nedostatak važeće pravne regulative te ističe neophodnost njihove izmjene i dopune.

Važno je naglasiti da djeca smještena u hraniteljske porodice u većini slučajeva imaju žive roditelje. Ukoliko to neće ugroziti njegovu sigurnost, u najboljem interesu djeteta je da održava kontakt s biološkom porodicom, o čemu hraniteljska porodica treba da vodi računa. Hranitelj u tim situacijama treba da bude posrednik između hranjenika i biološkog roditelja. Ako je iz sigurnosnih razloga djeteta privremeno smješteno izvan svoje porodice, princip održavanja kontakta olakšava mogućnost reintegracije kad se situacija poboljša. Redovni kontakti mogu ojačati vezu između djeteta i njegove biološke porodice. Također, načelo olakšavanja kontakta s porodicom podupire ideju socijalne pravde. Dijete ima pravo odrastati u okruženju koje podržava njegovu dobrobit, ali isto tako ima pravo održavati odnose s vlastitom porodicom.³² Izuzetno, postoje situacije kada očuvanje veza s biološkom porodicom može predstavljati izazov, primjerice, u slučajevima zlostavljanja ili zanemarivanja. U svjetlu toga, sigurnost i dobrobit djeteta uvijek igraju prioritetnu ulogu, a procjenu vrše socijalni radnici i psiholozi.

Odluke o smještaju djeteta u hraniteljsku porodicu treba redovno preispitivati. Prvi poželjni cilj prema Smjernicama UN-a, nakon što se otklone prvobitni razlozi izdvajanja djeteta, smatra se djetetov povratak u biološku porodicu. Glavna svrha ranije pomenutog održavanja kontakta djeteta i roditelja jeste procjena da li će djetetov povratak u biološku porodicu biti u njegovom najboljem interesu. Nekada je teško vjerovati da ljudi imaju „kapacitete za pozitivnu promjenu” i da „većina roditelja želi da bude do-

³⁰ *Ibid.*

³¹ M. Pucarević, 25.

³² M. Laklija, 299.

bar roditelj”, jer se u praksi susreću teško zanemarena djeca.³³ Rasprave o disfunkcionalnim porodicama u nekim razvijenim društvima dovode u pitanje hraniteljstvo na način da ističu da bi se novac uložen u takav oblik zaštite mogao bolje upotrijebiti za jačanje rizične grupe porodica. Mnogi autori dovode u pitanje „američku tradiciju spašavanja djeteta” te zagovaraju tzv. očuvanje porodice. Ali ono što se ističe kao odgovor na takve stavove je činjenica da porodica često može biti „crna kutija koja skriva slučajeve zloupotrebe djece i nasilje”.³⁴ Kada je u pitanju povratak djeteta u biološku porodicu, zadatak zakonodavca je da izvrši pooštavanje mjera za procjenu biološke porodice od strane čitavog niza stručnih lica. Glavna svrha bila bi spriječavanje eventualnih tragičnih događaja koji su zabilježeni u prošlosti zbog propusta od strane socijalnih radnika, jer je pravilna procjena porodice koja je sklona problemima jako zahtjevan posao. Nakon djetetovog povratka potrebno je redovno pratiti njegovo stanje i održavati rizike od ponovnih problema na najnižoj razini. Pored smanjenja tragičnih događaja, ovaj pristup je usmjeren na poboljšanje djetetove sigurnosti i interesa unutar njegove porodice.³⁵

Kako djetetov povratak u biološku porodicu nije uvijek u njegovom najboljem interesu te s obzirom na privremenost hraniteljstva kao oblika njegove zaštite, neophodno je raditi na pronalaženju dugoročnog oblika zaštite djeteta. Usvojenje kao takvo, usmjereno je na dobrobit djeteta i najprikladniji je oblik zaštite djeteta bez roditeljskog staranja. Njegovim zasnivanjem dolazi do objedinjenja dva temeljna ljudska prava, pravo usvojlaca na roditeljstvo te pravo usvojenika na brigu i zaštitu.³⁶ Hranitelji, pod čijom zaštitom se nalazi dijete, imaju pravo na njegovo usvojenje pod jednakim uslovima kao i druge zainteresovane osobe. Kako se postupci usvojenja razlikuju između država, neka zakonodavstva pružaju prednosti hraniteljima kada je u pitanju usvojenje hranjenika.³⁷ Postojećim odno-

³³ N. Zegarac, *Deca koja čekaju: Izazovi i trendovi profesionalne prakse u zaštiti dece od zlostavljanja*, Beograd 2018, 103.

³⁴ S. Buljubašić, 182.

³⁵ Pravo deteta na kvalitetno staranje, 72.

³⁶ B. Miković, „Europska Konvencija o usvojenju i Porodični zakon F BiH“, *Zbornik radova „Dani Porodičnog prava“ Mostar, Godina VIII, broj 8*, 2020, 231.

³⁷ Jedna od zanimljivih mogućnosti u Kraljevini Švedskoj, kada je u pitanju hraniteljski odnos, jeste mogućnost pravnog priznavanja takvog odnosa sudskom odlukom kojom se prenosi roditeljsko staranje sa bioloških roditelja na hranitelje. Naime, Socijalni odbor za socijalnu zaštitu treba razmotriti pokretanje takvog postupka kada je dijete živjelo s istom hraniteljskom porodicom tri godine. Prenos roditeljskog staranja na hranitelje smatra se švedskom verzijom usvojenja djeteta bez pristanka bioloških roditelja, a cilj mu je poboljšanje djetetove dobrobiti. Da bi dijete imalo pravo na kontakt s porodicom porijekla, biološki roditelji mogu pokrenuti sudski postupak za dozvolu ostvarivanja kontakta. Sprovođenje ovog prava u mnogim slučajevima može zavisiti od sposobnosti roditelja, kao i socijalnog odbora, da podrže kontakt između biološke porodice i djeteta.

som, hranjenik i hranitelj već imaju uspostavljenu emotivnu vezu kao i određene navike i dogovore. Propisi kojima se uređuje hraniteljstvo u Bosni i Hercegovini ne sadrže norme kojima se olakšava proces usvojenja osobama koje su obavljale hraniteljstvo, a takve mogućnosti bi itekako olakšale i ubrzale procedure formalnih usvojenja. Iako prepoznato kao najkvalitetniji način alternativnog zbrinjavanja djece bez roditeljskog staranja, usvojenje je i dalje komplikovan i iscrpljujući proces, a hranitelji nemaju nikakve olakšice u odnosu na druge potencijalne usvojitelje.

4. NEDOSTACI U POZITIVNO-PRAVNOM REGULISANJU HRANITELJSTVA I DISKRIMINACIJA

Jedan od glavnih uzroka nerazvijenosti hraniteljstva u Bosni i Hercegovini jeste nepostojanje sveobuhvatne i jedinstvene politike koja je usmjerena na porodično okruženje i alternativne mjere niti postojanje značajnog napretka pravnog okvira u tom pogledu. Egzistirajući hraniteljski propisi su neujednačeni, što dovodi do razlika u praksi dva entiteta. Također, tako nedostatni propisi podstiču na pojavu diskriminacije u sistemu hraniteljstva.

Zakonodavac propisuje uslove koje hranitelji odnosno hraniteljske porodice moraju ispunjavati prije zasnivanja hraniteljstva, kao i smetnje za njegovo obavljanje.³⁸ Za područje Federacije, na osnovu odredbi Zakona o hraniteljstvu FBiH,³⁹ federalni ministar rada i socijalne politike 2018. godine donio je „Pravilnik o stambenim i materijalnim uslovima za obavljanje hraniteljstva u FBiH“ kojim se propisuju opći i posebni stambeni i materijalni uslovi koje hranitelji trebaju obezbijediti hranjenicima tokom trajanja hraniteljstva,⁴⁰ dok takav propis u Republici Srpskoj još uvijek nije donešen.

Zakon o hraniteljstvu FBiH precizira da dobna razlika između hranitelja i hranjenika ne može biti manja od 25 i veća od 50 godina života te da hranitelj ne može biti osoba mlađa od 25 i starija od 65 godina života, izuzev kod srodničkog hraniteljstva, ako je to u najboljem interesu hranjenika što se ostavlja na procjenu stručnog tima centra.⁴¹ Odredba koja propisuje starosne granice za hranitelje može se smatrati oblikom diskriminacije na temelju dobi, s obzirom na to da se pojedinac tretira manje povoljno zbog svoje dobi bez obzira na njegovu sposobnost ili kvalifikacije. U ovom slučaju, postavljanje ograničenja na starosnu dob hranitelja može ograničiti

³⁸ Vid. Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 17 i čl. 18.

³⁹ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 17, stav 1 (i) i čl. 58, stav 1.

⁴⁰ Pravilnik o stambenim i materijalnim uslovima za obavljanje hraniteljstva u FBiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 31/18).

⁴¹ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 19.

pristup mogućnosti hraniteljstva pojedincima koji su izvan tih starosnih granica, unatoč njihovoj sposobnosti da pruže odgovarajuću zaštitu i podršku djeci ili mladima. Važno je napomenuti da svi potencijalni hranitelji prolaze obuke i edukacije za hraniteljstvo što ih priprema za njihovu buduću ulogu. Propisi o hraniteljstvu u Bosni i Hercegovini diktiraju uslove za hraniteljstvo koji se često oslanjaju na stroge kriterije, a ne nužno na najbolji interes djeteta. Ovi propisi često stavljaju naglasak na formalne zahtjeve poput starosnih ograničenja i materijalne sposobnosti, a manje na emocionalnu, psihološku i socijalnu pripremljenost hranitelja. Odsustvo jasnih odredbi koje se fokusiraju na najbolji interes djeteta može dovesti do nedostatka fleksibilnosti u pružanju potpore djeci koja su u sistemu dječije zaštite. U slučaju hraniteljstva, postavljanje starosnih granica može biti problematično jer nužno ne odražava sposobnosti ili kvalifikacije potrebne za brigu o djeci. Umjesto na dobi, procjena bi trebala biti temeljena na individualnim sposobnostima, iskustvu i obuci hranitelja.

Govoreći o diskriminaciji, neophodno je istaći i pitanje prava LGBTQ+ osoba na pristupanje hraniteljstvu. U svijetu koji neprestano teži napretku i inkluzivnosti, prava i iskustva LGBTQ+ osoba ostaju najvažnije mjerilo predanosti društva ka jednakosti. *Lex specialis* propisi dozvoljavaju bračnim partnerima i samcima da postanu hranitelji. Kako naše zakonodavstvo ne dopušta sklapanje braka ili registraciju partnerstva između osoba istog spola, automatski je isključena mogućnost da takav par pristupi hraniteljstvu. Važno je naglasiti da bavljenje hraniteljstvom nije uvjetovano brakom, a kako je već istaknuto, hranitelj može biti i pojedinac koji je sklopio ugovor o hraniteljstvu. Ipak, postavlja se pitanje može li Centar za socijalni rad odbiti osobu homoseksualne orijentacije koja živi s partnerom, da kao pojedinac pristupa hraniteljstvu. Centri za socijalni rad trebali bi prioritetno postupati prema načelu najboljeg interesa djeteta. U takvim situacijama, procijenili bi treba li dijete živjeti u takvom okruženju, uzimajući u obzir temeljne vrijednosti bh. društva. Također, ističe se pitanje da li osoba istospolne orijentacije koja ne dijeli zajednički život s partnerom može postati hranitelj – samac, s obzirom da Centar za socijalni rad ne vrijednuje seksualnu orijentaciju pri odabiru hranitelja. U oba slučaja, odbijanje potencijalnog hranitelja bilo bi diskriminatorno, a unatoč naporima aktivista i boraca za ljudska prava unutar Bosne i Hercegovine, ne postoji vidljiva želja unutrašnjih politika za rješavanje ovoga problema niti jedinstven odgovor na istaknuta pitanja.⁴² Društvo se razvija tako što priz-

⁴² U uporednom pravu značajna je Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-144/2019 i dr., od 29.01.2020. godine (dostupno na: sljeme.usud.hr). Podnositelji zahtjeva i predlagatelji osporili su tri odredbe Zakona o udomiteljstvu, jer njihov sadržaj odnosno nedostatak sadržaja proizvodi ustavnopravno neprihvatljive učinke. Podnositelji i predlagatelji zahtjeva tvrde da neuključivanje istospolno orijentisanih osoba u životnim i

naje različite modele zajedničkog života i zakonodavac treba da postupa u cilju osiguravanja jednakih prava za svakog pojedinca, kako nijedno lice ne bi trpjelo diskriminaciju.

Zanimljivo je da iako su naizgled propisani strogi uslovi za obavljanje hraniteljstva, njihova stvarna primjena u praksi je diskutabilna. Analizom zakonske odredbe koja se odnosi na zdravlje hranitelja, vidljivo je da zakonodavac propisuje obavezu dokazivanja da članovi hraniteljske porodice nisu narušenog zdravlja odnosno da ne boluju od neke zarazne bolesti ili bolesti kojom bi sigurnost hranjenika bila dovedena u pitanje.⁴³ U ranijoj praksi, Centri za socijalni rad postupali su samo na način da su zahtijevali usmeni iskaz od potencijalnih hranitelja. U istraživanjima koja su se sprovodila tokom godina važenja ranijih zakona o socijalnoj zaštiti, autori su isticali da u dječijim dosijeima koji se vode kod Centara za socijalni rad širom BiH nije moguće naći ljekarske odnosno specijalističke nalaze hranitelja niti mišljenja ovlaštenih osoba.⁴⁴ Danas, većina centara za socijalni rad izvještava da je pri prijavljivanju za hraniteljstvo neophodno dostaviti ljekarsko uvjerenje i nalaz – mišljenje psihijatra. To je značajno u pogledu unaprijeđenja sigurnosti djece, stoga je od posebnog značaja da centri za socijalni rad shvate ozbiljnost eventualnih posljedica koje mogu nastati zbog propusta ove vrste. Na centrima je obaveza da ovome pitanju pristupe kao jednom od najbitnijih i eliminatornih faktora pri odlučivanju o ispunjavanju uslova za sticanje hraniteljskog statusa.

Važno je istaći da je materijalna prilika hranitelja također bitan uslov o kojemu Centar za socijalni rad vodi računa pri zasnivanju hraniteljstva. Ovo pitanje značajno je zbog činjenice da će se prilikom zasnivanja hraniteljstva sredstvima iz budžeta Kantona, odnosno iz budžeta RS-a i Brčko Distrikta, izdvojiti novčana naknada za hranitelja. Premda ugovor o hraniteljstvu nije dobročin pravni posao, naknade koje pripadaju hraniteljima po osnovi hraniteljstva ne mogu se smatrati platom. Naime, hraniteljska

neformalnih partnerstvima kao hranitelja i korisnika hraniteljstva je namjerni pravno-politički izbor a ne rezultat zakonodavnog propusta. Naime, iako im izričito nije zabranjeno obavljanje hraniteljstva, nije im ni izričito dozvoljeno, što sugerise da su „prešućeni”. Takvo prešućivanje stvara diskriminatorne posljedice prema jednoj društvenoj skupini koja bi prema Ustavu i međunarodnim aktima trebala imati potpunu zaštitu od diskriminacije na temelju vlastite spolne orijentacije. Iako nije prihvatio prijedloge i zahtjev za ocjenu ustavnosti, Ustavni sud je naglasio da su sudovi i druga nadležna tijela koja rješavaju svaki pojedinačni slučaj dužni da tumače i primjenjuju osporene zakonske odredbe u skladu s njihovim smislom i legitimnom svrhom. Sud je dužan da svoje odluke temelji na Ustavu, zakonu i međunarodnim ugovorima. U konkretnom slučaju, osporene zakonske odredbe trebaju biti tumačene u svjetlu omogućavanja svim osobama jednak pristup hraniteljstvu bez obzira na to da li oni žive u braku ili životnom partnerstvu.

⁴³ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 17, stav 1 (e).

⁴⁴ S. Buljubašić, 85.

mjesečna primanja sastoje se od hraniteljske naknade i naknade za izdržavanje hranjenika, koje treba razlikovati i čiji iznos ovisi o broju i vrsti smještenih hranjenika.⁴⁵ Postojanje dva entitetska *lex specialis* propisa rezultiralo je neujednačenosti hraniteljske naknade između ovih područja.⁴⁶ U pravilu, mjesečna naknada hranitelju po jednom hranjeniku u Federaciji iznosi 15% od prosječne neto-plaće isplaćene u FBiH, a uvećava se za 15% za svakog narednog hranjenika. Naknada varira u zavisnosti od modela hraniteljstva, stoga mjesečna naknada za specijalizovano hraniteljstvo iznosi najmanje 30% od ranije pomenute osnovice i uvećava se za 20% za svakog narednog hranjenika. Kada su u pitanju hraniteljske porodice koje istovremeno obavljaju tradicionalno i specijalizovano hraniteljstvo, kao polazna osnovica uzima mjesečna naknada za specijalizovano hraniteljstvo koja se uvećava za 15% za hranjenika korisnika tradicionalnog hraniteljstva, odnosno za 20% za hranjenika korisnika specijalizovanog hraniteljstva. Važno je napomenuti da hranitelji koji obavljaju srodničko hraniteljstvo također imaju pravo na hraniteljsku naknadu, pod uslovom da između hranjenika i hranitelja ne postoji obaveza izdržavanja prema Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine.⁴⁷ Kada je u pitanju Republika Srpska, naknada za angažovanje hranitelja se računa po pojedinačnom korisniku i iznosi 25% od prosječne neto plate u ovom entitetu ostvarene u prethodnoj godini, dok naknada za angažovanje hranitelja koji brine o djetetu s poteškoćama u razvoju i djetetu s društveno neprihvatljivim ponašanjem iznosi 35% od prosječne neto plate.⁴⁸ Naknade za izdržavanje hranjenika isplaćuju se hraniteljima u svrhu smještaja, izdržavanja i ličnih potreba hranjenika. Ona se isključivo koristi za pokrivanje svakodnevnih životnih troškova koje dijete na hraniteljstvu iziskuje, a i njihovo obračunavanje je neusklađeno između dva entiteta.⁴⁹ Također, još jedna specifičnost Zakona o socijalnoj zaštiti Republike Srpske je normiranje da hranitelj koji ne može ostvariti zdravstveno osiguranje po drugom osnovu, ostvaruje zdravstveno osiguranje iz budžetskih sredstava namijenjenih za ostvariva-

⁴⁵ M. Mladenović, *Društvena zaštita porodice i djece*, Rad, Beograd 1973, 201.

⁴⁶ Hraniteljska naknada za 2024. godinu u Federaciji iznosi 196,50KM za hranitelja koji obavlja tradicionalno hraniteljstvo jednog hranjenika, dok za obavljanje specijalizovanog hraniteljstva jednog hranjenika naknada iznosi 393,00KM. Kada je u pitanju iznos hraniteljske naknade u Republici Srpskoj, ona iznosi 324,00 KM za hranitelja koji brine o jednom djetetu, a hranitelju koji obavlja specijalizovano hraniteljstvo pripada naknada u iznosu od 453,60 KM.

⁴⁷ Zakon o hraniteljstvu FBiH, čl. 32.

⁴⁸ Pravilnik o hraniteljstvu RS, čl. 19.

⁴⁹ Zakon o hraniteljstvu FBiH čl. 34, Pravilnik o hraniteljstvu RS, čl. 20.

nje prava na zbrinjavanje u hraniteljsku porodicu, što nije predviđeno federalnim zakonom.⁵⁰

Pored problematike neujednačenosti, istraživanja ukazuju da predviđene naknade nisu adekvatne u odnosu na životni standard u našoj državi. Naime, nezahvalno je očekivati da propisi usvojeni prije više od deset godina, ne podliježući izmjenama i dopunama, budu zadovoljavajući u današnjici. Imajući u vidu svjetska dešavanja i ekonomsku situaciju u državi i regionu, sasvim je jasno da je neophodna prilagodba naknada za izdržavanje hranjenika sa novim društveno-političkim okolnostima. Istina je da iako većina hranitelja nije motivisana naknadama pri obavljanju svojih zadataka, niski iznosi naknada mogu otežavati obavljanje ovog poziva te stvarati nezadovoljstvo i osjećaj nezahvalnosti prema hraniteljima. To bi u krajnjem slučaju moglo rezultirati velikim brojem odustajanja od hraniteljstva, jer motivisanjem hranitelja podstiče se i širenje zajednice hranitelja.

5. ZAKLJUČAK

Praksa centara za socijalni rad u Bosni i Hercegovini pokazuje da se pri zasnivanju hraniteljstva ne daje prioritet najboljim interesima djeteta. To proizlazi iz brojnih izazova u složenoj proceduri zasnivanja hraniteljstva. Prvo, treba shvatiti da dugačka procedura zasnivanja hraniteljstva može imati negativne posljedice za dobrobit djeteta. Proces provjere hraniteljskih porodica, koji uključuje edukacije i procjene, može biti dugotrajan te ograničiti broj zainteresovanih hraniteljskih porodica. Svaki dan proveden u instituciji ili čekajući hraniteljsku porodicu predstavlja dodatni izazov za djecu. Stoga, dugotrajni zakonski postupci odgađaju djetetovu integraciju u sigurno i stabilno okruženje. Temeljni stup u funkcionisanu hraniteljstva čini regrutacija hranitelja. Naučna i stručna zajednica treba razviti posebnu osjetljivost prema hraniteljima uvažavajući njihovo znanje i iskustvo te pružati im podršku tokom čitavog procesa hraniteljstva, od njegovog zasnivanja pa sve do djetetovog napuštanja hraniteljske porodice.

Drugo, neprecizne i diskriminatorne odredbe u propisima o hraniteljstvu u Bosni i Hercegovini predstavljaju ozbiljan izazov koji direktno utječe na ostvarivanje dječijih najboljih interesa. Propisi ne pružaju dovoljno jasnih smjernica o tome šta čini prihvatljivu hraniteljsku porodicu. To može dovesti do proizvoljnih odluka i situacija u kojima djeca možda nisu smještena u okruženju koje im najbolje odgovara ili koje ne pruža adekvatnu podršku njihovim specifičnim potrebama. Pored edukacije i podrške hraniteljskim porodicama te revizije propisa i definicija, potrebno je razviti nultu toleranciju na diskriminaciju u sistemu hraniteljstva. Propisi

⁵⁰ Zakon o socijalnoj zaštiti RS, *Sl. glasnik RS*, br. 37/2012, 90/2016, 94/2019, 42/2020 – dr. uredba i 36/2022, čl. 45.

bi trebali eksplicitno zabraniti diskriminaciju na osnovu etničke pripadnosti, vjerskog uvjerenja, rodnog identiteta ili bilo kojeg drugog faktora. Neophodno je osigurati da sva djeca imaju jednaku priliku da budu smještena u hraniteljske porodice koje im najbolje odgovaraju. Međutim, u Bosni i Hercegovini se još uvijek ne preduzimaju precizni koraci za unaprijeđenje hraniteljskog oblika zaštite djeteta.

Sve navedeno povećava rizik od dječijeg ostanka u institucijama. Stoga je potrebno dalje proučavanje i moguće izmjene zakona kako bi se osiguralo da su djetetovi interesi uvijek na prvom mjestu prilikom donošenja odluka o hraniteljstvu. To bi trebalo uključivati jasnije definisanje kriterija za odabir hranitelja, ubrzanje procesa zasnivanja te pružanje podrške i nadzora uz naglasak na najbolji dječiji interes.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Bojana, M. Pucarević, *Srodnički starateljski smještaj dece u Republici Srbiji: potrebe za podrškom i dostupne socijalne usluge*, Doktorska disertacija, Fakultet političkih nauka Univerzitet u Beogradu, Beograd 2021;
2. Borjana, Miković, „Europska Konvencija o usvojenju i Porodični zakon F BiH“, *Zbornik radova „Dani Porodičnog prava“*, godina VIII, broj 8, Mostar 2020;
3. Maja, Laklija, „Modeli udomiteljstva u Europi“, *Forum za kvalitetno udomiteljstvo djece*, Zagreb 2011;
4. Maja, Laklija, „Pristupi udomiteljskoj skrbi za djecu u svijetu i čimbenici koji utječu na ishode udomiteljstva“, *Pregledni rad*, Pravni fakultet Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2011;
5. Maja, Laklija, „Spremnosti udomitelja za bavljenja udomiteljstvom i doživljaj vlastite uloge u suradnji s Centrima za socijalnu skrb“, *Ljetopis socijalnog rada*, Vol. 18 No. 3, Studijski centar socijalnog rada, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011;
6. Marko, Mladenović, *Društvena zaštita porodice i djece*, Rad, Beograd 1973;
7. Nevenka, Zegarac, „Deca koja čekaju: Izazovi i trendovi profesionalne prakse u zaštiti dece od zlostavljanja“, Beograd 2018;
8. Nives, Savanović, „Kvalitetno udomiteljstvo djece i odraslih osoba iz perspektive udomitelja“, Izvorni znanstveni članak, *Ljetopis socijalnog rada* 2010, 17 (2), 2010;
9. Senada, Buljubašić, *Socijalna integracija djece bez roditeljskog staranja*, DES, Sarajevo 2004;

10. Suzana, Bubić, „Standard „najbolji interes djeteta“ i njegova primjena u kontekstu ostvarivanja roditeljskog staranja“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar 2014;
11. Tracy, McGregor, Susan, Rodger, Alan, Leschied, „The Needs of Foster Parents A Qualitative Study of Motivation, Support, and Retention“, *Article Qualitative Social work*, University of Western Ontario, Canada 2006.

Pravni propisi

1. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 –ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US;
2. Konvencija o pravima djeteta UN, 1989;
3. Pravilnik o hraniteljstvu Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 27/14;
4. Pravilnik o stambenim i materijalnim uslovima za obavljanje hraniteljstva u FBiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 31/18;
5. Zakon o hraniteljstvu Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 19/2017 i 52/2022;
6. Zakon o socijalnoj zaštiti RS, *Sl. glasnik RS*, br. 37/2012, 90/2016, 94/2019, 42/2020 – dr. uredba i 36/2022.

Publikacije

1. Pravo deteta na kvalitetno staranje, Analiza sprovođenja smjernica UN za alternativno staranje o djeci u zemljama Zapadnog Balkana, Save the children NWB, 2014;
2. Situaciona analiza o djeci pod rizikom od gubitka porodične brige i djeci bez roditeljskog staranja u Bosni i Hercegovini, UNICEF 2017;
3. Smjernice za alternativno zbrinjavanje djece, SOS Children's Villages International, 2009;
4. Specijalni izvještaj o zbrinjavanju djece bez roditeljskog staranja s posebnim fokusom na stanje u ustanovama, Institucija ombudsmana/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka 2023.

Associate Professor Boris Krešić, LL.D.

Ajla Nezirović, LL.M.

Faculty of Law, University of Tuzla

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN THE FOSTER CARE SYSTEM IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Foster care is a form of non-institutional child protection for children lacking appropriate parental care. In addition to the entity-level family laws and entity-level social protection laws, which marginally address the issue of family legal and social protection of children as well as other socially vulnerable categories of the population, the placement of a child in foster care in Bosnia and Herzegovina's legislation is more specifically regulated by the adoption of two specialized legal regulations: the Foster Care Act of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Foster Care Regulation of the Republic of Srpska. The existence of two unevenly specialized legal regulations leads to significant differences in the quality of foster care between the two entities. The qualifications and capacities of foster families are not uniform across Bosnia and Herzegovina, and current practices of social work centers result in a large number of children being placed in institutions.

This paper analyzes the institution of foster care in Bosnia and Herzegovina, as well as the issue of respecting the best interests of the child when placing them under foster care. The aim is to highlight the shortcomings of the legislator that hinder the development of family-based forms of care for children without parental care. Our country's foster care regulations fail to sufficiently emphasize the child's best interests. Instead, the legislator often focuses on formal requirements and procedures that foster parents must meet. These requirements can be administratively burdensome or financially demanding, which makes it difficult for individuals who wish to provide care for a child to do so.

Key words: *Foster care; Best interests of the child; Children without parental care; Deinstitutionalization.*

Виши научни сарадник др Катарина Јовичић

Институт за упоредно право, Београд

КАДА ЈЕ ПОНУДА ДОВОЉНО ОДРЕЂЕНА ПРЕМА БЕЧКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ¹

Предмет овог рада је анализа међусобног односа чланова 14 и 55 Бечке конвенције о уговорима о међународној продаји робе (даље: БК), питања које више од 40 година изазива контроверзе због њихове, на први поглед, контрадикторне садржине. Реч је о томе да чл. 14 (1) БК прописује минималне услове одређености количине робе и цене да би понуда за закључење уговора била пуноважна, док чл. 55 БК садржи диспозитивно правило за утврђивање цене које се примењује на уговоре који су пуноважно закључени, али у којима нема експлицитног или имплицитног договора о цени (open-price contract). У правној теорији је споран њихов међусобни однос и ставови аутора се могу груписати око два приступа: први, по коме приоритет у примени има чл. 14 БК и други по коме приоритет има чл. 55. Судови и арбитраже када примењују чл. 55 БК то чине, по правилу, без детаљнијих објашњења која би могла да осветле питање разликовања између уговора са отвореном ценом и уговора у коме је цена имплицитно договорена, већ примењују чл. 55 више са циљем да подрже опстанак што већег броја закључених уговора. Истраживање је спроведено применом историјскоправног, упоредноправног и правнодогматског метода као и анализом релевантне судске праксе. Закључује се да уговори са отвореном ценом могу бити пуноважно закључени само под условом да је једна уговорна страна експлицитно или импли-

Катарина Јовичић, k.jovicic@iup.rs.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9803-5292>.

¹ Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта „Прилагођавање правног оквира друштвеним и технолошким променама са посебним освртом на регулисање вештачке интелигенције“ који у 2025. години спроводи Институт за упоредно право уз финансијску подршку Министарства науке, технолошког развоја и иновација (евиденциони број: 451-03-136/2025-03/200049 од 4. 2. 2025).

цитно одбила да прихвати цену коју је тражила, односно, понудила другу уговорна страна.

Кључне речи: Уговори са отвореном ценом; Имплицитно уговорена цена; Пуноважна понуда; Контрапонуда; Слобода уговарања.

1. УВОД

Међународни промет робе се већ неколико деценија успешно одвија захваљујући широкој примени Бечке конвенције о уговорима о међународној продаји робе (даље: БК).² Реч је о међународном извору права који је специфичан по томе што супстанцијалним (а не колизионим) правним нормама регулише најзначајнија питања која се постављају у вези са наведеним уговором.³ Ову конвенцију је до данас ратификовало 97 држава широм света и та чињеница потврђује да је реч о најутицајнијем извору права за међународну продају робе.⁴

Иако је реч о успешној међународној конвенцији, она ипак није савршена с обзиром да постоје одређени уговори о продаји робе, односно, одређена питања тих уговора која су ван домена њене примене. Наиме, Конвенција се не примењује на међународне продаје које имају за предмет хартије од вредности и новац; бродове, глисере и ваздухоплове; електричну енергију, а поред тога и на продаје робе на јавној лицитацији као и потрошачке продаје.⁵ Осим што се не примењује на наведене врсте продаја, БК не уређује ни одређена питања уговора о међународној продаји робе. Тако, чл. 4 предвиђа да се она не односи на пуноважаност уговора, било које његове одредбе или обичаја, нити на дејство које би уговор могао имати на својину продате робе.⁶ Разлог због кога су ова питања остављена у оквирима на-

² *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1980. године. Текст Конвенције доступан је на: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf, 24. мај 2024.

³ За Бечку конвенцију се може рећи да представља резултат педесет година рада на унификацији права међународне продаје робе, што није било ни лако ни брзо јер се водило рачуна о томе да се за што већи број питања пронађу одговарајућа решења којима би се премостиле разлике између континенталних и *common law* правних система. Вид. К. Јовичић, „Нека питања у вези са понудом и прихватам према Бечкој конвенцији“, *Страни правни живот* 3/2009, 186–188.

⁴ Податак је доступан на: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status, 27. мај 2025.

⁵ БК, чл. 3.

⁶ БК, чл. 4 Конвенције је предвиђено да она уређује само закључење уговора о продаји и права и обавезе продаваца и купца која проистичу из таквог уговора, а да се она не примењује на: „(а) пуноважаност уговора, било које од његових одредаба или обичаја; (б) дејство које би уговор могао имати на својину продате робе“.

ционалног регулисања је тај што се она још увек решавају на битно различите начине у упоредном праву због чега она нису погодна за униформно регулисање међународним актом. Поред тога, чл. 5 предвиђа и да се Конвенција не примењује на одговорност продавца за смрт или телесне повреде које би роба проузроковала било ком лицу, зато што су ова питања регулисана императивним националним прописима и као таква су изостављена из домена БК да би се тај међународни уговор учинио прихватљивим извором права за што већи број држава. Коначно, ван домена примене БК су и потрошачки уговори о међународној продаји робе, за које је прописан посебни правни режим како на националном тако и на регионалном (међународном) нивоу.

Иако се БК успешно примењује више од 40 година, нека питања која она регулише и данас привлаче пажњу аутора. Једно од њих је питање међусобног односа чл. 14 и 55 БК који су очигледно тесно повезани, али чија интеракција није до краја јасна на основу њихових формулација. Наиме, чл. 55 садржи диспозитивно правило о одређењу цене за робу код уговора који су пуноважно закључени, али у којима цена није ни изричито ни прећутно одређена, нити постоје елементи на основу којих би се она могла одредити.⁷ Примена овог члана је спорна зато што је његова садржина, на први поглед, контрадикторна правилу чл. 14 БК, које одређује услове пуноважности понуде на тај начин што прописује да она, поред означавања робе која је предмет уговора, мора на експлицитан или имплицитан начин одређивати количину робе и износ цене, односно, садржати елементе за њихово одређивање.⁸

Дилеме о међусобном односу правила чл. 14 и 55 БК не би било када би чл. 14 упућивао на примену чл. 55, алтернативно, да је у оквиру чл. 14 садржано и правило о отвореној цени. Међутим, иако су обе опције биле разматране током дипломатске конференције на којој се дискутовало о формулацијама чланова овог међународног уговора, оне нису прихваћене због непомирљивих разлика у националним правним системима у погледу допуштености уговора са отвореном

⁷ Чл. 55 БК гласи: Кад је уговор ваљано закључен а да цена за продату робу није у уговору ни изричито ни прећутно одређена нити у њему има одредби на основу којих би се могла утврдити, сматраће се, ако није супротно наведено, да су стране прећутно пристале на цену која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној струци за такву робу продату под сличним околностима.

⁸ Чл. 14 (1) БК гласи: Предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица представља понуду ако је довољно одређен и ако указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају прихватања. Предлог је довољно одређен ако означава робу и изричито или прећутно утврђује количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање

ценом. За прихватање уговора о продаји са отвореном ценом су се залагале државе чији привредни систем функционише на деловању тржишних механизма, док су против биле државе са централно-планским привредним системима, у којима се од уговорних страна очекивало да своје договоре ускладе са одлукама надлежних органа (што по природи ствари искључује могућност уговарања било какве цене која одступа од прописане). Поред тога, прихватању отворене цене су се противиле и државе у развоју које су сматрале да на њих то може лоше да утиче с обзиром да су цене сировина, које представљају њихов главни извозни артикал, веома споро расле док су цене готових производа (које те државе претежно увозе из развијених земаља) расле много брже.⁹ На крају је постигнут не баш идеалан компромис актуелним формулацијама чл. 14 и 55 БК.

2. СТАВОВИ ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ

Као што је наведено, уговор о међународној продаји робе се може пуноважно закључити само ако је понудилац у понуди експлицитно или имплицитно одредио цену за робу или елементе на основу којих би се она могла одредити (чл. 14). Испуњење овог захтева се једноставно утврђује када се изјаве о понуди и прихвату размењују у две информације. Међутим, проблем је у томе што то није типична ситуација у пракси, већ је чешћи случај да стране уговорнице током преговора размењују више информација и да тачна понуда није нужно садржана само у једној од њих, већ се она може допунити и у каснијој комуникацији уговорних страна, па и на основу њиховог понашања.¹⁰ Због тога је могуће да једна уговорна страна накнадно постане свесна да недостаје један од прописаних услова пуноважности понуде (по чл. 14 БК) и ако се у међувремену покаже да јој тај уговор из неког разлога више не одговара, она може да доведе у питање његову пуноважност. Такве ситуације се дешавају чак и након што је купац примио испоруку, па и по истеку прописаних рокова за приговор на несаобразност испоруке.¹¹ У тим споровима се поставља питање који члан има предност у примени, чл. 14 или чл. 55 БК.

⁹ Детаљније: А. М. Garro, “Reconciliation of Legal Traditions in the U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 23 *International Lawyer* 1989, 450 и даље, https://cisg-online.org/files/commentFiles/Garro_23_IntlL_1989_443.pdf, 25. мај 2025.

¹⁰ L. Mistelis, “Article 55 CISG: The Unknown Factor”, *Journal of Law and Commerce* 2005, 290.

¹¹ U. Schroetter, “Article 14” in: I. Schwenzer, U. Schlechtriem (eds.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford 2003, 315.

Приоритет у примени има чл. 14 БК: Основни аргумент за ово гледиште је текст правила чл. 55 у коме је изричито наведено да се оно примењује *само под условом да је уговор пуноважно закључен*,¹² а на основу чл. 14 БК је јасно да уговор не може бити пуноважно закључен ако цена није одређена нити је одредива. Сагласно томе, примена чл. 55 БК долази у обзир само под условом да је држава суда прихватила Део III БК (који регулише продају робе), али је истовремено ставила резерву на Део II БК (који регулише питање закључења уговора у оквиру кога се налази члан 14 БК).¹³ У том случају уговор са отвореном ценом може бити пуноважно закључен по правилима меродавног националног права до кога доведе колизиона норма суда, под условом да тако одређено меродавно право допушта закључење уговора са отвореном ценом.¹⁴

Кључна слабост овог гледишта је у томе што занемарује чињеницу да се уговори, осим техником понуде и прихвата, могу закључити и на друге начине на пример, конклюдентним радњама односно започињењем извршења уговора без договора о цени.¹⁵ Ово гледиште се више заступало у првим годинама примене БК, али оно није издражло тест времена и данас већина аутора, како тврди професор Ди Матео (*Di Matteo*), сматра да пуноважно закључен уговор у коме је цена имплицитно одређена или даје елементе на основу којих се може одредити искључује примену члана 55 БК, чак и ако се накнадно испостави да је цена неодредива.¹⁶

Приоритет у примени има члан 55 БК: По другом схватању стране уговорнице које започну извршење уговора а да се претходно нису

¹² Италиком нагласила ауторка овог рада.

¹³ Могућност држава да ставе резерву на примену Дела II и Дела III Конвенције прописана је у чл. 92 БК. На овај начин искључује се и примена правила чл. 14 БК на конкретни уговорни однос, што отвара простор за примену правила међународног приватног права.

¹⁴ Ово схватање је заступљено у Коментару нацрта БК који је припремио Секретаријат УН Конференције о уговорима о међународној продаји робе на којој је БК усвојена. Вид: С. Bianca, М. Bonnell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, 1987, 401, 407; Е. Allan Farnsworth, “Formation of Contract”, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (eds. N. Galston, H. Smit), New York 1984, § 3.04, наведено према: L. Mistelis, 291; J. M. West, J. K. M. Ohnesore, “The 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis of Consequences of Accession by the Republic of Korea”, *Global Business & Development Law Journal* 12/1999, 75–76.

¹⁵ F. Mohs, “Art. 55”, *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)* (eds. Schwenger, Ingeborg, Schroeter, Ulrich, G.), Oxford 2022, 1075.

¹⁶ L. Di Matteo, “Critical Issues in the Formation of Contracts under the CISG”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2011, 73; A. Fillers, “Open-Price Contracts Under the CISG, The Law in Action”, *European Business Law Review* 2/2024, 269.

договориле о цени, таквим поступањем манифестују вољу да искључе примену чл. 14 БК¹⁷ односно минималне услове пуноважности понуде које одређује правило тог члана.¹⁸ Примена чл. 14 се, поред тога, може искључити и обичајем са којим су се стране сложиле, као и са праксом коју су међусобно успоставиле током заједничког пословања (чл. 9 БК).¹⁹ Ипак, значај ових мишљења је, према професору Филерсу (*Fillers*-у), више теоријски с обзиром да се судови и арбитраже ретко на њих позивају да би аргументовали примену чл. 55.²⁰ Поједини аутори који подржавају ово гледиште позивају се на чињеницу да је смисао чл. 55 да макар имплицитно омогући правно дејство понуде са отвореном ценом (с обзиром да садржи правило о одређењу цене за пуноважно закључене уговоре са отвореном ценом).²¹ Због тога би ово правило требало користити за одређивање цене у свим случајевима у којима се суд увери да је постојала намера странака да закључе уговор, те де је његова сврха да спаси уговоре у којима цена није експлицитно ни имплицитно одређена нити одредива, укључујући чак и уговоре у којима је прихват понуде био одговор на погрешну понуду, или на једнострану изјаву странке која није правно ваљана да би производила правно дејство понуде.²²

3. СТАВОВИ СУДСКЕ И АРБИТРАЖНЕ ПРАКСЕ

У почетку примене БК одлука Врховног суда Аустрије из 1994. године у предмету купопродаје крзна чинчиле је привукла значајну

¹⁷ Ово право стране уговорнице имају на основу чл. 6 БК који гласи: „Стране могу искључити примену ове конвенције или, под резервом одредби чл. 12 одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство“.

¹⁸ G. Hager, “Analysis of Obligations of the Buyer (Arts. 53–60)”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Peter, Schlechtriem, Ingeborg, Schwenzer) Oxford 2005, 626.

¹⁹ Чл. 9 БК: (1) Стране су везане обичајима са којима су се сложиле, као и праксом успостављеном међу њима. (2) Ако није друкчије договорено, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или морао бити познат и који је широко познат у међународној трговини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној струци.

²⁰ A. Fillers, 265.

²¹ I. Schwenzer, F. Mohs, “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, *Internationales Handelsrecht* 6/2006, https://cisg-online.org/files/-commentFiles/Schwenzer_Mohs_IHR_2006_239.pdf, 17. мај 2025; M. Viscasillas, “The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law”, *13 Pace International Law Review* 2001, 377–380.

²² L. Di Matteo, 73. Детаљније о ставовима доктрине о односу чл. 14 и 55 БК вид: С. Фишер Шобот, „*Open-price* уговори о међународној продаји робе – однос чланова 14 и 55 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018, 188–193.

пажњу и утицала је на формирање судске праксе у вези са питањем довољне одређености понуде. Спор је проистекао из ситуације у којој је аустријски купац поручио од немачког продавца већу количину крзна од чинчиле, просечног до врхунског квалитета, по цени између 35 и 65 немачких марака по комаду. Продавац је испоручио укупно 249 комада крзна и купац је одмах (без обављања прегледа примљене робе), целокупну испоруку препродао купцу у Италији. Италијански партнер је вратио 13 комада крзна због недостатака у квалитету и одбио је да за њих плати цену, због чега је продавац (купац из првог уговора), умањио за тај износ цену коју је платио свом продавцу, позивајући се на несаобразност испоруке. Немачки трговац (продавац у првом уговору) је против купца поднео тужбу којом је од суда тражио да обавезе туженог да плати разлику до пуне уговорене цене. Првостепени и другостепени судови су пресудили у корист тужиоца (одредивши цену од 50 немачких марака по крзну). Одлуке нижестепених судова потврдио је Врховни суд Аустрије.²³ Ни један од ова три суда није довео у питање пуноважност закљученог уговора због неодређености цене (у распону од 35 до 65 немачких марака), чиме се потврђује да је понуда била довољно одређена. Врховни суд је аргументовао тај став позивањем на чињеницу да су предмет и цена били на имплицитан начин уговорени. У том случају, наводи суд, питање довољне одређености количне робе и цене се тумачи у складу са стандардом разумног лица истих својстава, уз узимање у обзир свих околности случаја укључујући преговоре, праксу коју су уговорне стране међусобно успоставиле пре закључења уговора, обичаја као и свако њихово доцније понашање.²⁴ Суд даље наводи да је понашање страна уговорница потврдило да су количина робе и цена биле довољно одређене те да је купац примио целокупну испоруку и да није приговорио на количину, на квалитет нити на цену, већ је робу одмах препродао трећем лицу. Суд је додао и то да у овом предмету, с обзиром на наведено, није било потребе да се примени чл. 55 БК да би се одредила цена.²⁵ Овиме је Врховни суд оспорио исправност поступања првостепеног и другостепеног суда који су одредили цену за робу позивајући се на чл. 55 БК,²⁶ иако је подржао њихове одлуке. Профе-

²³ Одлука Врховног суда Аустрије бр. 2 Ob. 547/93 од 10. новембра 1994. године. Ова одлука у оригиналну на немачком језику је доступна на: https://cisg-online.org/files/cases/6096/fullTextFile/117_40539941.pdf, 27. мај 2025.

²⁴ Видјети чл. 8 БК који регулише питање тумачења изјава и понашања страна уговорница.

²⁵ Сажети опис овог случаја на енглеском језику доступан је на: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v95/604/92/img/v9560492.pdf> (4-5), 25. мај 2025.

²⁶ Првостепени суд је одредио да је цена по комаду крзна 50 немачким марака, а ту цену је подржао и другостепени суд у пресуди којом је одлучио о жалби туженог.

спор *Di Matteo* је у с тим у вези уочио да је Врховни суд у овом предмету указао на једну димензију односа између чл. 14 и 55 БК, а то је да примена чл. 55 БК не долази у обзир када понуда за закључења уговора имплицитно одређује цену, или даје елементе на основу којих се она може одредити.

Сличан резон је применио и Регионални суд у Дармштату у предмету купопродаје 8000 видео рекордера и других апарата за домаћинство, од којих је више од половине испоручено са материјалним недостацима. Купац из Швајцарске и продавац из Немачке су се накнадно договорили да сниже уговорену цену за 4000 видео рекордера, на име трошкова поправке. Међутим, купац је одбио да плати и тако снижену цену сматрајући да је она превисока с обзиром да је у међувремену открио да и остатак робе има одређених недостатака. Продавац је поднео тужбу са захтевом за плаћање договорене цене, што је купац одбио и тражио је од суда одреди цену у складу са правилом чл. 55 БК. Суд је одбио да примени чл. 55 наводећи да су се уговорне стране договориле о одређеној купопродајној цени, те да нису ни имплицитно поменуле цену која се генерално наплаћује за такву робу, што би могло да упути на примену чл. 55 БК. Имајући наведено у виду, као и чињеницу да БК странама даје право да слободно формирају уговорну цену, суд је закључио да је тужбени захтев основан.²⁷

Интересантна је и одлука Регионалног суда у Франкфурту од 4. маја 1994. године којом је решен спор чије је чињенично стање било следеће: шведски трговац је затражио од немачког продавца специјалних шрафова и друге сличне робе да достави понуду за шрафове одређеног квалитета. Продавац је одговорио дописом који је као прилог садржао каталошку листу шрафова, њихове цене као и рокове испоруке. Купац је након тога поручио 3.400 комада разних шрафова, а поред тога и другу робу из продајног асортимана продавца. Продавац је као одговор на поруџбину послао фактуру са листом артикала нешто нижег квалитета од оног који је тражио купац и са ценом која одговара артиклима таквог, нижег квалитета. Купац је инсистирао да му се доставе шрафови вишег квалитета, али по цени коју је продавац навео у фактури, што је продавац одбио и то је био узрок спора који је решаван по тужби немачког продавца. Суд је одлучио да је купац, одговоривши на поменути начин, учинио контрапону продавца у којој је тражио да му продавац испоручи додатну робу (у односу на робу коју је продавац понудио), као и да том приликом није ни поменуло било какве услове у погледу цене за ту робу. У светлу ових окол-

²⁷ Одлука Регионалног суда у Дармштату 10 О 72/00 од 9. маја 2000. године. Сажетак одлуке доступан је на: https://cisg-online.org/files/cases/6524/abstractsFile/-560_46938004.pdf, 27. мај 2026.

ности суд је одлучио да контрапонуда није довољно одређена (није садржала цену за робу која је додатно наручена нити елементе на основу којих би се она могла утврдити) и на основу тога је закључио да уговор није пуноважно закључен у складу са чл. 14 БК. Сагласно томе, суд је одбио да примени чл. 55 БК зато што се за то нису стекли прописани услови.²⁸

Временом, судови и арбитраже су постајали све отворенији за примену чл. 55 БК и то, како показују доступне одлуке, на основу квалификације чињеница случаја као имплицитног договора о цени, а понекад и прихватајући да је уговор пуноважно закључен чак и без договора о цени (што је супротно чл. 14 БК). То и није толико чудно ако се има у виду да линија разграничења између имплицитног договора о цени, с једне стране, и уговора са отвореном ценом, с друге, није тако јасна нити је једноставно утврдити је у датим околностима. Међутим, пракса показује да судови и арбитраже нису улазили у детаљнија објашњења која би осветлила то питање, већ су често поступали прагматично када би применили чл. 55 БК, што су чинили да би омогућили опстанак што већег броја уговора. Ово адекватно илуструје одлука Апелационог суда кантона Вале (*Valais*) у Швајцарској у спору који је проистекао из уговора о купопродаји рерне за ресторан швајцарског хотела, која се покварила један дан пред викенд и то у шпицу туристичке сезоне. Хотел је затражио од продавца да замени неисправну рерну, притом не наводећи у чему се састоји недостатак због кога се жали да она више не ради. Продавац у том тренутку није имао рерну на стању, али је одмах набавио нову од произвођача и благовремено је (у најкраћем року) одговорио на купчев захтев да замени неисправну рерну, што је купац и прихватио. Међутим, ни једна уговорна страна том приликом, нити пре тога, није ни помињала цену рерне да би продавац, касније, истога дана када је заменио рерну, хотелу доставио рачун за плаћање. Хотел је користио рерну до краја сезоне и у току тог периода продавац му је неколико пута пружио услуге њене поправке, то јест одржавања. По истеку сезоне купац је позвао продавца да однесе рерну, а цену по рачуну није платио зато што је, како је навео, сматрао да му је продавац, са којим више година успешно сарађује поводом набавке и одржавања кухињске опреме, у хитној ситуацији уступио нову рерну на коришћење без накнаде. Продавац је тужио купца захтевајући од суда да га обавезе да плати цену и то у износу који је означен на рачуну. Суд није уважио став туженог (да је тужбени захтев неоснован јер му је продавац, у хитној

²⁸ Одлука Регионалног суда у Франкфурту, 10 U 80/93 од 4. марта 1994. године. Сажетак одлуке доступан је на <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v96/842-23/img/v9684223.pdf>, 25. мај 2025.

ситуацији, уступио рерну на коришћење без накнаде, коју је вратио продавцу када је хитна ситуација прошла). Поред тога, истакао је да са продавцем није разговарао о цени те да то питање није ни поменуто како пре тако ни у моменту замене рерне. Образлажући зашто сматра да став туженог није основан суд је навео да продавац није био упознат са чињеницом да је рерна неисправна нити је то могао знати зато што га купац није обавестио у чему се састоји њен недостатак, нити је приговорио на цену по рачуну који му је продавац доставио касније. Поред тога, суд је установио и да је протекло више од две године од испоруке рерне те да је купац због тога изгубио право да позове продавца на одговорност по основу материјалних недостатака продате ствари. Суд је у овом предмету указао на то да се код уговора са отвореном ценом њен износ одређује према цени која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала за такву робу продату под сличним околностима, у складу са правилом чл. 55 БК. Даље је суд навео и то да правило чл. 55 БК штити купца од обавезе да плати превисоку цену за робу, али му истовремено и не дозвољава да искористи веома повољну цену.²⁹ У конкретном случају суд није одредио цену на основу чл. 55 БК, већ је обавезао туженог да плати цену у износу који је продавац тражио по достављеном рачуну, а која је за 30% нижа од тржишне цене. С обзиром да тужени није довео у питање тражени износ суд је закључио да је под тим околностима цена у овом случају пуноважно уговорена.³⁰ Коментаришући ову пресуду професор *Fillers* констатује да овај случај јасно указује на то да се суштински значај примене чл. 55 БК огледа у томе да онемогући купца да избегне уговор позивањем на формалне разлоге, посебно када би то било неправедно према продавцу. Међутим, он констатује и да суд у овом предмету није објаснио однос између тржишне цене и њене цене по достављеном рачуну (која је за 30% нижа од тржишне), али је ипак онемогућио продавца да, позивањем на чл. 55 БК, тражи од купца да му плати пуну тржишну цену.³¹

У пракси је забележено више одлука у којима су се две стране договарале о закључењу уговора о продаји и сагласиле се о предмету уговора, али не и о цени, да би у неком каснијем моменту оне ипак постигле договор о цени, експлицитно или имплицитно. Другачије речено, уговори који су закључени као уговори о продаји са отвореном ценом су у великом броју накнадно модификовани као уговори са

²⁹ Пресуда Апелационог суда кантона Valais, C1 06 95 од 27. априла 2007. године, <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/switzerland-tribunal-cantonal-appellate-court-du-jura-16>, 23. мај 2025.

³⁰ *Ibid.*

³¹ A. Fillers, 275.

уговореном ценом. За такав закључак, као што показују напред описани случајеви, довољно је да је продавац послао купцу рачун, односно листу артикала са њиховим ценама, или да је купац изјавио да је спреман да плати одређену цену а да се продавац са тим накнадно сагласио.³² На основу тога се може закључити да уговори са отвореном ценом могу бити пуноважно закључени само под условом да је једна уговорна страна експлицитно или имплицитно одбила да прихвати цену коју је тражила, односно, понудила друга уговорна страна, а такви су случајеви у пракси ретки.³³

Посебно питање у вези са применом чл. 55 односи се на ситуације у којој су се уговорне стране имплицитно договориле о цени, али и да ће у неком тренутку у будућности склопити договор о њеном коначном износу, па се то не догоди. У овом контексту је илустративан пример предмет који је познат у правној литератури као случај *Fauba v. Fujitsu*, у коме су се странке приликом закључења уговора договориле о цени али и да ће се она кориговати накнадно у складу са евентуалним повећањем, односно смањењем тржишне цене за робу која је предмет уговора. Поуздајући се у закључени уговор продавац је извршио испоруку, али је купац одбио да је прими са образложењем да цена није уговорена и да уговор због тога није ни закључен. Овај спор се расправљао прво пред Апелационим, а потом и пред Касационим судом у Француској и оба суда су одбацила као неосноване наводе туженог и оба суда су му наложила да продавцу плати тражену цену. Судови нису применили чл. 55 БК да би одредили цену, нити би то било оправдано зато што би то, како је образложено, било супротно договору страна о начину на који ће се уговорена цена накнадно обрачунати.³⁴

³² На пример, одлука Апелационог суда у Роштоку о купопродаји замрзнутих ракова у предмету 6 U 126/00 од 10. октобра 2001. године, у коме је француски продавац продао купцу из Немачке замрзнуте ракове и друге деликатесе. Притом, није била сасвим јасно одређена цена за робу (продавац је дистрибуирао своју листу артикала са ценом), а поред тога је било и тешкоћа у вези са утврђивањем њене количине. У тим околностима суд је навео да су се странке имплицитно сагласиле са тржишном ценом која се у време закључења уговора наплаћивала за такву робу продату под сличним околностима, као што то предвиђа чл. 55 БК. Сагласно томе, уобичајена ценовна листа продавца је имплицитно уговорена за овај уговор. Сажетак одлуке суда, као и текст пресуде на немачком језику доступан је на: <https://www.unilex.info/cisg/case/906>.

³³ A. Fillers, 277.

³⁴ Одлука Касационог суда Француске бр. 92-16.993 од 4. јануара 1995. године. Сажетак одлуке на енглеском језику као и одлука на француском језику доступни су на: https://cisg-online.org/files/cases/6116/abstractsFile/138_98867563.pdf, 22. мај 2025. Вид. и L. Mistelis, 290.

Могуће су и друге ситуације и решења када се стране договоре да се цена за робу накнадо одреди. Тако, када се о цени стране нису ни експлицитно ни имплицитно договориле, већ су само предвиделе да ће се о томе накнадно споразумети па то не учине, онда уговор о продаји није пуноважно закључен по правилима БК. Ово зато што договор о томе да ће се цена договорити у будућности није имплицитно уговорена цена. Могуће је, а у пракси су забележени и такви ставови, да се будући договор о цени посматра као имплицитни договор о цени у складу са правилом чл. 55 БК, све док (и ако) се стране уговорнице не договоре о другој цени.³⁵ Коначно, могуће је и да се договору о уговарању цене у будућности не придаје практични значај и да се у таквим случајевима сматра да уговор није ни настао.³⁶

На основу прегледа доступних судских и арбитражних одлука, од којих је неколико карактеристичних представљено у овом раду, евидентно је да разматрају могућност примене чл. 55 БК, иако се то не би очекивало с обзиром на ставове правне теорије о законитости таквог поступања. Управо то тврди професор *Fillers* у недавно објављеном раду у коме је, истражујући интеракцију чл. 14 и чл. 55 БК, утврдио да су судови и арбитраже у двадесетак одлука разматрали примену чл. 55 БК, те да је то неочекивано велики број предмета с обзиром да се уговори са отвореном ценом у пракси ретко закључују. Он такође констатује да у тим одлукама ретко има темељнијих разматрања о питању пуноважности уговора са отвореном ценом, већ да се чл. 55 примењује, практично, као *lex specialis* у односу на чл. 14 БК.³⁷

³⁵ На пример, одлука Регионалног суда у Нојбранденбургу (*Neubrandenburg*) бр. 10 О 74/04 од 3. августа 2005. године, којом је пресуђен спор поводом уговора о купопродаји 400.000 тегли компота од вишње без коштица по цени „која ће бити одређена током сезоне“. Након прве испоруке 50.000 тегли по цени од 0,95 евра по тегли, у октобру 2003. године продавац је послао писмо купцу којим потврђује претходну куповину 200.000 тегли и утврђује цену од 0,90 евра по тегли. Купац је између јануара и јула 2004. године преузео још 130.464. тегли компота по цени између 0,7 и 0,90 евра по тегли, да би га продавац у августу исте године позвао да преузме и преостале тегле по цени од 0.90 евра комад. Купац је поднео тужбу надлежном суду против продавца како би добио потврду да између странака није закључен пуноважни уговор. Суд је на основу околности случаја закључио да је уговор закључен јер је договорен предмет па чак и имплицитно и цена (позивањем да ће се цена одредити током сезоне, што упућује на тржишну цену у складу са правилом чл. 55 БК), а да је договор о цени након тога и изричито постигнут у погледу извршених испорука с обзиром да је купац сваку испоруку платио по цени коју је одредио продавац, без приговора. Тужба је одбијена и суд је обавезао купца да плати цену у износу који је тражио продавац. Сажетак и текст одлуке доступни су на: <https://www.unilex.info/cisg/case/1097>, 2. јуни 2025.

³⁶ Више о овоме вид: A. Fillers, 278–279; L. Mistelis, 291–292.

³⁷ A. Fillers, 287–288.

4. ЗАКЉУЧАК

Одредити границу између уговора са отвореном ценом и уговора у коме је цена за робу имплицитно уговорена није лако правилно утврдити. Судови и арбитраже су у својим одлукама, од којих су неке изложене у овом раду, указали на неке индиције на основу којих се може утврдити да је цена уговорена имплицитно и међу њима су: када је продавац доставио купцу рачун за плаћање на који купац није приговорио; када је купац платио цену а да није приговорио на несаобразност робе; када је продавац послао купцу листу артикала са њиховим ценама а купац није приговорио на цену; када је купац изјавио да је спреман да плати одређену цену а продавац се са тим накнадно сагласио итд. На основу тога се може закључити да уговори са отвореном ценом могу бити пуноважно закључени само под условом да је једна уговорна страна експлицитно или имплицитно одбила да прихвати цену коју је тражила, односно, понудила друга уговорна страна. Посебну пажњу у овом контексту изазивају уговори у којима се стране уговорнице договоре да ће цену заједно одредити у неком тренутку у будућности па то, ипак, не учине и судска и арбитражна пракса у односу на ово питање није уједначена. Ставови правне теорије о овом питању се разликују у погледу тога када је понуда довољно одређена да би њен прихват довео до пуноважно закљученог уговора, али њихова образложења могу да допринесу свима који примењују право да боље разумеју и правилно квалификују чињенична стања у погледу тога да ли је понуда у конкретном предмету довољно одређена.

Коначно, полазећи од тога да су формулације правила чл. 14 и 55 БК резултат тешко постигнутог компрописа између држава због битних разлика у погледу прихватања уговора са отвореном ценом (које су биле одраз поделе између држава на оне са тржишном привредом и оне са централно-планском привредом). Међутим, реалност је да је ова подела у међувремену практично превазиђена па се може поставити и питање значаја разматрања односа чл. 14 и 55 БК у пракси. У светлу те околности може се имати више разумевања па и оправдања за прагматичан приступ судова и арбитража који прихватају да уговори са отвореном ценом могу пуноважно бити закључени по БК.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bianca, C. Massimo, Bonnell, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè 1987;
2. Di Matteo, Larry, “Critical Issues in the Formation of Contracts under the CISG”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2011;
3. Farnsworth, E. Allan, “Formation of Contract”, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (eds. Galston, Nina M., Smit, Hans), New York 1984;
4. Fillers, Aleksandrs, “Open-Price Contracts Under the CISG, The Law in Action”, *European Business Law Review* 2/2024;
5. Фишер Шобот, Сандра, „Open-price уговори о међународној продаји робе – однос чланова 14 и 55 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018;
6. Garro, M. Alejandro, “Reconciliation of Legal Traditions in the U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 23 *International Lawyer* 1989. https://cisg-online.org/files/commentFiles/Garro_23_IntlL_1989_443.pdf, 25. мај 2025;
7. Hager, Günter, “Analysis of Obligations of the Buyer (Arts. 53–60)”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Peter, Schlechtriem, Ingeborg, Schwenzer) Oxford 2005;
8. Јовичић, Катарина, „Нека питања у вези са понудом и прихватам према Бечкој конвенцији“, *Страни правни живот* 3/2009;
9. Mistelis, Loukas, “Article 55. CISG: The Unknown Factor”, *Journal of Law and Commerce* 2005;
10. Mohs, Florian, “Art. 55”, *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)* (eds. Schwenzer, Ingeborg, Schroeter, Ulrich, G.), Oxford 2022;
11. Schroeter, Ulrich, “Article 14”, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (eds. Schwenzer, Ingeborg, Schlechtriem, Ulrich), Oxford 2003;
12. Schwenzer, Ingeborg, Mohs, Florian, “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, *Internationales Handelsrecht* 6/2006, https://cisg-online.org/files/commentFiles/Schwenzer_Mohs_IHR_2006_239.pdf, 17. мај 2025;
13. Viscasillas, Maria, “The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law”, 13 *Pace International Law Review* 2001;
14. West, M., James, Ohnesorge, John, K. M., “The 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis of

Consequences of Accession by the Republic of Korea”, *Global Business & Development Law Journal* 12/1999.

Senior Research Associate Katarina A. Jovičić, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

WHEN AN OFFER IS SUFFICIENTLY DETERMINED UNDER THE VIENNA CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

This paper analyzes the relationship between Articles 14 and 55 of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), a question that has sparked controversy for over 40 years due to their seemingly contradictory content. Article 14(1) of the CISG stipulates minimum requirements for the quantity and price of goods for an offer to be considered valid, while Article 55 contains a default rule for determining the price in contracts that have been validly concluded but do not explicitly or implicitly specify a price (open-price contracts). Legal theory acknowledges the close connection between these two articles, but their interaction remains debated, leading to two main perspectives: one prioritizing Article 14 and the other prioritizing Article 55. Judicial and arbitral practice does not rely on legal theory when applying Article 55, nor does it offer detailed explanations distinguishing between open-price contracts and contracts where the price is implicitly agreed upon. Instead, Article 55 is applied more pragmatically to uphold the validity of as many concluded contracts as possible. The research was conducted using historical-legal, comparative-law, and doctrinal legal methods, as well as an analysis of relevant case law. The study concludes that open-price contracts can be validly concluded only if one party explicitly or implicitly refuses to accept the price requested or offered by the other party.

Key words: *Open-price contracts; Implicitly agreed price; Valid offer; Counteroffer; Freedom of contract.*

Проф. др Тамара Ђурђић-Милошевић

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Проф. др Новак Крстић

Правни факултет Универзитета у Нишу

ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗАВЕШТАЊА*

Заједничко завештање представља специфичан облик mortis causa располагања, који се налази између класичног завештања и уговора о наслеђивању. Овај инструмент омогућава појединцима, најчешће супружницима, да усагласе своје последње изјаве воље и уобличе у јединственој исправи. У појединим правним системима, заједничко завештање је признато као посебан институт, и усмерено је на заштиту наследноправних интереса супружника и њиховог потомства. Рад анализира предности и недостатке овог института кроз упоредноправни приступ. Посебан акценат стављен је на допринос проширењу приватне аутономије у области наслеђивања кроз увођење овог и сродних института. Циљ анализе је да се подстакне дискусија о могућој имплементацији заједничког завештања у српско наследно право.

Кључне речи: Аутономија воље; Слобода располагања за случај смрти; Класично завештање; Заједничко завештање; Уговор о наслеђивању.

Тамара Ђурђић-Милошевић, tdjurdjic@gmail.com, tdjurdjic@jura.kg.ac.rs.

Новак Крстић, novakkrstic@yahoo.com, novak@prafak.ni.ac.rs.

* Рад је резултат научноистраживачког рада аутора Тамаре Ђурђић-Милошевић у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2025. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

Рад је настао као резултат научноистраживачког рада аутора Новака Крстића финансиран од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-137/2025-03/ 200120 од 4. 2. 2025. године.

1. УВОД

Наследноправни инструменти као што су уговор о наслеђивању и заједничко завештање представљају значајан допринос еволуцији слободе располагања имовином за случај смрти. Ови облици располагања омогућавају појединцу да своју последњу вољу изрази кроз нове форме, истовремено представљајући вид добровољног ограничења завештајне слободе. За разлику од законских ограничења, као што је право на нужни део, овде је реч о самонаметнутој обавези – појединац се уговором или завештањем обавезује да одређена лица именује за своје наследнике. Овде посебно долази до изражаја узајамност располагања, као вид усаглашавања последњих воља двају лица које се обједињују у јединственој исправи. Овакви правни послови често у пракси укључују и обавезу старања или доживотног издржавања као противуслугу за стицање наследничког статуса.

Узајамност у располагању посебно долази до изражаја у контексту породичних односа, где правна сигурност надживелог супружника и заштита интереса потомства постају примарни мотиви. У том смислу, заједничко завештање омогућава супружницима да унапред усагласе своје последње воље, чиме се избегавају потенцијални конфликти и обезбеђује стабилност правних односа након смрти једног од њих. Иако не постоји формално-правно јединство у смислу обавезне међузависности изјава воље, суштинска (садржинска) повезаност оваквих исправа чини их специфичним видом имовинског располагања за случај смрти.

Заједничко завештање, као институт који омогућава двома или више особа да своју последњу вољу изразе у јединственом акту, представља правно и доктринарно феномен. Његова примена, иако ретка у савременим правним системима, отвара низ питања у вези са аутономијом воље, правном сигурношћу, слободом тестирања и могућношћу опозива. У компаративном праву, нарочито у германским и романским традицијама, заједничко завештање се развијало кроз различите форме – од једноставних паралелних изјава последње воље, до комплексних уговорних располагања са *mortis causa* дејством, која се међусобно условљена.

У српском правном систему, овај институт није као такав препознат и нормиран, нити се његово увођење предвиђа у изменама наследног права *de lege ferenda*, у оквиру актуелне реформе грађанског права. Циљ овог рада јесте да се, кроз анализу домаћих и страних извора, разјасни правна природа заједничког завештања, испита његова оправданост и предложи могући правци развоја овог института, како би се дорпинело разумевању аутономије воље за случај смрти, и

указало на тенденцију њеног ширења кроз увођење нових, флексибилнијих инструмената планирања наслеђивања.

2. ПОЈАМ И ПРАВНА СВОЈСТВА ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗАВЕШТАЊА

Заједничко завештање представља специфичан облик располагања имовином за случај смрти, који се у правним системима ретко прецизно дефинише, за разлику од класичног завештања и уговора о наслеђивању. У суштини, реч је о правном послу који обједињује две самосталне, али међусобно повезане изјаве последње воље – два тестаментa. Његово суштинско обележје јесте заједништво, односно унутрашња повезаност воља тестатора, која подразумева претходну намеру обе стране да заједнички располажу својом имовином.¹

Правна природа заједничког завештања је сложена, јер у себи садржи елементе и класичног завештања и уговора о наслеђивању. Ипак, у теорији се заузима став да оно не представља уговорно располагање за случај смрти, већ скуп више појединачних, али повезаних завештајних радњи. Свако од тестатора задржава контролу над располагањем сопственом имовином, али се заједничко дејство њихових изјава одражава кроз извесне правне последице – попут наставка важења завештања и након развода брака, или формалних олакшица приликом сачињавања заједничког завештања као својеручног.

Што се тиче круга лица која могу сачинити заједничко завештање, у немачком праву, оно је резервисано за супружнике, као и партнере из регистрованих животних заједница. Најчешћа пракса подразумева да брачни партнери једно друго именују за наследника, док се након смрти надживелог партнера заоставштина преноси на њихову децу или другу блиску особу коју су заједнички одредили као коначног наследника.² Аустријско право, поред супружника, допушта састављање заједничког завештања и од стране будућих брачних партнера – вереника – под условом да дође до закључења брака. С обзиром на то да га најчешће састављају брачни партнери, у пракси се често назива „тестаментом брачних партнера“.³ Ограничење круга лица која могу саставити заједничко завештање има за циљ спречавање злоупотреба,

¹ W. Burandt, D. Rojahn, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2011, 635.

² H. Bartholomeyczik, W. Schlüter, *Erbrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1975, 163, 164.

³ Немачки грађански законик, чл. 2265, *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (gesetz-im-internet.de)*, 1. 9. 2025.

односно утицаја трећих лица – потенцијалних наследника – на вољу тестатора путем заједничког завештања.^{4/5}

Када је реч о садржини заједничког завештања, примењују се општа правила као и за класично тестаментарно располагање. Уколико заједничко завештање садржи искључиво једнострано обавезујуће одредбе, онда се оно суштински не разликује од стандардног завештања. Да би заједничко завештање било ваљано, неопходно је да садржи тестаментарна располагања обе стране. Уколико би једна страна једнострано располагала, а друга само дала сагласност, такво завештање не би имало карактер заједничког, јер би суштински изостало заједништво последњих воља.

У заједничком завештању често се јављају клаузуле о поновном ступању у брак (*Wiederheiratsklauseln*), без обзира на то да ли је реч о моделу јединства или моделу раздвајања.⁶ Циљ ових клаузула је да се обезбеди да потомци добију свој део наследства од преживелог родитеља током његовог/њеног живота, у случају да се поново венча.

У моделу заједничког завештања – моделу раздвајања (*Einheitsprinzip*), преживели супружник има правни положај претходног наследника (*Vorerbe*), док деца имају положај накнадних наследника (*Nacherbe*). Може се предвидети да у случају склапања поновног брака, накнадни наследник ступа у правни положај наследника не у тренутку смрти првог умрлог супружника, већ у моменту поновног ступања у брак надживелог супружника.

У моделу заједничког завештања тзв моделу јединства (*Trennungsprinzip*), познатом као „Берлинско завештање“ (*Berliner Testament*), у случају поновног брака, преживели супружник дели наследство са децом, према правилима законског наслеђивања. Ступање у нови брак представља накнадни услов за претходно и накнадно тестаментарно наслеђивање. Деца постају накнадни наследници и наслеђују у висини свог законског дела, док надживели супружник постаје накнадни наследник са одговарајућим законским уделом. Уколико преживели супружник не ступи поново у брак, он у том случају остаје потпуни наследник.

⁴ S. Ferrari, *Erbrecht-Ein Handbuch für die Praxis*, Manzsche Verlags –und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, 177.

⁵ D. Leipold, *Erbrecht – mit Fällen und Kontrollfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, 163, 164.

⁶ У зависности од начина расподеле наследства међу суварисницима, постоје два уобичајена модела тестаментарног располагања: модел јединства и модел раздвајања (*Einheitsprinzip* – Берлинско завештање и *Trennungsprinzip*).

Као и сваки правни посао, и заједничко завештање је усмерено ка остварењу одређеног правног циља, а то је – располагање имовином за случај смрти. То конкретно значи да се воља тестатора заснива на намери да се одређено лице учини наследником, па се мотив за предузимање овог добродошног правног посла приближава његовој каузи.

3. ЗАЈЕДНИШТВО ИЗЈАВЉЕНИХ ВОЉА КАО ОСНОВНО ОБЕЛЕЖЈЕ ЗАЈЕДНИЧКОГ ТЕСТАМЕНТА

Једно од суштинских обележја заједничког тестаментa јесте **заједништво изјављених последњих воља**, које се манифестује кроз претходну усаглашену намеру тестатора да своја завештајна располагања уобличи у складу са заједничким планом за случај смрти. Ова повезаност може бити формална – када су изјаве садржане у истој исправи – али далеко значајнија је **садржинска повезаност**, која указује на узајамну условљеност и компатибилност у располагањима. Међутим, разграничење између правог заједничког тестаментa и формално обједињених, али садржински независних тестамената, није увек лако направити. У случајевима када два или више тестатора своја завештања уносе у исти документ, али без узајамне повезаности, поставља се питање: да ли је реч о заједничком тестаменту у правом смислу те речи, или о **симултаној тестаменту**, који представља само **заједницу тестирања**?

У првобитној теорији преовлађује став да симултано завештање, у којем су располагања самостална и независна, не представља заједнички тестамент у суштинском смислу, већ формално обједињене појединачних тестаментарних изјава. У том смислу, неки правни системи који иначе не допуштају заједничко завештање (нпр. француско право), признају могућност **конверзије симултаног тестаментa у два класична**, под условом да су испуњене формалноправне претпоставке за њихов настанак.

У српској правној теорији постоје мишљења да би овакав облик располагања – симултано завештање – био допуштен, јер не нарушава индивидуалну завештајну слободу. Такво становиште, заступају поједини теоретичари који указује на то да се формално обједињене изјаве последње воље могу третирали као самостални тестаменти, уколико не постоји садржинска повезаност која би им дала карактер заједничког тестаментa.⁷

⁷ М. Васиљевић, „Заоставштина и тестаментарна воља у компаративном праву“, *Анали ПФБ*, 1/2019.

С друге стране, када је реч о **кореспективном тестаменту**, заједништво добија најјачи облик: располагања су међусобно условљена, па опозив или ништавост једне изјаве последње воље повлачи неважност друге. У овом контексту, заједништво воља има и **правно-обавезујући карактер**, који може ограничити слободу тестатора да накнадно мења своју последњу вољу након смрти другог тестатора.

Неки теоретичари додатно разликују **повезаност мотива од условљености располагања**. Наиме, у случају кореспективног тестаamenta, једно располагање је мотивисано другим – тестатор се не би одлучио на одређено завештање да није било узајамне обавезе са партнером. Оваква мотивациона повезаност, иако не мора бити правно условљена, указује на дубљу унутрашњу повезаност тестатора и њихових завештајних намера.

Када завештајне изјаве нису садржане у истом акту, поставља се питање како доказати постојање заједништва? У том случају, неопходно је да оно буде **јасно манифестовано** – било изричито, било прећутно – у садржини завештања. Ово је нарочито важно код реципрочних и кореспективних тестамената, где је узајамна повезаност суштинска за њихову правну квалификацију.

Може се закључити да заједништво изјављених последњих воља представља не само формално, већ и садржинско обележје заједничког тестаamenta. Његова манифестација мора бити видљива из самог завештања, јер управо она одређује правну природу завештајног акта и његове последице по слободу располагања имовином *mortis causa*.⁸

Из својства заједништва произлази и његов обавезујући карактер, који карактерише и уговор о наслеђивању. Наиме, ово својство је тачка разграничења уговора о наслеђивању, заједничког завештања и класичног завештања. Док класичан тестамент нема обавезујуће дејство, код уговора о наслеђивању обавезујуће дејство има примарни карактер, а код заједничког завештања секундарни. Обавезујуће дејство ових правних послова настало је у циљу заштите интереса преминулог супружника, као гаранција остварења његове последње воље, јер је на тај начин надживели брачни партнер онемогућен да по својој вољи мења тестаментално располагање свог партнера. Код заједничког тестаamenta, завештање везује надживелог тестатора од тренутка смрти првоумрлог партнера. Насупрот томе, код уговора о наслеђивању, обавезе настају већ у тренутку закључења уговора, а обавеза именовања сауговараца за наследника се тиме и реализује.

⁸ М. Povlakić, D. Softić Kadenić, „Da li je potrebno uvesti nove forme raspolaganja mortis causa u nasljedno pravo u Bosni i Hercegovini?“, *Zbornik radova Sveučilišta u Splitu* 197.

Ипак, стицање наследничког својства као коначни циљ уговора о наслеђивању наступа тек смрћу оставиоца, што га сврстава у правне послове за случај смрти — као и заједничко

4. ФОРМА ЗАЈЕДНИЧКОГ ТЕСТАМЕНТА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Заједничко завештање представља акт последње воље који сачињавају два или више лица у својству тестатора, при чему је њихова воља, по правилу, изражена у једном документу као јединственом завештању. Приликом његовог састављања, сваки тестатор има право да самостално изабере облик завештајне форме којом ће изразити своје завештајно располагање.⁹

Иако форма има конститутивни значај, изјаве последње воље могу бити садржане и у одвојеним документима. Ово је нарочито изражено код својеручних завештања, где поједини правни системи – попут немачког – допуштају да сваки тестатор засебно сачини и потпише своје завештање. У пракси, један тестатор може написати и потписати завештање, које ће други накнадно потписати и прихватити његов садржај, чиме оно добија карактер заједничког завештања. Међутим, суштински је важно да постоји унутрашња повезаност завештајних одредби оба тестатора, као и међусобна упућеност у садржај завештајних изјава.

У немачком праву, заједничко завештање може бити састављено у свим облицима као и индивидуално завештање – било као приватно или јавно, редовно или ванредно.¹⁰ У случају ванредног облика, дозвољено је да један тестатор испуни формалне услове ванредног завештања, док други може изабрати редовну форму за своју изјаву последње воље.¹¹

⁹ P. Breitschmid, “Testament und Erbvertrag-Formprobleme“, *Testament und Erbvertrag-Praktische Probleme im Lichte aktuellen rechtsentwicklung*, Verlag Paul Haupt, Bern und Stütgart 1991, 44–57.

¹⁰ H. Bartholomeyczik, W. Schlüter, *Erbrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, 165; H. Lange, K. Kuchinke, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck München, 427–431.

¹¹ Овакво решење је прихваћено у немачком праву (чл. 2266 Немачког грађанског закона). Ванредно заједничко завештање може бити сачињено пред председником општине и два сведока, уколико постоји страх да ће смрт тестатора убрзо наступити, а околности онемогућавају сачињавање нотарске завештајне форме, или усмено пред три сведока у ванредним околностима.

Уколико постоји недоумица о форми завештајног располагања, тумачењем се утврђује воља тестатора.¹² Ако се тумачењем не може поуздано утврдити намера, примењује се правна претпоставка да преживели брачни друг има положај коначног наследника (*Vollerbe*), што указује на постојање тзв. „Берлинског завештања“.¹³

У аустријском праву, заједничко завештање може бити приватно (својеручно или пред сведоцима), или јавно (*fremdhändigen*), било судско или нотарско. У случају приватног завештања, неопходно је да оба тестатора дају заједничку изјаву последње воље пред три сведока, и да се сви – тестатори и сведоци – потпишу на крају документа. Својеручно завештање је ваљано само ако је сваки тестатор лично написао и потписао своју изјаву последње воље. Код судског или нотарског завештања, заједничка изјава мора бити потписана од стране оба тестатора и предата надлежном судији или нотару, без обзира на то ко је саставио текст завештања.¹⁴

У швајцарском праву нпр. заједнички тестамент није регулисан, али ни изричито забрањен. Међутим, у суској пракси је заузет став да тестамент представља једнострани правни посао и да може бити манифестација само једне последње воље, те није могуће да се више лица нађе у својству креатора завештања.

У новије време у немачкој правној доктрини све заступљенија је критика обавезујућег дејства приватног заједничког завештања. Као највећи недостатак наводи се то што у већини случајева оставилац није свестан дејстава које завештање може произвести. Приликом његовог закључивања изостаје упозоравајућа улога нотара на дејства која овај правни посао може произвести, као што је случај код уговора о наслеђивању. Због тога се у теорији истиче потреба ограничавања обавезујућег дејства заједничког завештања прописивањем строжих услова за његово сачињавање, те би оно требало бити пуноважно једино уколико је сачињено у форми јавне нотарске исправе.

У правним системима који допуштају уговор о наслеђивању опстанак заједничког тестаamenta је под знаком питања и спорно је да ли су формалноправне олакшице које су својствене немачком тестаменталном праву довољан разлог који правда нормирање ове завештајне форме? С друге стране, уколико би била допуштена само јавна форма заједничког тестаamenta, споран би био његова практични значај за један наследноправни систем. Наиме, уговор о наслеђивању се

¹² Аустријски грађански законик, чл. 579 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) – JUSLINE Österreich, 28.09.2024.

¹³ Немачки грађански законик, чл. 2269.

¹⁴ S. Ferrari, 177.

закључује једино у форми јавне нотарски обрађене исправе, и њиме је могуће постићи исти циљ као и заједничким завештањем, а то је узајамно постављање наследника (тзв. реципрочни уговор о наслеђивању). Може се рећи да је становиште које преовладава у упоредној правној доктрини је то да приватну форму заједничког завештања не би требало у потпуности укинути, већ је допустити онда када заједничко завештање не производи обавезујуће дејство. Као аргумент у прилог оваквог става истичу се управо формалноправне олакшице које подразумева чл. 2267 БГБ-а код својеручног завештања.

5. МОДАЛИТЕТИ ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗАВЕШТАЊА

У правним системима који допуштају заједничко завештање, ова форма последње воље може се јавити у више варијанти, у зависности од садржаја и међусобне повезаности завештајних располагања. Основна класификација обухвата три типа: **симултано** (*testamentum mere simultaneum*), **реципрочно** (*testamentum reciprocum*) и **кореспективно** (*testamentum corespectivum*) завештање.¹⁵

Симултано завештање подразумева да сваки тестатор сачињава своје потпуно независно завештање, али да се оба налазе у истом документу. Формално постоји заједница тестирања, али без садржинске повезаности. Притом, сваки тестатор самостално одређује свог наследника. Овај облик се често користи због формалних погодности, нарочито код својеручних завештања. У правној теорији преовлађује став да оваква форма не би била спорна ни у нашем праву, јер се ради о две одвојене изјаве последње воље које производе самостално правно дејство.¹⁶

Реципрочно завештање карактерише садржинска повезаност располагања, али без међусобне условљености. Најчешће, тестатори једно друго именују за наследника, а коначни правни ефекат зависи од тога ко је кога надживео. Узајамност може бити изричито наведена или се подразумевати из садржаја завештања – када је јасно да један тестатор не би располагао на тај начин да није било располагања другог.¹⁷

Кореспективно завештање подразумева међусобну условљеност завештајних одредби. Ако један тестатор опозове своје располагање или ако његово располагање постане ништаво, то аутоматски повлачи неважност и располагања другог тестатора, чиме се доводи у питање

¹⁵ H. Brox, *Erbrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München 2004, 115.

¹⁶ S. Branković, „Zajednički testament“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 4/53, 4.

¹⁷ *Ibid.*

ваљаност целог завештања.¹⁸ Ова зависност се заснива на претпоставци да ниједан од тестатора не би располагао на одређени начин да није било истовременог располагања овог другог. Условљеност се може односити само на постављање наследника, одређивање легата и других терета, али не и на одредбе о именовању извршиоца завештања или лишавању наследног дела.

Уколико завештање не садржи јасну назнаку о ком типу располагања се ради, приступа се тумачењу ради утврђивања стварне воље тестатора. Ако се ни тумачењем не може поуздано утврдити намера, примењују се законске правне претпоставке. Међутим, негативна страна оваквих претпоставки огледа се у томе што надживелог брачног партнера завештање може обавезивати и након смрти супружника, иако то можда није била њихова стварна воља.¹⁹

6. ОПОЗИВ ЗАЈЕДНИЧКОГ ЗАВЕШТАЊА – ПРАВНИ ОКВИР И ОГРАНИЧЕЊА

На питање опозива заједничког завештања примењују се правила која важе за опозив уговора о наслеђивању, што указује на извесну подударност ових правних инструмената у погледу њихове опозивости. Аналогном применом наведених одредби произлази да тестатор не може бити лишен права да током живота слободно располаже својом имовином, чак и када је претходно том имовином располагао путем заједничког завештања.²⁰

Међутим, наведена правила важе искључиво док су оба тестатора жива. Смрћу једног од њих, право на опозив и измену завештања престаје, те преживели супружник постаје трајно везан садржајем заједничког завештања. Другим речима, обавезујуће дејство оваквог завештања наступа у моменту смрти првопреминулог тестатора, односно у тренутку делације.²¹

Ова последица има **диспозитивни карактер**, што значи да је тестатори могу изричито искључити споразумом. Управо се у том контексту поставља питање оправданости и сврсисходности заједничког завештања у односу на класичан, индивидуални тестамент. Преживели тестатор може се, уколико то жели, ослободити правне

¹⁸ Немачки грађански законик, чл. 2270 (1).

¹⁹ Немачки грађански законик, чл. 2270 (2).

²⁰ Немачки грађански законик, чл. 2253.

²¹ Немачки грађански законик, чл. 2271 (1).

везаности за заједничко завештање одрицањем од наследства које би му по том основу припало.²²

Заједничко завештање престаје и у случају престанка брака – било да је дошло до развода или до поништаја брачне заједнице – осим ако из самог завештања не произилази другачија намера тестатора. У том случају, примењују се правила која важе за престанак важења класичног завештања након развода.

7. ЗАКЉУЧАК

Савремено наследно право све више се развија у правцу планирања имовинскоправног располагања, не само тренутног, већ дугорочног управљања заоставштином, понекад и кроз више генерација. У том циљу, правни системи су развили различите инструменте који омогућавају појединцу да унапред уреди судбину своје имовине, међу којима посебно место заузимају уговор о наслеђивању и заједничко завештање, нарочито у континенталним правним системима. Англосаксонско право, с друге стране, нуди институције попут траста, поклона за случај смрти, уговора о осигурању и других механизма који имају сличну функцију — управљање имовином након смрти.

Сви ови инструменти служе ширењу аутономије воље, јер омогућавају појединцу да самостално и слободно располаже својом имовином за случај смрти. Ипак, суштинска карактеристика ових правних послова јесте њихов обавезујући карактер, који произилази из ограничења или потпуног искључења права на опозив. Управо тиме се ограничава слобода завештајног располагања, која иначе представља темељни принцип наследног права. Свака слобода у праву нужно подразумева ограничење друге слободе, па тако и слобода завештања мора бити уравнотежена са правном сигурношћу и очекивањима других лица, нарочито наследника. Ипак, слобода завештања не нестаје у потпуности — неважећа постају само она завештања која су у супротности са садржином заједничког завештања или уговора о наслеђивању.

У српској правној теорији заједнички тестамент није прихваћен, јер се сматра да одступа од основних карактеристика завештајног располагања — једностраности и опозивности. Ипак, као аргумент у прилог прихватању заједничког тестамена често се истиче његова повезаност са институцијом брака. Брачни супружници не само да током трајања брака врше заједничка имовинскоправна располагања, већ би требало да имају могућност да се договоре и о распоређивању

²² J. Hochmuth, G. Ubert, 203.

имовине за случај смрти, односно да изјаве „заједничку последњу вољу“. Такав приступ одражава потребу за континуитетом у управљању имовином, чак и након смрти једног од партнера.

Заједничко завештање карактерише узајамност располагања, која често има условни карактер. Уколико би завештање било једнострано, не би се могло говорити о заједничком тестаменту. Елемент узајамности је суштински: тестатори морају бити сагласни да заједнички располажу, па се условно може говорити о „заједничкој последњој вољи“. То заједништво се огледа у садржинској повезаности појединачних завештања. Ипак, важно је нагласити да се ради о два једнострана правна посла, обједињена у једном акту, који нема уговорни карактер. Управо по том обележју, заједничко завештање се разликује од уговора о наслеђивању, који представља двострани правни посао са обавезујућим дејством од тренутка закључења.

Европски правни системи и даље различито вреднују допустивост обавезујућих располагања *mortis causa*. Чињеница да чак и у системима који их признају постоје упозорења на ризике, показује сложеност овог питања. Ипак, тешко је замислити да ће правни пореци у потпуности одустати од идеје да тестатори могу себе обавезати – јер тиме, упркос свим проблемима, унапређују **аутономију страна**, омогућавајући им да већ за живота уреде питање располагања имовином за случај смрти са обавезујућим дејством.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bartholomeyczik, H., Schlüter, W., *Erbrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1975, 165;
2. Branković, S., „Zajednički testament“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 4/53;
3. Breitschmid, P., „Testament und Erbvertrag-Formprobleme“, in: *Testament und Erbvertrag-Praktische Probleme im Lichte aktuellen rechtsentwicklung*, Verlag Paul Haupt, Bern und Stütgart 1991;
4. Brox, H., *Erbrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München 2004;
5. Burandt, W., Rojahn, D., *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2011;
6. Ferrari, S., *Erbrecht-Ein Handbuch für die Praxis*, Manzshе Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007;
7. Lange, H., Kuchinke, K., *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck München 2001;
8. Leipold, D., *Erbrecht – mit Fällen und Kontrollfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002;

9. Povlakić, M., Softić Kadenić, D., Da li je potrebno uvesti nove forme raspolaganja mortis causa u nasljedno pravo u Bosni i Hercegovini?, *Zbornik radova Sveučilišta u Splitu*.
10. Васиљевић, М., „Заоставштина и тестаментарна воља у компартивном праву“, *Анали ПФБ* 1/2019.

Правни извори

1. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) – JUSLINE Österreich;
2. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (gesetze-im-internet.de).

Associate professor Tamara Đurđić-Milošević, LL.D.

Faculty of Law, University of Kragujevac

Associate professor Novak Krstić, LL.D

Faculty of Law, University of Niš

BASIC FEATURES OF A JOINT WILL

Summary

A joint will is a specific form of mortis causa disposition, which is located between a classic will and an inheritance contract. This instrument allows individuals, most often spouses, to harmonize their last wills and formulate them in a single document. In some legal systems, a joint will is recognized as a special institute, and is aimed at protecting the inheritance interests of spouses and their descendants. The paper analyzes the advantages and disadvantages of this institute through a comparative law approach. Special emphasis is placed on the contribution to the expansion of private autonomy in the field of inheritance through the introduction of this and related institutes. The aim of the analysis is to stimulate discussion on the possible implementation of a joint will in Serbian inheritance law.

Key words: *Autonomy of will, Freedom of disposition in the event of death; Classical will; Joint will; Inheritance contract.*

Проф. др Јелена Дамјановић

Факултет пословне економије Бијељина, Универзитет у Источном
Сарајеву

СПРЕЧАВАЊЕ ЗЛОУПОТРЕБА ВЈЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ ПРИЛИКОМ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

Предмет истраживања овог рада има за циљ да утврди значај међународноправног промета права индустријске својине са посебном пажњом усмјереном на уговор о лиценци и питању да ли систем вјештачке интелигенције може бити именован за проналазача на патенту и осталим правима индустријске својине. Право интелектуалне својине, као релативно новија грана права, свој развој дугује заштити права појединца, носиоца (титулара) одређеног права. С обзиром на све већу експанзију ове гране права која иде у корак са привредним развојем земаља, поставља се питање шире заштите наведених права. Услијед наглог пораста развоја глобалне економије која се заснива на концептуалним производима, високој технологији и међународној размјени, све заједно чини промет права индустријске својине једном од најбитнијих вриједности развијених и растућих привреда. Муњевић развој модерне технологије на пољу иновација захтијева правну заштиту на глобалном нивоу. Уколико се има у виду чињеница да легислатива није у могућности да иде у стопу са технолошким развојем који оправдано исказује потребу за правним регулисањем и правном заштитом, сасвим је логично да ће уговорне стране све више тражити алтернативне начине за регулисање уговорних односа који настају у новијој пословноправној пракси. С обзиром да је модерно доба, доба технологије и технолошког развоја чији круцијални елемент чини знање (информација) као најбитнији ресурс, на правној науци и пракси је задатак да помоћу свих расположивих средстава пружи сву могућу правну заштиту том ресурсу. Заслугом правне теорије и праксе се отварају границе земаља, шире путеви размјене и сарадње, и утире пут правној сигурности која представља основни темељ за развој привреде једне земље. Границе постају невидљиве онда

када се чврст правни поредак шири прихватањем рјешења на основу аутономије воље, тачније добровољности, него што је то случај са строгим законским прописима наметнутим од стране законодавца, без узимања у обзир потреба правне праксе. Циљеви истраживања се првенствено односе и исказују кроз анализу предности и недостатака међународног промета права индустријске својине, путем закључења уговора о лиценци у различитим правним системима. Разлике се првенствено односе на изворе права, разлике у настанку права индустријске својине, промет права индустријске својине, начин закључења уговора о лиценци, предмет закључења уговора о лиценци, однос уговорних страна уговора о лиценци, врсте лиценци, све у циљу анализе колико уговор о лиценци пружа потпунију правну заштиту приликом промета права индустријске својине. Научни циљ истраживања огледа се у сазнању о појму, значају и заштити промета права индустријске својине и уговора о лиценци према домаћем законодавству. Уговор о лиценци представља основни уговор путем којег се врши промет права индустријске својине. Циљ истраживања је управо да се овај институт анализира у свјетлу нових друштвено-економских услова, те технолошких иновација попут вјештачке интелигенције (ВИ). У овом раду биће коришћене све методе које би могле допринијети његовој квалитетнијој изради. Првенствено мислимо на методе које су карактеристичне за друштвена истраживања у којима ће бити издвојене научна дескрипција и анализа садржаја (са синтезом), затим индуктивно-дедуктивна, историјска и компаративна анализа. Од посебних правних метода у максимално могућој мјери биће примјењена правно-логичка, компаративна и догматско нормативна метода. Резултат рада је указивање на могућности и законске инструменте који у спрези са усаглашеном регулативом, могу довести до подстицања привредног развоја у новој економској реалности коју је изазвала употреба вјештачке интелигенције.

Кључне ријечи: Уговор о лиценци; Вјештачка интелигенција; Глобална економија.

1. УВОД

У правној теорији и позитивно-правном законодавству постоје различите дефиниције уговора о лиценци, оно што је заједничко свакој од њих је да се, „уговор о лиценци закључује поводом искоришћавања објекта индустријске својине“.¹ Посебно се наглашава којој врсти правног промета припада уговор о лиценци, односно да ли се њиме врши конститутивни или транслативни облик промета права индустријске својине. „Уговор о лиценци је уговор којим се врши

¹ Л. Спировић-Јовановић, *Трговинско право*, Међународни научни форум „Дунав – река сарадње“, Београд 2004, 16.

конституиван промет права индустријске својине. Другим речима, овим уговором се из субјективног права индустријске својине изводи (деривира) једно или више имовинскоправних овлашћења која се, као ново субјективно право, конституишу на име стицаоца лиценце.² Предмет уговора о лиценци су права индустријске својине, „патентирани проналазак, робна или услужна ознака заштићена жигом, слика заштићена узорком, тело заштићено моделом и топографија интегрисаног кола заштићена правом на топографију“.³

Основно питање овог рада је да ли вјештачка интелигенција (ВИ) може бити титулар права индустријске својине, и уколико би то било дозвољено да ли би дошло до злоупотребе ВИ приликом закључења уговора о лиценци. У америчкој судској пракси се већ појавио случај који је ријешио дато питање. „Може ли систем вештачке интелигенције (ВИ) бити именован за проналазача на патенту Сједињених Држава? Не, каже федерални апелациони суд у одлуци донијетој раније овог месеца. Случај, *Thaler v. Vidal*, произашао је из две патентне пријаве које је 2019. поднио *Stephen Thaler*, наводећи систем вјештачке интелигенције који он назива ДАБУС (*DABUS*) (за „Уређај за аутономно покретање обједињеног осјећања“) као „проналазач“. Након што је Америчка канцеларија за патенте и жигове (ПТО) обавјестила *Thalera*, да су пријаве непотпуне јер не наводе проналазача човјека, он је поднио жалбу федералном окружном суду у Вирџинији. У септембру 2021., тај суд је пресудио против *Thaler-a*, позивајући се на „велику количину доказа да је Конгрес намјеравао да ограничи дефиницију ‘проналазача’ на физичка лица“. Федерални округ је закључио да је доношењем Закона о патентима „Конгрес одредио да само физичко лице може бити проналазач, тако да вјештачка интелигенција то не може бити“.⁴ Захваљујући прецедентном систему англосаксонске правне праксе да судске одлуке представљају изворе права, ова одлука представља прецедент за све будуће исте или сличне покушаје у пракси навођења система ВИ за титулара права индустријске својине.

„Основни проблем са признавањем права патернитета односно титулара патента од стране ВИ је аутоматско признавање правне и пословне способности компјутерском програму који није правно ни физичко лице. С обзиром да домаће законодавство као и већина зе-

² С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Службени гласник, Београд 2000, 219.

³ С. Марковић, 219–220.

⁴ The Brookings Institution, *Patents and AI inventions: Recent court rulings and broader policy questions*, Commentary, John Villasenor, <https://www.brookings.edu/articles/patents-and-ai-inventions-recent-court-rulings-and-broader-policy-questions/>, 16. април 2025.

маља на свијету право патента признаје само људском бићу сматрајући да је патент производ људског духа, уколико би право патента признали вјештачкој интелигенцији онда би се по логичком тумачењу машини признала пословна способност. На тај начин би се отворила Пандорина кутија гдје бисмо ускоро били свјedoци да вјештачка интелигенција има сва права која имају пословно способна физичка лица; да сопственим изјавама воље ступају у правне односе, да их мијењају и раскидају. У пракси би то значило закључење уговора грађанскоправне основе, односе породичног права ступања у брак, усвајања дјетета, насљедноправни односи право на насљедни дио...пачак и кривичноправана одговорност у одређеним случајевима.

Морални релативизам и евентуално подјeљена одговорност у оквиру сајбер криминала, крађе података, њихове злоупотребе, продаје трећим лицима, извршилац кривичног дјела би се могао позвати на ВИ као саучесника.⁵ Овисно о врстама лиценце значај ВИ и могућност злоупотребе ВИ приликом закључења уговора о лиценци може бити мање или више изражена.

Према различитим критеријумима постоје и различите врсте лиценци. „Најчешће је реч о поделама које се заснивају на врстама ограничења (садржинска, предметна, временска, територијална). Ипак, основна подела је на искључиву и неискључиву (просту) лиценцу. Искључива лиценца настаје на основу уговора о лиценци, којим је извршено искључиво уступање имовинскоправних овлашћења, док неискључива лиценца настаје на основу уговора о лиценци којим је извршено неискључиво уступање имовинскоправних овлашћења.“⁶ У наведеним случајевима „ималац патента је потпуно слободан да одобри било коју врсту изума који функционише било ком трећем лицу, уколико притом не крши императивно-правне одредбе закона и прописа, поштујући начело аутономије воље приликом закључења уговора“.⁷ Да ли ће се уговорити искључива или неискључива лиценца овиси о самим уговорним странама. Обично се уговарају према интересима уговорних страна, односно могућности које пружају за најоптималније економско експлоатисање предмета уговора о лиценци.

⁵ J. Дамјановић, “Can artificial intelligence be the holder of Industrial property rights with special emphasis on patent rights”, *Transformation of The Economy With Artificial Intelligence: Perspectives, Challenges And Opportunities* (ур. М. Митрашевић *et al.*), Универзитет у Источном Сарајеву, Факултет пословне економије, Бијељина 2024, 211.

⁶ С. Марковић, 221.

⁷ N. Nakayama, *Industrial Property Law*, Kobundou Publishers, Tokyo 2000, 434.

2. ИСКЉУЧИВА ЛИЦЕНЦА

„Искључивом лиценцом стицалац лиценце стиче искључиво овлашћење економског искоришћавања предмета лиценце. То значи да давалац лиценце за време трајања уговора не сме трећим лицима уступати овлашћења која је већ уступио стицаоцу искључиве лиценце, нити их сам може вршити.“⁸

Искључива лиценца ограничава даваоца лиценце да врши права из лиценце, која би иначе имао право да врши да није закључио уговор о искључивом уступању овлашћења. Оно што највише иде у корист другој уговорној страни, стицаоцу искључиве лиценце, јесте чињеница да је давалац лиценце онемогућен да закључује истовјестан уговор са трећим лицима. „Искључива лиценца се изричито уговара, јер се иначе сматра да се даје неискључива лиценца.“⁹

Разлог зашто законодавац предвиђа изричито уговарање искључиве лиценце је првенствено због правне сигурности самих уговорних страна, али и савјесних трећих лица. Уколико би на примјер неко треће лице хтјело да закључи уговор са даваоцем лиценце мислећи да је исти већ закључио уговор о неискључивом уступању, иако је закључио уговор о искључивој лиценци, такво треће лице би било доведено у заблуду и претрпјело би штете.

„У поређењу са неискључивом лиценцом, успостављање искључиве лиценце је доста ређе. Успостављање искључиве лиценце је вјероватније када су двије стране у посебној врсти односа.“¹⁰

Посебна врста односа обично подразумијева, трајни пословни однос у којем се налазе двије уговорне стране које уговарају искључиву лиценцу. Мада, некада због саме природе предмета уговора о лиценци није ни могуће закључити неискључиви вид уступања, и *vice versa*. И у англосаксонском праву искључива лиценца има исто значење. „Лиценца која пружа искључиво право на вршење лиценцих радњи, често на одређеној територији, која спречава даваоца лиценце од вршења радњи на које би иначе имао право и уједно га спречава да уступа исту лиценцу трећим лицима.“¹¹

⁸ З. Миладиновић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, Источно Сарајево 2012, 378–379.

⁹ М. Велимировић, *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2001, 535.

¹⁰ N. Nakayama, 435.

¹¹ *Black's Law Dictionary*, (eds. B. A. Garner), Thompson Business, St. Paul 2004, 938.

3. НЕИСКЉУЧИВА ЛИЦЕНЦА

„Неискључивом лиценцом стицалац стиче само овлашћење да искоришћава предмет лиценце, али се не може супротставити другим лицима која искоришћавају исти предмет заштите. Код неискључиве лиценце постоји више лица која имају право искоришћавања једног предмета заштите укључујући и даваоца лиценце, тако да је право једног ограничено истим таквим правом другог лица.“¹² С обзиром на правне посљедице које производи, њено уговарање се претпоставља уколико није супротно предвиђено уговором о лиценци. „Неискључива лиценца постоји у свим случајевима ако није уговорена искључива лиценца.“¹³

Разлог оваквом законском рјешењу треба потражити у користима које пружа искључива лиценца у односу на неискључиву лиценцу, и неријетко је приликом уговарања неискључиве лиценце, лиценцна накнада мања него приликом уговарања искључиве лиценце, имајући у виду да је и економска корист од неискључиве лиценце мања. „Неискључива лиценца која представља одобрење за употребу патентног изума, се разликује од искључиве лиценце по томе што њен монопол и искључивост нису гарантовани патентним системом.“¹⁴

4. ОГРАНИЧЕНА ЛИЦЕНЦА

Лиценца може бити ограничена географски или временски. „У нашем праву она може бити просторно ограничена, под условом да се тиме не ремети јединствено тржиште земље.“¹⁵ „По правилу се давање лиценце поклапа са државном територијом једне земље, кад је реч о лиценци међународног карактера с тим, ако није искључива, она може бити дата већем броју субјеката у више различитих земаља и у свакој од њих посебно правно заштићена.“¹⁶ Овакво рјешење је предвиђено са разлогом, с обзиром да уколико би се иста лиценца уступила већем броју лица на истој географској територији, за њих би била ниско економски исплатива. Када говоримо о временском ограничењу лиценце, обично се мисли на вријеме на које је уговорено њено коришћење.

Уговорне стране су слободне да временски ограниче трајање лиценце на начин на који то оне желе. У појединим случајевима за при-

¹² З. Миладиновић, 379.

¹³ М. Велимировић, 535.

¹⁴ N. Nakayama, 444.

¹⁵ Л. Спировић-Јовановић, 354.

¹⁶ *Ibid.*

маоца лиценце је оправданије да лиценца буде временски ограничена са могућношћу продужења уговора, с обзиром да тек коришћењем лиценце може да утврди да ли је економски исплатива или не.

5. МЈЕШОВИТА ЛИЦЕНЦА

Мјешовита лиценца, заправо представља могућност да једно лице буде титулар и искључиве и неискључиве лиценце, односно „кад стицалац има искључиву лиценцу на одређеној територији и неискључиву лиценцу на другој територији“.¹⁷

Овакав вид лиценце се најчешће јавља код повезаних дјелатности зарад којих се лиценца и прибавља. Зависно од економске исплативости територије на којој важи, стицалац ће се одлучити за искључиву лиценцу тамо гдје је то економски оправдано, исто важи и за неискључиву лиценцу.

6. ПРИНУДНА ЛИЦЕНЦА

Принудна лиценца је институт предвиђен у виду законског рјешења. Његово постојање се може правдати економском оправданошћу и привредним развојем, који се стављају изнад интереса појединца да користи патент чији је титулар и њиме располаже по сопственом нахођењу. „До данашњег дана, анализа принудне лиценце је имплементирана по основу претпоставке да су тржишта ексклузивна перспектива за производе који утјелотворују знање.“¹⁸ У наведеном случају се мисли на знање које је од опште користи, и као такво не смије бити занемарено и недоступно за унапређење људског здравља и општег напретка.

„Први прописи којима се предвиђала санкција за неискоришћавање патената донети су још средином прошлог века. Ако носилац није искоришћавао одређени патент, он му се могао одузети. Ова санкција је била исувише строга па је касније укинута и замењена мером принудне лиценце. Разлог одобравања принудне лиценце јесте употреба патената у привредне сврхе од стране заинтересованих лица којима је носилац патената ускратио сагласност за коришћење патената – одбио да закључи уговор о лиценци. Уколико принудном лиценцом не може да се постигне циљ – употреба заштићеног права, може се применити још једна санкција према носиоцу патената – одузимање патената. У

¹⁷ М. Велимировић, 535.

¹⁸ А. Cristiano, “Compulsory Licencing: The Foundations of an Institutional Innovation”, *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues* (ed. Peter K. Yu), Volume 4, Issue 2, Sweet & Maxwell, London 2013, 157.

овом смислу је редигован члан 5 Париске конвенције за индустријску својину на Конференцији за ревизију, у Лондону 1934. године.¹⁹

„Генерално је уобичајена пракса да се наметне јака обавеза за употребу, онда када је технолошки ниво низак и постепено попуштати обавезу заједно са напретком технолошког развоја.“²⁰ Ово становиште је посебно оправдано у данашњем свијету који се развија по основу информационих технологија, које у појединим земљама представљају стуб економије и привредног раста једне земље. „Принудна лиценца такођер може бити кориштена као средство против наводног кршења прописа о конкуренцији.“²¹ Свака земља за себе предвиђа законске основе за успостављање принудне лиценце и ти основи се најчешће свode на „два случаја: (прво) уколико носилац патента самостално не искоришћава одобрени патент или не уступи право искоришћавања (лиценцу) другом лицу и (друго) у случају постојања два зависна патента“.²²

„Сматраће се да се патент не користи у смислу важећих прописа ако носилац патента одбија да другим лицима уступи право искоришћавања заштићеног проналаска или им поставља неоправдано тешке услове, односно ако одбија да закључи уговоре о лиценци на добровољној бази. Да би се избегла злоупотреба ове одредбе, надлежни орган за послове из области у којој проналазак треба да се примени може, после разматрања сваког појединачног случаја, дати принудну лиценцу на захтев заинтересованог лица патента. Недовољно коришћење патента може такође да буде разлог за одобравање принудне лиценце.“²³ Уколико ималац одређеног права индустријске својине поставља немогуће услове за стицање лиценце, онда се то може оквалификовати као прекомјерна злоупотреба доминантног положаја на тржишту. Но, уколико недовољно искоришћава дато право индустријске својине сматраће се да на тај начин угрожава пословање осталих привредних субјеката, поготово када се ради о зависним патентима.

Принудна лиценца као таква се не може одобрити свакоме ко укаже на постојање законских услова за њено успостављање, и друга страна мора да испуњава одређене услове да би јој се могла додијелити принудна лиценца. „Фирма која је поднела захтев за одобравање

¹⁹ В. Бесаровић, *Интелектуална својина*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, 105.

²⁰ N. Nakayama, 460.

²¹ C. Jay Pill, “Compulsory Licencing as an Antitrust Remedy”, *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues*, (ed. Peter K. Yu) 1/2010, 74.

²² В. Бесаровић, 105.

²³ *Ibid.*, 105–106.

принудне лиценце мора да докаже да располаже технолошким могућностима и производним капацитетима потребним за искоришћавање патента за који се тражи принудна лиценца. Из садржаја ове одредбе можемо закључити да циљ одобравања принудне лиценце није само санкционисање носиоца због некоришћења заштићеног права, већ и пружање могућности заинтересованим фирмама да дођу до одобреног патента који нису могле да користе јер је носилац одбио да закључи уговор о лиценци на добровољној бази.²⁴

У англосаксонском праву постоје нешто другачији услови за додјелјивање принудне лиценце. Те разлике се највише читавају у субјекту који може да захтијева да му се додијели таква лиценца, и рок коришћења је краћи. „Било које лице може да поднесе захтјев за додјелјивање принудне лиценце за искоришћавање патента у било које вријеме након што су прошле три године од признања права патента. Принудна лиценца ће бити додијељена само уколико подносилац молбе може да докаже да је патент неискориштен или мало кориштен, и да или да би недодјелјивање лиценце нанијело штету британском извозу или индустрији.“²⁵ Оно што је заједничко за оба правна система је да се у институту принудне лиценце читава у економском интересу предвиђеним националним законодавством.

6.1. Принудна лиценца у јавном интересу

Принудна лиценца у јавном интересу није новина предвиђена у домаћем законодавству, „она се може одобрити из два разлога: у случају када је коришћење заштићеног проналаска неопходно због националног интереса (на пример, заштита здравља) или је заштићени проналазак коришћен на начин супротан начелима слободне конкуренције“.²⁶ Ови услови предвиђени законом су алтернативно постављени, односно није нужно испуњење оба услова да би се примјенила принудна лиценца у јавном интересу.

У упоредном праву „поред принудне лиценце и принудне лиценце у јавном интересу које предвиђају важећи прописи, постоје и друге принудне лиценце, које се одобравају када се стекну услови предвиђени законом (неки аутори их називају законским лиценцама), без сагласности носиоца патента. То су, на пример, лиценца за усавршавање и лиценца за увоз“.²⁷

²⁴ *Ibid.*, 106.

²⁵ R. Bradgate, F. White, *Commercial Law*, Oxford University Press, New York 2005, 451.

²⁶ В. Бесаровић, 107.

²⁷ *Ibid.*, 108.

Овакав вид принудне лиценце у јавном интересу је сасвим оправдан, с обзиром да многе иновације нису савршене и да тек њиховим усавршавањем доживљавају своју пуну примјену.

У оба наведена случаја се може уочити изражени јавни интерес без обзира на посебан назив оваквих „принудних лиценци у јавном интересу“. У првом случају код тзв. „лиценце за усавршавање“ изражен је интерес да одређени предмет лиценце буде даље усавршаван и без пристанка даваоца лиценце уколико је то у јавном интересу.

У другом наведеном случају јавни интерес је још израженији и најчешће се то врши приликом увоза производа који су потребни за јавно здравље, избијања епидемије, чак и случајевима који би се могли окарактерисати као крајња нужда.

6.2. Принудна лиценца у корист оплемењивача биљака

Овакав вид принудне лиценце у јавном интересу се огледа у томе да свака држава за себе мора да контролише ко има право на коришћење лиценци везаних за биљне сорте, с обзиром да се ради о бризи за здравље становништва, те избјегавању извоза производа заштићених оваквом лиценцом. Специфичност ове лиценце је и у томе што се односи на тачно одређену категорију титулара права индустријске својине, односно посебне врсте патента.

7. CROSS-LICENCE

Cross-licence су лиценце које би у слободном преводу, а и по дефиницији означавале „узајамне лиценце“ или „унакрсне лиценце“ (слоб. превод). Оне означавају „уговор којим два или више ималаца патента размјењују (трампе) лиценце зарад узајамне користи од употребе лиценцираних производа“.²⁸

Сложеност оваквог вида врсте лиценце намеће питање његове правне природе. С обзиром да се ради о једној врсти уговора о трампи, предности се односе на постојање пословне везе између ималаца патената и да се највјероватније ради о патентима из исте области пословања. Са друге стране, правна природа оваквих лиценци се може тражити и у правном институту компензације или пребијања, гдје је могуће да уговорне стране желе да оваквим правним послом, односно уговором о лиценци, измире претходна потраживања која имају једна према другој

²⁸ *Black's Law Dictionary*, 938.

8. ДИСТРИБУТИВНЕ ЛИЦЕНЦЕ

Дистрибутивна лиценца се дефинише као „маркетиншка лиценца, која је географски ограничена“.²⁹ Наведени вид лиценце је такође заступљен у англосаксонском праву. Заправо, ово можда и није посебан вид лиценце, као што се на први поглед може учинити, с обзиром да основна лиценца обично подразумеива и рекламирање лиценцираног производа. Но, ипак уколико се сагледају велика тржишта и дјеловање глобалних компанија онда свакако и није чудно да одређено лице буде само прималац лиценце за оглашавање лиценцираног производа. Најчешће се мисли на посебне видове маркетинга познатих брендова, за које произвођачи који су прибавили лиценцу за производњу производа немају сопствене капацитете.

9. ЗАКЉУЧАК

Уговор о лиценци који је конципиран тако да се путем његовог закључења не врши пренос права својине већ право коришћења права индустријске својине, је у служби очувања искључивости наведених права, која су пак искључива да би се гарантовала заштита њиховим имаоцима. У случају монопола на тржишту, те забрани искоришћавања монополског положаја, права индустријске својине и уговор о лиценци који је основ за њихов правни промет се подржава и никоме не наноси штету.

За разлику од класичног појма монопола који угрожава остале учеснике на тржишту, и потребно је његово сузбијање зарад равноправног положаја, уколико не би постојао монополистички положај титулара права и даваоца лиценце из уговора о лиценци, права индустријске својине би изгубила сврху свог постојања и не би се могла прометовати према трећим лицима, јер потенцијални прималац лиценце не би имао ни правни ни економски интерес да закључује такав уговор који му не би гарантовао ексклузивитет која ова права сама по себи посједују.

Хипотетички уколико би ВИ била у стању да створи лијек за тренутно неизљечиве болести, или створи *perpetum mobile* обновљиве бесплатне енергије за цијело човјечанство, поставља се морално питање да ли је исправно ускратити патент за изум који је створила вјештачка интелигенција. С обзиром на правне посљедице које би створило признање пословне и правне способности ВИ и машинама као ентитетима, да би се спријечиле злоупотребе које би имале неса-

²⁹ *Blackstone's Statutes Company Law*, (ed. Derek French), Oxford University Press Inc., New York 2005/2006, 587.

гледиве последице било би боље искористити правну фикцију која се користи код правних лица гдје физичко лице позајмљује пословну способност правном лицу приликом закључења правних послова. Друга правна фикција која би долазила у обзир је да је ВИ заправо производ људског духа и да сваки изум до којег дође ВИ путем одређених алгоритама заправо припада људском бићу ствараоцу ВИ, те да је ВИ само средство за стварање одређеног права индустријске својине чији је титулар физичко лице.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бесаровић, Весна, *Интелектуална својина*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011;
2. *Black's Law Dictionary*, (ed. B. A. Garner), Thompson business, St. Paul 2004;
3. *Blackstone's Statutes Company Law*, (ed. Derek French), Oxford University Press Inc., New York 2005/2006;
4. Bradgate, Robert, White, Fidelma, *Commercial Law*, Oxford University Press, New York 2005;
5. Васиљевић, Мирко, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006;
6. Велимировић, Михајло, *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2001;
7. Дамјановић, Јелена, “Can artificial intelligence be the holder of Industrial property rights with special emphasis on patent rights”, *Transformation Of The Economy With Artificial Intelligence: Perspectives, Challenges And Opportunities* (ур. Мирела Митрашевић et al.), Универзитет у Источном Сарајеву, Факултет пословне економије, Бијељина 2024;
8. Марковић, Слободан, *Право интелектуалне својине*, Службени гласник, Београд 2000;
9. Миладиновић, Зоран, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2012;
10. Nakayama, Nobuhiro, *Industrial Property Law*, Kobundou Publishers, Tokyo 2000;
11. Pill, Choi Jay, “Compulsory Licencing as an Antitrust Remedy”, *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues*, (ed. Peter K. Yu) 1/2010;
12. Спировић-Јовановић, Луција, *Трговинско право*, Међународни научни форум „Дунав – река сарадње“, Београд 2004;

13. The Brookings Institution, Patents and AI inventions: Recent court rulings and broader policy questions, Commentary, John Villasenor, <https://www.brookings.edu/articles/patents-and-ai-inventions-recent-court-rulings-and-broader-policy-questions/>;
14. Cristiano, Antonelli, “Compulsory Licencing: The Foundations of an Institutional Innovation”, *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues* (ed. Peter K. Yu), Volume 4, Issue 2, Sweet & Maxwell, London 2013.

Associate Professor Jelena Damjanović, LL.D.

Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo

PREVENTION OF ABUSE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE WHEN CONCLUDING A LICENSE AGREEMENT

Summary

The subject of research of this paper aims to determine the importance of the international legal circulation of industrial property rights with special attention focused on the license agreement and the question of whether an artificial intelligence system can be named as an inventor on a patent and other industrial property rights. Intellectual property law, as a relatively new branch of law, owes its development to the protection of the rights of the individual, the holder (owner) of a certain right. Considering the increasing expansion of this area of law, which keeps pace with the economic development of countries, the question of wider protection of the aforementioned rights arises. Due to the sudden increase in the development of the global economy, which is based on conceptual products, high technology and international exchange, everything together makes the transfer of industrial property rights one of the most important values of developed and growing economies. The rapid development of modern technology in the field of innovation requires legal protection at the global level. If one takes into account the fact that the legislation is not able to keep pace with technological development, which justifiably expresses the need for legal regulation and legal protection, it is quite logical that the parties of the contract will increasingly look for alternative ways to regulate their contractual relations that arise in the new business practice. Given that the modern age is the age of technology and technological development, the crucial element of which is knowledge (information) as the most important resource, it is the task of legal science and practice to provide all possible legal protection to that resource using all available means. Thanks to legal theory and practice, the borders of countries are opened, the paths of exchange and cooperation are wider, and the way is paved for

legal certainty, which is the basic foundation for the development of a country's economy. Borders become invisible when a solid legal order expands by accepting solutions based on the autonomy of the will, more precisely voluntary, than is the case with strict legal regulations imposed by the legislator, without taking into account the needs of legal practice. The research objectives primarily relate to and are expressed through an analysis of the advantages and disadvantages of international trade in industrial property rights, through the conclusion of license agreements in different legal systems. The differences primarily relate to the sources of rights, differences in the origin of industrial property rights, the circulation of industrial property rights, the method of concluding a license agreement, the subject of concluding a license agreement, the relationship of the contracting parties to the license agreement, types of licenses, with the aim of analyzing the extent to which a license agreement provides more complete legal protection when circulating industrial property rights. The scientific objective of the research is reflected in the knowledge of the concept, significance and protection of the transfer of industrial property rights and license agreements according to domestic legislation. The license agreement is the basic contract through which the transfer of industrial property rights is carried out. The aim of the research is precisely to analyze this institute in the light of new socio-economic conditions and technological innovations such as artificial intelligence (AI). This paper will use all methods that could contribute to its higher quality. Primarily referring to methods that are characteristic of social research, which will include scientific description and content analysis (with synthesis), then inductive-deductive, historical and comparative analysis. Of the special legal methods, the legal-logical, comparative and dogmatic-normative methods will be applied to the maximum extent possible. The result of the work is to point out the possibilities and legal instruments that, in conjunction with harmonized regulations, can lead to the stimulation of economic development in the new economic reality caused by the uses of artificial intelligence.

Key words: *License Agreement, Artificial Intelligence, Global Economy.*

Проф. др Дамјан Даниловић

Економски факултет Пале, Универзитет у Источном Сарајеву

ПРЕНОС УДЈЕЛА У ДРУШТВУ СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ ПУТЕМ ПРАВНОГ ПОСЛА

Друштво са ограниченом одговорношћу представља посебну правну форму привредног друштва која комбинује и елементе друштава лица и елементе друштава капитала. Сходно томе, на специфичан начин је регулисан пренос удјела, који у суштини подразумијева одређена ограничења. Чланови друштва могу регулисањем различитих правних категорија интерним актима одредити природу друштва или ка друштвима лица, или ка друштвима капитала. То се може примијенити на режим преноса удјела који је законски регулисан диспозитивним нормама. У раду ће се разматрати особености преноса удјела путем правног посла, који је начелно ограничен правом пречег стицања, од чијег поштовања зависи и правна ваљаност преноса удјела.

Кључне ријечи: Друштво са ограниченом одговорношћу; Удјели; Правни посао; Право пречег стицања.

1. УВОД

Предмет нашег рада јесте стицање удјела у друштву са ограниченом одговорношћу деривативним путем, тј. преносом удјела са постојећих чланова на друга лица, при чему стицалац изводи права из права свог претходника. Такође, ово питање се тиче искључиво вишечланих друштава пошто у једночланим друштвима не може долазити до супротстављености интереса чланова друштва и нарушавања односа у друштву, док у једноперсоналним то није случај. Режим преноса удјела манифестује управо комбинацију и елемената друштава лица и елемената друштава капитала у јединственом облику привредно-правног организовања. Са једне стране, то питање је регулисано

диспозитивним правним правилима, јер је ријеч о питању које се директно тиче интерних односа у друштву, тако да легислатива не би требала беспотребно да ствара препреке о питањима која чланови желе споразумно да утврде. Са друге стране, закон поставља одређена ограничења у преносу удјела, чиме га приближава затвореним формама привредног организовања, јер омогућује у друштву задржавање личних елемената.

С обзиром на правне акте који их регулишу, режиме преноса удјела можемо подијелити на законски, статутарни, уговорни и судски. Законски режим се односи на пренос удјела правним наслеђем и статусним промјенама. Законом је регулисан и пренос путем правног посла, али је у режиму диспозитивних прописа. Посебна врста је пренос удјела у судском извршном поступку и овај модалитет не може бити у режиму диспозитивности пошто је регулисан посебним императивним прописима. Ако анализирамо слободу преноса удјела онда ћемо направити дистинкцију између ограниченог преноса удјела, који је у суштини код нас општи законски режим ако се преноси трећим лицима, и слободног преноса удјела који закон предвиђа за категорије повезаних лица, али може бити и статутарни ако је предвиђен слободан пренос свих удјела. Са становишта добровољности имаоца удјела са преносом удјела правимо дистинкцију између добровољног преноса удјела који настаје правним послом и принудног преноса са модалитетима искључења члана и принудним извршењем на удјелу. У овом раду разматрамо само добровољне начине преноса удјела. Удио се може преносити различитим правним пословима као што су уговори о продаји, поклону, као и тестаментом. Нема битније разлике, сем што се за располагање тестаментом захтијева одговарајуће судско рјешење, те у том смислу треба додатни протек времена како би наступила његова правна дејства.

Негоцијабилност удјела начелно зависи од различитих чињеница. Првенствено, од конкретне правне категорије којој припада појам „удио“, односно да ли се ради о чланским правима или хартијама од вриједности.¹ Законска претпоставка јесте да се ради о чланским правима, међутим, закон дозвољава могућност регистрација удјела у Централном регистру хартија од вриједности и тада се сматрају хартијама од вриједности које су слободно преносиве.² Законодавац се

¹ О разликама између удјела и акција вид. Д. Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2011, 155–156.

² Закон о привредним друштвима Републике Српске – ЗОПДРС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 и 17/23, чл. 112, ст. 1, чл. 110, ст. 4 и 6, чл. 114, ст. 9.

оваквим приступом очито водио критеријумом да „отворена“ друштва са ограниченом одговорношћу у погледу ефикасности прометавања удјела изједначи са режимом прометавања акција отворених акционарских друштава.

Друго, у ДОО постоје различите врсте удјела, у смислу да обавезе чланова одеђених удјела могу имати личну природу или обавезе које не терете друге чланове друштва, па се поставља питање њихове преносивости? Ради се о удјелима који обавезују чланове на додатне чинидбе. Додатне чинидбе се регулишу само оснивачким актом друштва, могу бити новчане или неновчане, у зависности од извршења додатних чинидби зависи могућност преноса удјела, с тим да стицалац оваквих обавеза преузима обавезе из удјела, сем строго личних.³ Дакле, са једне стране, без сагласности скупштине друштва није могуће преносити удјеле са додатним чинидбама ако додатне чинидбе нису извршене, са друге стране, ни уз сагласност друштва не може доћи до преноса личне облигације. Испуњење обавеза код личних облигација најтјешње је везано за лична својства, могућности или повјерење које повјерилац има само у конкретну личност дужника, не могу бити предмет уступања нити се могу појавити као обавеза насљедника.⁴ Примјера ради, члан друштва може посједовати одређена финансијска, правна, информатичка и друге облике професионалних знања, или вјештина, те управо из те области врши услуге друштву. Међутим, овдје може доћи до једне, за друштво непрактичне ситуације, нпр. ако „нови“ члан у том смислу има боље способности од постојећег. Строгим тумачењем појма личне облигације опет не би било могуће преносити удјеле, тако да ако буде постојао консензус у друштву, супституција чланства ће фактички бити спроведена, у случају непостојања консензуса одлука о преносу се може наћи под теретом деривативних тужби. Неновчани улози у ДОО, који самим тим могу имати личну природу, морају бити унесени до оснивања друштва, стога, након оснивања друштва губе лични карактер и могу се преносити као и сви други.

Потенцијално може бити отежавајући пренос ако постоји више титулара удјела. Типично је сувласништво над удјелима или режим заједничког власништва, као нпр. имовина брачних другова.⁵ За пре-

³ В. Марјански, „Споредне чинидбе као додатна обавеза члана друштва са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016, 123–128.

⁴ Б. Мораит, *Облигационо право – књига прва*, Комесграфика, Бањалука 2010, 68–69.

⁵ У сљедећем раду: Д. Палачковић, С. Ћорац, „Неки проблеми деобе заједничке имовине супружника (Посебно у пракси судова у Републици Србији)“, *Зборник радо-*

нос удјела у овим случајевима потребна је сагласност свих титулара права. Такођер се не би могао извршити пренос удјела на више лица/сустицалаца, ако би се на наведени начин повећо број чланова друштва преко законских лимита, а то је 50 чланова. Поред наведених посебних случајева опште ограничење преноса удјела јесте право пречег стицања удјела.

Закон диспозитивно уређује два режима, а то су слободан пренос и пренос удјела ограничен правом пречег стицања. Слободан пренос се може вршити а) другом члану друштва или друштву; б) супружнику преносиоца, брату, сестри, претку, потомку или супружнику потомка; в) законском заступнику или насљеднику члана друштва након његове смрти и г) статусном промјеном у складу са овим законом.⁶ Ако у друштву преовлађују лични елементи, онда је на прву нелогичан слободан пренос удјела на наведени круг лица, јер се ради о сасвим другим лицима, међутим, закон то регулише диспозитивним нормама, тако да се од чланова очекује да интерним актима регулишу ово питање, тиме да дају печат друштву као затвореном или отвореном. У погледу преноса удјела у статусним промјенама, режим непреносивости удјела би био препрека могућим статусним промјенама, па је логична начелна слобода преноса удјела. У случају наступања смрти физичког лица или статусне промјене правног лица долази до универзалне сукцесије у складу са правилима насљедног права, сем ако је актима друштва нешто посебно уговорено и тада се коригују правила насљедног права.⁷

2. ОГРАНИЧЕЊА ПРЕНОСА УДЈЕЛА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПУНОВАЖНОСТ ПРАВНОГ ПОСЛА

Законско ограничење за пренос удјела у ДОО јесте право првенственог стицања. Још са историјског становишта наше право је прописивало ограничења исто као и бројни други правни системи, док су нека упоредна права, као што су аустријско и њемачко, дозвољавала слободан пренос, али су дозвољавала ограничења преноса интерним

ва Правног факултета у Мостару 2021, на стр. 36–40 се указује да заједништво над удјелом првенствено зависи од чињенице да ли је удио стечен из заједничке имовине, као и од тога да ли су оба супружника благовремено затражили упис у својству заједничара.

⁶ ЗОПД, чл. 120.

⁷ С. Шогоров, „Карактеристике и правна дејства уговора о преносу удела у друштву са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2008, 57.

актима.⁸ Право прече куповине/стицања овлашћује његовог титулара да од другог имаоца субјективног имовинског права који намјерава да га пренесе на трећа лица прво понуди имаоцу права прече куповине под истим условима, као и право стицања пренесеног права на треће лице под истим условима, ако пренос на треће лице буде извршен без претходног упућивања понуде титулару права прече куповине. Дакле, право прече куповине обухвата два права, а то су право првенственог стицања и право прекупа.⁹ Ако посматрамо основе који регулишу право прече куповине видјећемо да постоји законско право прече куповине, статутарно и уговорно. Разлика међу поменутим врстама није само у правном основу, већ постоје и друге разлике. Законима се у различитим гранама права регулише режим права прече куповине као што то је случај код сувласништва или етажног власништва, гдје је циљ омогућавање сувласницима да постану искључиви власници, прометовања пољопривредног земљишта у коме је циљ да се локалним задругама или пољопривредницима омогући да прије других стекну одређена права над пољопривредним земљиштем, или промета удјела ДОО-а, што ћемо посебно разматрати.

Под статутарним правом прече куповине сматрамо оно које је утврђено актима друштва. Оно је као такво изведено из законског, пошто закон омогућује његово конституисање диспозитивним прописима, те може или построжити или олабавити законски режим, или га дјелимично модификовати у одређеним сегментима. Иако статuti друштва настају темељем уговарања, они не остају интерни акти оснивача, већ постају корпоративни акти. Стога статутарно право прече куповине обавезује и чланове друштва који накнадно стекну чланство док уговорно право важи само *inter partes*. Статутарна права се накнадно могу мијењати техником рада органа друштва, односно квалификованим одлукама скупштине друштва. Због тога што за промјену статута није потребан консензус може се десити да се режим права прече куповине промијени (укине или уведе) и насупрот вољи оснивача друштва, док је код уговорног права потребна сагласност уговорних страна. Разликује се и режим тумачења ових двају врста. Упоредна судска пракса наглашава да се статутарне одредбе сматрају корпоративним актима, те да се тумаче објективно, насупрот класичним уговорним одредбама при чијем се тумачењу трага првен-

⁸ Д. Дивљак, „Удели код друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право – теорија и пракса* 10/1993, 22–25.

⁹ И. Бабић, „Право прече куповине удела члана друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда* 3/2020, 255.

ствено за стварном вољом уговорних страна.¹⁰ Поред наведеног, уговорно право прече куповине у односу на законско и статутарно јесте подложно већем дијапазону права на које се може примијенити, фактички се пренос цијелог низа преносивих субјективних имовинских права може ограничавати правом прече куповине, док је предмет статутарног права сужен, односи се искључиво на удјеле у друштву. Због бројности предмета уговорног права прече куповине, потенцијално је разноврснији начин његове регулативе тј. практичног остваривања, јер се законско и статутарно право односи на тачно утврђене правне категорије и њима својствене правне односе. Уговорно право прече куповине има и друге особености, између осталог, то су непреносивост, као и ограничен рок тајања на највише пет година од уговарања.¹¹ У погледу врсте правног посла уговорно право се односи само на продају ствари,¹² не на друге правне послове, примјера ради поклон,¹³ јер ималац ствари може имати оправдан интерес да ствар поклони неком блиском лицу. Насупрот томе, право пречег стицања удјела ДОО има смисла само ако важи и за остале правне послове (нпр. поклон, трампа), ако то не би био случај члан би могао симулирати уговор о поклону, а да удио скривено прода и тако заобиђе законска правила о пречем стицању, друго, то што неко може имати оправдан интерес да бестеретно пренесе удио на трећа лица је мање оправдано него штитити легитимни интерес за унутрашњом кохезијом у друштву. Томе у прилог иде језичко тумачење закона која изричито прописује да се ради о „стицању“ удјела, не о куповини.

Право пречег стицања постоји и у акционарским друштвима као посебно имовинско право акционара. Поредећи наведено право у ДОО и АД, уочава се да имају одређених сличности и разлика. Слични су по садржају права, али су различити по циљевима и могућности њиховог остварења. У првом реду право пречег стицања у АД се од-

¹⁰ H. Fleischer, “Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen. Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht”, Dieser Beitrag erscheint in dieser Research Paper Series mit der Erlaubnis des Rechteinhabers, Mohr Siebeck, *Max Planck Private Law Research Paper No.* 15/1, 182–185.

¹¹ Закон о облигационим односима Републике Српске – ЗООРС, Закон облигационим односима Републике Српске, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 и 74/04, чл. 529 и 531.

¹² Може се у складу са начелом аутономије воље и слободног промета уговорити право прече куповине права, не само ствари.

¹³ И. Тухтан-Грић, „Повреде права првокупа и санкције за његово непоштовање“, *Зборник Правног факултета у Ријеци* 1/2010, 235.

носи на нове емисије акција, а тек онда на пренос постојећих акција,¹⁴ док у ДОО није могуће прикупљати капитал јавном емисијом. Основни циљеви института права пречег стицања акционара су спречавање разводњавања права мањинских акционара, спречавање промјене контроле над компанијом, контролисање слободних финансијских средстава компаније, међутим, ово право може бити суспендовано одлукама скупштине акционара, или одлукама управног одбора ако исти има овлаштење на издавање акција и суспензију права пречег стицања.¹⁵ Управо се овдје уочава значај двоструког права пречег стицања у ДОО, јер се не може десити ситуација да скупштина друштва одбије понуду, а да то не искористи заинтересовани члан.

ЗОПДРС је утврдио двоструко право пречег стицања удјела у ДОО. Преносилац удјела је дужан да понуду за стицање удјела прије упућивања трећем лицу упути прво друштву, а ако друштво не искористи то право у року и под условима утврђеним оснивачким уговором и уговором чланова друштва, понуда се доставља другим члановима друштва.¹⁶ Наведено право пречег стицања у нашем праву је аналогно праву „прве понуде“ у француском праву, које се користи управо у преносу удјела у привредним друштвима, искључује могућност претходне аукције и у суштини се своди на преговарачки поступак.¹⁷ Сматрамо да у домаћем правном оквиру то треба посматрати као двије варијанте истог института, јер обје обухватају и право прекупа, са тим што се разликује чињеница коме се прво упућује понуда. Евидентно је да домаћа легислатива директно искључује могућност да се понуда прво пошаље трећим лицима, или да се нуди аукцијом или прикупљањем понуда, што потенцијално може бити корисно за друштво пошто преносилац не може наведеним модалитетима продаје максимизирати продајну цијену. Са друге стране, може се десити да удео буде прецијењен, али да друштво по цијену очувања затворености мора да прихвати понуду. Ималац преносивих права има право слободног формирања цијене, све док она није прешла границу *lesio enormis*-а, када би друга страна имала одговарајуће инструменте заштите. Разлика компанијског у односу на уговорно право прече куповине из ЗОО-а је у томе што продавац по ЗОО-у има дужност да оба-

¹⁴ Ограничен пренос акција идентичан преносу удјела у ДОО може постојати само у затвореним акционарским друштвима

¹⁵ T. Vos, “Authorisations to issue shares and disapply pre-emption rights in the UK, Belgium and France: law, economics and practice”, *Journal of Corporate Law Studies* 1/2023, 231–242.

¹⁶ ЗОПДРС, чл. 121, ст. 1 и 2.

¹⁷ K. Brisset, F. Cochard, F. Marechal, “L’impact économique du droit de preemption dans une procédure de vente”, *Revue française d’économie* 2/2015, 242.

вијести купца да под одређеним условима жели да изврши продају трећем лицу, да га извијести о условима продаје и да упути понуду имаоцу права прече куповине,¹⁸ што значи да је прво преговарао са трећим лицем, као и да може прво организовати аукцију, па о најповољнијој понуди обавијестити носиоца права прече куповине.

Изостанак одговора на понуду сматра се одбијањем понуде, а у случају давања против-понуде од стране друштва или чланова друштва преносилац удјела треба да одговори у року од десет дана, или ће се сматрати да је против-понуда одбијена.¹⁹ Закон регулише ситуацију у којој друштво због законског ограничења плаћања не може да стекне удјеле и тада су чланови друштва који су гласали за такву одлуку дужни да стекну удјеле сразмјерно свом учешћу у основном капиталу.²⁰ Дакле, у овој ситуацији скупштина друштва гласа за стицање удјела од стране друштва, али ако постоје ограничења плаћања,²¹ обавезе на откуп обавезују лично чланове који су изгласали наведену одлуку на скупштини друштва. Посебно то може бити велика обавеза за поједине чланове ако је одлука усвојена „мршавом“ већином, па обавеза на откуп удјела не терети све чланове друштва, јер се удио расподјељује сразмјерно величини сваког удјела чланова који су гласали. Ови нужни „недостаци“ су прихватљиви ако се узме у обзир потреба очувања затворености друштва и озакоњене финансијске обавезе чланова према друштву.²² Фактички, друштво и сами чланови који су гласали јесу солидарно одговорни преносиоцу ако не приступе закључењу уговора и извршењу исплате удјела. Овај институт одговорности чланова има правну природу замјене уговорних страна, јер се умјесто друштва као уговорна страна са преносиоцем удјела појављује/ју члан/ови друштва. На прву дјелује као јемство, гдје се ради о је супсидијарној, акцесорној и доспјелој обавеза јемца према повјериоцу главног дужника ако му главни дужник не измири дуговану обавезу.²³ Међутим, саставни дио јемства је суброгација

¹⁸ ЗООРС, чл. 527.

¹⁹ ЗОПДРС, чл. 121, ст. 3 и 4.

²⁰ ЗОПДРС, чл. 121, ст. 5.

²¹ У складу са чланом 128 ЗОПД, свако плаћање члановима друштва подлијеже ограничењима солвентности – очувању основног капитала и тесту ликвидности – способности друштва да измирује текуће новчане обавезе.

²² ДОО је ослоњено на сопствене чланове као важне, ако не и основне/једине изворе финансирања, тако се могу установити обавезе чланова на додатне чинидбе/улоге/уплате, такођер институтом зајма умјесто капитала законодавац подстиче чланове да у случају наступања кризе врше додатно угање умјесто зајмова друштву.

²³ Б. Пајтић, „Правно уређење института јемства и његових деривата – проблеми и предлози *de lege ferenda*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2018, 170.

јемца у права повјериоца према дужнику након што исплати дуг, дакле стиче се потраживање. Напротив, овдје се ради о стицању удјела од друге уговорне стране, на чије мјесто са становишта правне сукцесије ступају чланови и стичу права и обавезе. Ако понуде буду одбијене, члан друштва може пренијети удио на треће лице у року од 60 дана од одбијања понуде, односно од истека рока важења понуде, под истим условима или по већој цијени.²⁴ Такођер би преносилац могао пренијети удјеле на треће лице и ако титулари права прече куповине пристану на стицање удјела, али нити један од њих не присуствује закључењу и овјери уговора, из разлога за које не одговара преносилац удјела.²⁵

У односу на општи правни режим понуде из ЗОО, увиђамо да понуда за стицање удјела увијек обавезује понудиоца, док се њено дејство може искључити у општем режиму. Такођер се одређивање рокова важења понуде за пренос удјела посебно одређују због начина одлучивања у друштву. Генерално сматрамо да би било боље да су законом регулисани рокови око прихвата понуде, поготово у ситуацији када изостане интерна регулатива по овом питању, на коју управо закон упућује. Правна несигурност може настати из разлога што одлуку о стицању удјела доноси скупштина друштва, сходно чему би рокови за разматрање понуде морали узети у обзир неопходне рокове за сазивање и одржавање сједнице. У случају да друштво броји преко десет чланова сједнице морају бити физичке, па се посебно може поставити питање недостатка кворума и тумачења да ли се ради о одбијању понуде, или се мора чекати на поновљену сједницу која може да се не одржи из истих разлога. Сматрамо да недостатак кворума на сједници на којој се треба расправљати о прихватању понуде треба схватити као недостатак интереса за прихватање понуде, тако да рокове за упућивање понуде члановима друштва треба рачунати од дана неодржавања прве, а не поновљене сједнице скупштине друштва. Неуврштавање питања прихвата понуде у дневни ред, или не одржавање сједнице у прописаним роковима треба сматрати неприхватањем понуде од стране друштва. Такођер, није регулисана ни форма понуде, али будући да је и сам уговор о преносу удјела у посебној форми, те да се писаном формом повећава правна сигурност, то је логично да и понуда за првенствено стицање буде у писаној форми са битним елементима уговора, у складу са ЗОО.

Скупштина друштва одлучујући о понуди може поступити на неколико начина. Понуда може бити прихваћена и тада је створена оба-

²⁴ ЗОПДРС, чл. 121, ст. 6.

²⁵ И. Бабић, 262.

веза друштва да стекне удјеле, претходно закључивши уговор. Ако друштво не може да изврши откуп удјела, стећи ће га чланови који су гласали за такву одлуку. Понуда може бити одбијена и тада преносилац мора понуду упутити члановима друштва. Ако и они одбију понуду удео се може слободно пренијети трећим лицима. Друштво може упутити и контрапонуду.

Права пречег стицања се крше изостанком понуде, слањем нетачне понуде, преносом права прије рокова за одговор на понуду, уз кумулативно испуњење услова извршеног преноса права и несавјесности стицаоца.²⁶ Такођер је непоштовање права ако се удео пренесе након истека рока од 60 дана од одбијања понуде за стицање удјела, будући да истеком наведеног рока члан мора поново упућивати понуду друштву. Ипак се дешава да се заобиђу наведена правила и буде закључен уговор о преносу удјела и даље се отварају питања тежине учињених недостатака на сам уговор о преносу. У шпанском и француском праву се ради о апсолутно ништавним уговорима који не производе никаква правна дејства према друштву, док у неким другим земљама као што су Португал и Италија уговор настаје и производи дејство само између уговорних страна, не и према друштву.²⁷ У америчком праву такођер се сматра ништавним сваки трансфер који је супротан уговору друштва, док друга врста клаузула омогућује у том случају искључиво пренос имовинских права чланова, не и чланских права.²⁸ За разрешење посљедица преноса удјела без поштовања права прече куповине или других ограничења регулисаних актима друштва користићемо се методом аналогije из ЗОО којом се регулишу одређена питања иступања правних лица у правном промету. Правна лица у заснивању облигационог односа поступају у складу са својим општим актима, али, уговор који је закључен или друга правна радња која је предузета супротно тим актима остаје на снази, осим ако је за то друга страна знала или морала знати или ако је овим законом другачије одређено.²⁹ Када је за закључење уговора потребна сагласност трећег лица, ова сагласност може бити дата прије закључења уговора, као дозвола, или послје његовог закључења, као одобрење, ако законом није прописано што друго.³⁰ Када је општим актом правног лица одређено и у регистар уписано да његов заступник може закључити

²⁶ И. Тухтан-Гргић, 234.

²⁷ L. Vicente, “The Hohfeldian Concept of Share in Limited Liability Companies: A View from the Common and Civil Law Traditions”, *Tulane European and Civil Law Forum* 33/2018, 47–48.

²⁸ *Ibid.*, 50.

²⁹ ЗОО, чл. 22.

³⁰ ЗОО, чл. 29.

одређени уговор само уз сагласност неког органа, сагласност се може дати претходно, истовремено или накнадно, ако што друго није уписано у регистар, друга страна има право да позове правно лице да се његов овлашћени орган у примереном року изјасни да ли даје сагласност, па ако то не учини, сматра се да сагласност није дата.³¹

Дакле, закон полази од начелне заштите савјесног стицаоца. Савјесним се сматра онај који није знао, нити могао знати за ограничења у преносу удјела и такав стицалац би постао пуноважан члан друштва иако је уговор закључен мимо ограничења. Пошто сагласност органа друштва може бити дата и накнадно, закључујемо да овакви уговори нису ништавни, већ рушљиви, будући да ништавни не производе никакво правно дејство и не могу се конвалидовати. Ограничења заступничких овлаштења производе правна дејства само ако су уписана у јавне регистре, али у домаћим оквирима се подаци о улозима не уписују у Регистар пословних субјеката, изузев оснивачких улога.³² Подаци о удјелима се налазе у књизи удјела, у којој је тачно евидентирано ко је носилац удјела, вриједност удјела, ограничења (терети), тако да се преносилац и стицалац приликом преноса удјела воде евиденцијама из књиге удјела. Пренос удјела „на ријеч“ преносиоца би се сматрала изостанком дужне пажње на страни стицаоца, било да се захтијева пажња доброг домаћина, било пажња доброг привредника у конкретном случају. Стога, треба закључити да иако књига удјела није јавни регистар пренос јесте пуноважан под условом да ограничења преноса удјела нису евидентирани у књизи удјела. Уговор о преносу ће бити важећи чак и ако су ограничења регулисана истовремено у оснивачком уговору или уговору чланова друштва, пошто приликом пословања са друштвом трећа лица нису дужна да истражују интерне акте друштва.³³ Ако су ограничења преноса удјела, у овом случају право пречег стицања, евидентирана у књизи удјела, ријеч је о несавјесном стицаоцу, јер је знао или морао знати да ограничења постоје.

Тужба за заштиту права прече куповине се подноси или од стране друштва, или чланова друштва којима је то право повријеђено. Садржи два захтјева, први за поништење правног посла, а други захтјев да се пренос удјела изврши на тужиоца. У неким правним системима, као што је шпански и литвански, дејство тужбе којом се оспорава уговор због повреде права прече куповине има искључиво реститу-

³¹ ЗОО, чл. 55.

³² Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској, *Службени гласник РС*, бр. 67/13, 15/16 и 84/19, чл. 22.

³³ М. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава Србије и ЕУ*, Службени гласник, Београд 2007, 134–135.

тивно дејство, чланови стисаоци не могу стећи удјеле под условима под којим их је стекло треће лице, већ се врши поврат у претходно стање.³⁴ У суштини то јесте посљедица схватања наведених уговора као ништавних, гдје судска пресуда има декларативно дејство на основу које свака страна враћа другој оно што је примила, а то би био случај у домаћем праву ако изостане други захтјев у тужби (прекуп-захтјев за стицање пренесеног права), упис тужиоца у књигу удјела у својству стицалаоца удјела. У нашем праву усвојени тужбени захтјев одузима дејство уговору о преносу у дијелу преноса на новог стицаоца и конституише право друштва или чланова који побијају извршени пренос да они стекну права умјесто стицаоца.

Оно што брине јесте празнина ЗОПД у погледу рокова за подизање тужбе за побијање преноса удјела. Уговорно право прече куповине по ЗОО-у се штити у субјективном року од шест мјесеци од дана сазнања за пренос права, а објективни рок је изједначен са трајањем права прече куповине и износи 5 година.³⁵ ЗОПД не прописује нити субјективне, нити објективне рокове застаре конкретно за овај случај. Пошто је ЗОО *sedes materiae* у односу на друге законе по питању основних института грађанског права, долазимо до закључка да се субјективни рок за заштиту повријеђеног права пречег стицања удјела рачуна као у ЗОО, односно шест мјесеци од сазнања за пренос удјела и они су еквивалентни роковима за индивидуалне и деривативне тужбе у компанијском праву.³⁶ Постојање права пречег стицања удјела није везано роком, већ или постоји у актима друштва, или се примјењује закон, због чега нису аналогно примјењиви општи рокови застарјелости права прече куповине из ЗОО, утолико више што он износи десет година. Овако дугачки рокови су врло неприкладни, насупрот су правне сигурности, нелогично би било допустити вишегодишње чланство, потом искључити члана позивајући се на правне недостатке уговора о стицању удјела. *De lege ferenda* општи рокови би требали бити краћи, нпр. шест мјесеци од извршеног преноса удјела, сходно чему би се и субјективни рок требао бити тридесет дана, или не превише дужи рокови од наведених.

Поставља се и питање коју правну чињеницу сматрати извршењем преноса удјела. Сматрамо да је то упис у књигу удјела, тј. подношење захтјева за упис, а не закључење самог уговора. Рачунањем

³⁴ V. Bite, Ž. Narkevičius, “Pre-Emption Right of Shareholders to Purchase Shares for Sale in Private Limited Liability Companies: The Problematic Legal Remedies”, *Business: Theory and Practice* 2/2016, 153–154.

³⁵ ЗОО, чл. 532, ст. 1.

³⁶ З. Васиљевић, В. Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета и Бањалуца, Бањалука 2023, 145.

рокова на овај начин би се спријечила могућност изигравања права. Ако би се рокови рачунали од закључења уговора тада би преносилац и стицалац тајно закључили уговор, а могли би поднијети захтјев за упис у књигу удјела истеком рокова и тиме изиграти право. Други модалитет могућих допуна регулативе ради отклањања недостатака тренутног стања би било прописивање краћих рокова (до мјесец дана) унутар којих се од закључења уговора о преносу удјела мора о томе обавијестити друштво, чијим истеком би се уговори сматрали непуноважним, јер би преносилац и стицалац били принуђени да без одлагања обавијесте друштво и затраже упис у књигу удјела.³⁷

Још један модалитет који се може примјењивати у ограничењу преноса удјела јесте давање сагласности од скупштине друштва. Швајцарско право захтијева квалификовану и то трочетвртинску већину чланова који представљају најмање три четвртине капитала, док у Великој Британији управни одбор може да одбије упис преноса удјела.³⁸ У неким правним системима (Аустрија, Белгија, Њемачка) постоји могућност да скупштина одбије приједлог за пренос удјела, с тим што разлози одбијања морају бити основани и образложени, док у неким правним системима (Италија, Француска, Норвешка) одбијање преноса на трећа лица по аутоматизму активира обавезу друштва да у тој ситуацији откупи удјеле.³⁹ У нашем праву о кориштењу права пречег стицања удјела за друштво одлучује скупштина, тако да негативна одлука скупштине друштва, а потом изостанак појединачних чланова да се користе истим правом овлашћује члана да слободно пренесе удио на треће лице. Ако оснивачки уговор или уговор чланова друштва прописују слободан пренос удјела, онда је излишно говорити о праву пречег стицања.

3. ПРАВНИ ПОСАО КАО АКТ О ПРЕНОСУ УДЈЕЛА

Удјелом се може располагати путем уговора и тестаментом. Ова два акта се међусобно разликују у погледу општих услова пуноважности и наступања правних дејстава. Удио се преноси уговором у писаној форми са нотарски овјереним потписима преносиоца и сти-

³⁷ Протеком рока унутар кога странке не поднесу захтјев за упис у књигу удјела фактички ставља у први план заштиту постојећих чланова друштва и без подизања тужбе, јер је уговор неважећи ако истекну рокови за подношење захтјева за упис у књигу удјела, а ако у роковима поднесу захтјев за упис од тог тренутка се може штитити повријеђено право пречег стицања привредног друштва и постојећих чланова друштва

³⁸ В. Поповић, „Право располагања удјелима у друштву са ограниченом одговорношћу у праву Републике Српске“, *Право и привреда* 4–6/2014, 66–67.

³⁹ V. Bite, Ž. Narkevičius, 151.

цаоца.⁴⁰ Уговор о стицању удјела мора бити нотарски овјерен. Норме које регулишу форму *ad solemnitatem* су императивне природе, тако да њен изостанак води ништавности уговора и немогућности остваривања било каквог правног дејства. Јавна овјера преноса удјела је историјска и упоредно-правна категорија.⁴¹ Тренутак стицања чланства је битан како са становишта самог стицаоца, тако и претходно хронолошки са становишта круга лица којима се шаље понуда како би искористили право пречег стицања. Закон прописује дужност уговорних страна да без одлагања обавијесте друштво о промјени чланства и времену промјене, а од дана давања обавјештења наступају правна дејства према друштву, с тим што стичалац постаје члан друштва од тренутка када се писаним путем сагласи да постане члан друштва и да га обавезују оснивачки акт и уговор чланова друштва, те се упише у књигу удјела.⁴² Дејство уговора производи за преносиоца престанак чланства, док стичалац постаје власник удјела. Удјеле може стећи само друштво, постојећи чланови, или треће лице. Када се користи право пречег стицања двије су могућности, једна да друштво стекне сопствене удјеле, а ако друштво нема интерес то ће се правом пречег стицања користити чланови друштва који су заинтересовани.

Стицање сопствених удјела је ипак у посебном правном режиму пошто само друштво финансира стицање удјела, тако да се мора води рачуна о ограничењима плаћања, о постојању основаних разлога за стицање, а накнадно се удјели или преносе на чланове или се поништавају. Да би друштво стекло сопствене удјеле неопходно је испуњавање више законских претпоставки и поред тога што је закључило уговор са преносиоцем. У праву Србије у односу на законско рјешење Републике Српске постоји низ ограничења. Друштво може стећи искључиво удио који је у цјелости претходно уплаћен, јер у супротном се може поставити питање очувања основног капитала друштва и поткапитализације, будући да преносилац и стичалац солидарно одговарају за обавезе према друштву, тако да са становишта друштва долази до конфузије, иако преносилац и даље остаје солидарно одговоран, али му се смањује обавеза пошто може половину регресне обавезе наплатити од друштва.⁴³ Међутим, одређена ограничења и немају логична и сврсисходна утемељења као што је забрана стицања соп-

⁴⁰ ЗОПДРС, чл. 123, ст. 1.

⁴¹ С. Шогоров, „Оснивање друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право – теорија и пракса* 9/1992, 13.

⁴² ЗОПДРС, чл. 123, ст. 1 и 2.

⁴³ В. Марјански, „Стицање сопственог удела друштва са ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2015, 673.

ствених удјела у једночланом друштву, иако један члан може имати оправдан интерес да подијели удио и остане у друштву, затим ограничење да откуп удјела мора бити исплаћен искључиво из резерви за ту намјену, па произилази да исплате не могу бити вршене из статутарних резерви већ да друштво одлуком скупштине мора формира посебне резерве за откуп удјела.⁴⁴ Дакле, евидентно је да пуноважан уговор о преносу удјела не значи да друштво може стећи удјеле од својих чланова, већ то зависи од солвентности друштва.

Сматра се да концепција располагања удјелима путем тестаментa треба бити у режиму слободног преноса, са тим што може бити ограничена ако удјели имају обавезе личне природе или постоје статутарна ограничења.⁴⁵ У суштини и уговор и тестамент јесу регулисани посебним прописима, али да би произвели дејство, поред општих услова морају бити усклађени са ограничењима ЗОПД или интерним актима друштва, у супротном им неће произвести пренос удјела. Док се уговорне обавезе по правилу одмах извршавају, дејство тестаментa се одлаже за случај смрти. Након правоснажног рјешења о насљеђивању стицаоци удјела могу затражити упис у књигу удјела, а ако им је тестамент намијенио стицање права супротно ограничењима тада друштво и чланови могу побијати дејство оваквог акта на исти начин као што то могу побијати уговор о преносу удјела.

4. ЗАКЉУЧАК

Законске одредбе о преносу удјела у ДОО предвиђају слободан пренос према повезаним лицима и ограничен пренос на трећа лица. Диспозитивне су природе, тако да режим преноса може бити либерализован или у потпуности ограничен. Бројне околности утичу на негоцијабилност удјела као што је постојање сувласништва над удјелима, оптерећеност удјелима споредним/додатним чинидбама личне природе, правила о ограничењу плаћања када друштво стиче сопствене удјеле, те законских и ограничења интерним актима друштва. Пренос удјела правним послом је ограничен двоструким правом пречег стицања удјела, у првом реду за само друштво, потом за постојеће чланове друштва. Циљ ограничења јесте отежавање преноса и очување личних елемената у друштву, да би се превенирали конфликти у друштву. Закон треба прецизирати тренутак дејства преноса удјела према самом друштву, јер је тренутно рјешење крајње конфузно одређено навођењем истовремено опречних чињеница. И у погледу рокова за заштиту права пречег стицања је потребна интервенција

⁴⁴ *Ibid.*, 674–676.

⁴⁵ Д. Дивљак, 25.

законодавца, општи рокови из ЗОО који се примјењују за индивидуалне и деривативне тужбе су неприкладни заштити института пречег стицања у привредним друштвима, јер је нелогично и противно правној сигурности искључивати члана друштва због повреде права пречег стицања удјела након неколико година од уписа у књигу удјела. Рокови за заштиту права пречег стицања овдје требају бити кратки.

Стицање удјела без поштовања права пречег стицања је рушљиво. Подразумијева се да је стичалац био несавјестан, а несавјестан је чим је знао или морао знати за ограничења преноса удјела. На основу права прекупа, темељем судске одлуке, друштво или побијачи одлуке о преносу постају имаоци удјела који је стечен противно праву пречег стицања. Нотарском овјером уговора постиже се правна сигурност, уговор је ништаван без наведене форме, без које и није могуће извршити упис у књигу удјела. Тестаментом се не могу заобићи прописана ограничења у стицању удјела, с тим што је његово дејство везано *mortis causa*, потом за правноснажност решења о наслеђивању.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Илија, „Право прече куповине удела члана друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда* 3/2020;
2. Bite, Virginijus, Narkevičius, Žygimantas, “Pre-Emption Right of Shareholders to Purchase Shares for Sale in Private Limited Liability Companies: The Problematic Legal Remedies”, *Business: Theory and Practice* 2/2016;
3. Brisset, Karine, Cochard, François, Marechal, François, “L’impact économique du droit de preemption dans une procédure de vente”, *Revue française d’économie* 2/2015;
4. Васиљевић, Зоран, Радовић, Вук, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Бањалука 2023;
5. Васиљевић, Мирко, *Компанијско право – Право привредних друштава Србије и ЕУ*, Службени гласник, Београд 2007;
6. Vicente, Lécia, “The Hohfeldian Concept of Share in Limited Liability Companies: A View from the Common and Civil Law Traditions”, *Tulane European and Civil Law Forum* 33/2018;
7. Vos, Tom, “Authorisations to issue shares and disapply pre-emption rights in the UK, Belgium and France: law, economics and practice”, *Journal of Corporate Law Studies* 1/2023;
8. Дивљак, Драго, „Удели код друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право – теорија и пракса* 10/1993;

9. Марјански, Владимир, „Споредне чинидбе као додатна обавеза члана друштва са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016;
10. Марјански, Владимир, „Стицање сопственог удела друштва са ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2015;
11. Мораит, Бранко, *Облигационо право – књига прва*, Комесграфика, Бањалука 2010;
12. Марковић-Бајаловић, Дијана, *Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2011;
13. Пајтић, Бојан, „Правно уређење института јемства и његових деривата – проблеми и предлози *de lege ferenda*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2018;
14. Палачковић, Душица, Ђорац, Санда, „Неки проблеми деобе заједничке имовине супружника (Посебно у пракси судова у Републици Србији)“, *Зборник радова Правног факултета у Мостару* 2021;
15. Поповић, Витомир, „Право располагања удјелима у друштву са ограниченом одговорношћу у праву Републике Српске“, *Право и привреда* 4–6/2014;
16. Тухтан-Гргић, Ива, „Повреде права првокупа и санкције за његово непоштовање“, *Зборник радова Правног факултета у Ријеци* 1/2010;
17. Fleischer Holger, “Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen. Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht”, Dieser Beitrag erscheint in dieser Research Paper Series mit der Erlaubnis des Rechteinhabers, Mohr Siebeck, *Max Planck Private Law Research Paper* No. 15/1;
18. Шогоров, Стеван, „Оснивање друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право – теорија и пракса* 9/1992;
19. Шогоров, Стеван, „Карактеристике и правна дејства уговора о преносу удела у друштву са ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2008.

Правни извори

1. Закон о облигационим односима Републике Српске, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 и 74/04;
2. Закон о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 и 17/23;
3. Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/13, 15/16 и 84/19.

Associate Professor Damjan Danilović, LL.D.

Faculty of Economics, University of East Sarajevo

TRANSFER OF SHARES IN A LIMITED LIABILITY COMPANY BY CONTRACT

Summary

A limited liability company is a special legal form of a company that combines the elements of private companies and the elements of companies of capital. Accordingly, the transfer of shares is regulated in a specific way, which essentially implies certain restrictions. By regulating different legal categories, the company's members can determine the nature of the company, either as a company of persons or as a company of capital, through internal acts. This can be applied to the share transfer regime, which is legally regulated by dispositive norms. The paper will discuss the peculiarities of the transfer of shares by means of a contract, which is limited in principle by the right of preemption; the validity of the transfer of shares depends on its compliance.

Key words: *Limited liability company; Shares; Contract; Right of preemption.*

Research Associate Bogdana M. Stjepanović, LL.D.

Institute for Political Studies, Belgrade

COHABITING PARTNERS AND CONTRACTUAL REGULATION OF THEIR PROPERTY RELATIONS*

This article explores certain legal and social aspects of marriage and cohabitation, focusing on their implications for property rights. While marriage is a clearly defined institution subject to strict formal requirements, cohabitation lacks such formality.

The absence of formal legal requirements for cohabitation poses challenges in proving the existence and duration of cohabitation relationships. This creates uncertainty for cohabiting partners and third parties alike, particularly regarding ownership and transfer of property.

The author highlights the need for a legal mechanism that would enable cohabiting partners to regulate their property relationships more effectively, similar to the arrangements available to married couples. A legal framework should be established to allow for the conclusion of property agreements specifically tailored to cohabitation relationships, thereby addressing the current gap in legal regulation. The introduction of property agreements for cohabiting partners represents a crucial step towards strengthening legal certainty and predictability in property matters. Such agreements would enable partners to define their rights and obligations in advance, reducing the risk of future disputes and ensuring a fairer division of property in the event of the relationship's termination.

The author concludes that the introduction of property agreements for cohabiting partners is merely one step towards a comprehensive reform of fami-

Bogdana M. Stjepanović, bogdanastjepanovic@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9504-473X>

* This work is a result of research within the project "Adapting the Legal Framework to Social and Technological Changes with a Special Focus on Regulating Artificial Intelligence", carried out in 2025 by the Institute of Comparative Law with financial support from the Ministry of Science, Technological Development and Innovation.

ly law. Further research and legislative changes are needed to provide more comprehensive protection of the rights and interests of cohabiting partners. By addressing these legal gaps, the proposed changes would provide greater clarity and stronger legal protection for cohabiting partners, as well as for third parties involved in legal relationships with them.

Key words: Cohabitation; Property Rights; Legal Recognition; Cohabitation Agreement; Legal Security.

* * *

Cohabitation has historically been a subject of dispute and challenge. Traditionally, family law did not treat cohabiting partners as members of the family, nor did it recognize any rights arising from such a relationship.¹

In the modern era, as the marriage rate declines and marriage is delayed until later years of life, many countries are witnessing a sharp increase in the number of cohabitations.² This trend is contributing to a global "relationship recession", characterized by declining birth rates and an increasing number of single adults.³ This trend shows continuity, and there are currently no indicators suggesting its decline. It can now be confidently

¹ Some legal systems have recognized common law marriages. Common law marriages represented unions of individuals who, in addition to living together, behaved as spouses, were considered spouses by others, and had rights and obligations identical to those of married individuals. In recognizing common law marriages, we cannot see the acceptance of cohabitation partnerships, as the requirement for recognizing the effects of a formal marriage did not stop at the demand for cohabitation. Cohabitation alone was not enough to form and recognize rights between individuals in an emotional relationship as those enjoyed by married spouses. M. Garrison, „Cohabitant Obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011, 116. About common law marriage see more in: G. Lind, *Common Law Marriage A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford University Press, 2008.

² Marriage, as a social institution, has existed for millennia. It is often assumed that such ancient practices evolve at a glacial pace. However, transformations since the mid-20th century challenge this notion. Within the last decades the institution of marriage has changed more than in thousands of years before. Marriages and divorces, https://ourworldindata.org/marriages-and-divorces?utm_source, 15.1.2025.

Long-term data on the share of people living in cohabitation across countries is unavailable, but related data points provide insights. One such measure is the proportion of births outside marriage, which serves as a useful proxy for comparing trends across countries and time. An increase in unmarried individuals having children suggests a rise in long-term cohabiting relationships without marriage. While not a perfect proxy—given that single parenting rates have also shifted—it nonetheless offers valuable insight into the direction of change. *Ibid*.

³ Cohabitation rates have been increasing worldwide, with notable rises in countries such as the United States, Finland, South Korea, Turkey, Tunisia, and Thailand. The relationship recession is going global, Financial Times, <https://en.money.it/The-relationship-recession-is-going-global>, 15.1.2025.

stated that cohabitation has become a legally recognized and increasingly common form of partnership.

In accordance with the principle of autonomy of will,⁴ in the Republic of Serbia, cohabiting partners are free to mutually conclude all types of contracts, including those that extend the rules of the marital property regime to the cohabitation partnership. The validity of legal transactions of cohabiting partners is subject to the general rules of contract, property, inheritance, or any other applicable branch of law.⁵ The Family Act of the Republic of Serbia (Family Act) regulates the property relations of cohabiting partners. It does so in just one article, where it defines the joint property of cohabiting partners⁶ in the same way as the joint property of spouses, as property acquired through work during the duration of the cohabitation in the non-marital union.⁷ In order for the property regime that applies to spouses to be applicable to the relationship of cohabiting partners, the non-marital union must meet certain legal conditions (the existence of a more permanent life union between a man and a woman without marital impediments). Once the legal prerequisites for the existence of a non-marital union are fulfilled, the provisions of the Family Act regarding the property relations of spouses are correspondingly applied to the property relations of cohabiting partners.

⁴ About autonomy of the will and marriage contract see more: B. Stjepanović, "The principle of autonomy of the will and the marriage contract", *Collection of Papers "Legal gaps and the completeness of law"*, East Sarajevo 2024, pp. 251–270.

⁵ This position is in line with the Recommendation of the Council of Europe regarding the importance of contracts between individuals living together as cohabiting partners and their testamentary dispositions. It recommends that member states respect all agreements made by cohabiting partners regarding their property, both during the duration of the cohabitation and in the event of its dissolution, as well as any dispositions cohabiting partners make for each other through a will. Recommendation R (88)3E 07 March 1988 on the validity of contracts between persons living together as an unmarried couple and their testamentary dispositions, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Resolutions_recommendations_cm_en.asp.

⁶ For joint property of cohabiting partners, see at: Д. Новаковић, «Заједничка имовина ванбрачних партнера (неке специфичне карактеристике)», *Научно истраживачки пројекат «Начела добре владавине – начело правне сигурности и правне правичности»*, Косовска Митровица 2016.

⁷ Art. 191, p. 1., Family Act of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 18/05, 72/11 and 6/15.

Sweden was long the only Nordic country with specific legislation regulating the financial aspects of the dissolution of cohabiting partners' relationships. The law from 1987 governs issues related to shared residence and household goods acquired for joint use during the relationship. In the event of a breakup, the net value of this property is divided equally, regardless of ownership. Later, Norway and Finland adopted similar legislation. I. Lund-Andersen, A. Kronborg, „Marriage and Family Relations“, *Nordic Law in European Context*, Pia Letto-Vanamo Ditlev Tamm Bent Ole Gram Mortensen (ed.), Vol. 73, 105.

When discussing the property relations of cohabiting partners, the legislator uses the term “accordingly” to indicate the manner in which the provisions of the law regulating the property relations of spouses will be applied. Regarding property matters, it equates marital and non-marital unions, and as a result, legal theorists conclude that, under the Family Act, cohabiting partners are also allowed to conclude a marriage contract.⁸ This stance is understandable given the legal equalization of a non-marital union with marriage, but the question arises whether equating them in terms of the possibility of entering into a marital agreement between cohabiting partners is appropriate, and whether such an approach will benefit both the cohabiting partners and third parties.

1. THE CONCEPT OF COHABITATION⁹

Modern legal systems recognize two principal approaches to cohabitation: the contractual and the status-based models.¹⁰ The majority of modern legal systems adopt the contractual concept of cohabitation. This concept implies that cohabiting partners are, in principle, free to enter into all types of agreements, including those that extend the rules of the matrimonial

⁸ Art. 191. Family Act Marija Drašković interprets the meaning of this provision as being aimed at covering all property relations of cohabiting partners (e.g., rules on managing and disposing of joint property, rules on responsibility for debts, as well as rules on contractual property regimes (emphasized by the author), and others). See more at: M. Драшкић, *Коментар Породичног закона: пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова: према стању законодавства од 1. децембра 2015. године*, Службени гласник, Београд 2016, 459.

About harmonization of family law in the EU with special reference to the marriage contract, see more: B. Stjepanović, „Harmonization of family law in the eu with special reference to the marriage contract“, *Balkan Social Science Review*, Vol. 23, June 2024, 149–167.

⁹ Bosanac divides all cohabitation relationships into: brief sexual relationships without the intention to be prolonged; temporary cohabitations that last for a certain period, ending either with marriage or separation; and concubinages. He defines concubinage as the common term for a permanent cohabitation relationship between a man and a woman who do not intend to formally marry. М. Босанац, *Ванбрачна породица*, Просвјета, Заргеб 1976, 48.

¹⁰ Cohabitation has moved from the social margin to the center of attention, leading to various legal approaches worldwide. While some countries maintain a traditional stance, excluding any legal benefits for such unions, others, like the United States, allow contractual regulation of the rights and obligations of cohabiting partners. France offers registration schemes with limited rights, while Canada and New Zealand grant rights similar to those of marriage, based on duration or other legal criteria. M. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, p. 119.

property regime to their cohabitation.¹¹ A smaller number of countries adopt the status-based concept of cohabitation. This concept entails that, as a matter of law, cohabitation is equated with marriage in its legal effects. The scope of this concept, however, varies from one jurisdiction to another.¹²

According to one of the traditional definitions, cohabitation is a life partnership between two individuals of the opposite sex, established informally and terminated in the same manner.¹³ The Family Act defines cohabitation as a more enduring life partnership between a woman and a man who face no legal impediments to marriage. Under the conditions prescribed by the Family Act, cohabiting partners enjoy the rights and obligations of spouses.¹⁴ The key characteristic that renders cohabitation legally relevant is the shared life of the partners. Since cohabitation does not involve any form of registration, the act of living together is of utmost importance in establishing and proving the existence of such a partnership. The shared life of cohabiting partners encompasses all aspects of their relationship, including emotional, sexual, procreative, cultural, intellectual, economic, and other mutual needs of the woman and the man.

The Family Act, like most family law acts, avoids specifying the duration of cohabitation required for it to be legally recognized as a non-marital partnership. The Family Act stipulates that cohabitation must be of a more enduring nature.¹⁵ The term "a longer-lasting life partnership" represents a legal standard. Its determination is left to judicial practice. This legislative approach creates numerous practical challenges, primarily due to inconsistencies in its application.

¹¹ In countries such as Belgium, Denmark, England, Germany, France, Italy, Greece, and others, cohabitation does not automatically produce any effects on the property rights of cohabiting partners under French law. In order for cohabiting partners to acquire most of the rights and obligations of spouses, they can conclude a solidarity agreement before the court for the purpose of living together. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, 2015, 404.

¹² This is the case in Slovenia, Croatia, the Republic of Srpska, Macedonia, the United States, and others. The broadest acceptance is found in Slovenian law, where the rules of matrimonial property law are fully applied to the property relations of cohabiting partners. *Ibid.*, 404–405.

¹³ Г. Ковачек-Станић, *Породично право*, Нови Сад 2014, 164.

¹⁴ The conditions for the legal recognition of a certain union as cohabitation are: the existence of a shared life, the duration of the shared life, and the absence of marital impediments. Чл. 4 ПЗ.

¹⁵ Art. 4, pt. 1, Family Act.

In the earlier Family Act of the Republic of Serbia (ZBPOS), cohabitation was defined as permanent, which indicated that it was formed with the intention of lasting. The term "permanent" suggests that, at the time of its formation, there was no intention to limit its duration.

Some legal theorists argue that the duration of a cohabitation should not be a legal prerequisite for acquiring rights to joint property.¹⁶ They argue that the decisive factor should be the determination of the partners' intention to establish a lasting life partnership.¹⁷ Judicial practice has taken the position that, when defining the concept of a lasting partnership, the duration of the cohabitation is not of essential importance. What matters more is that the partners living together have the will and intention to establish a life partnership whose duration is neither temporary nor limited. The key factor is the awareness, or will, of the cohabiting partners.¹⁸

We believe that it is correct to approach the determination of the existence of a cohabitation by considering the partners' intention for the permanence of the partnership, rather than solely focusing on the time spent together. Intent seems to be the decisive factor, as it is possible to have a long-lasting partnership without the intention of commitment and permanence. In contrast, if the intention for permanence exists, it would not be fair to assess the partnership solely based on its actual duration.

For a cohabitation to produce legal effects between the individuals involved, there must be no legal impediments to marriage. From the formulation of Art. 4, Paragraph 2 of the Family Act, it follows that a cohabitation, provided that the legal conditions are met, is equated with marriage both in terms of property rights and personal legal matters.¹⁹ However, the

¹⁶ Mladenović believed that the element of permanence should not be a condition for the existence of cohabitation. М. Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1992, 215. Тако и М. Драшкић, *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Научна књига, Београд 1988, 170–172.

Garrison argues that a longer cohabitation does not lead to the application of marital norms, as research indicates that a longer shared life between cohabiting partners does not necessarily mean they share expenses or assets. A study conducted in the United States found that cohabiting partners who lived together for 2 to 10 years were no more likely to pool their funds than those whose relationships lasted less than two years. P. Blumstein & P. Schwartz, *American Couples*, Wm. Morrow & Co., New York, 1993, at 95 fig. 8. Cited by: M. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds.), 2011, 125.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Д. Ранђеловић, И. Шолаја, „Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука 2019, 218.

¹⁹ The Family Act outlines several cases in which cohabiting partners are equated with spouses in the personal rights sphere: regarding the contesting of paternity in cases of medically assisted reproduction (Article 58 of the Family Act); concerning the general suitability of an adopter (Article 101); in cases of domestic violence (Article 197 of the Family Act), and others.

The non-registration of a cohabitation leads to the fact that the rules regarding personal name, citizenship, and legal capacity do not apply to cohabiting partners. О. Јовић, „Брак или ванбрачна заједница – право избора“, *Зборник радова Ново породично законодавство*, Крагујевац 2006, 193.

possibility of deviation from the aforementioned equality is provided by the interpretation of Art. 152, Paragraph 2 of the Family Act, which pertains to the maintenance of cohabiting partners. It states that the rules applied to the maintenance of spouses are similarly applied to the maintenance of cohabiting partners. Through systematic interpretation, it can be concluded that a cohabitation is equated with marriage, except where such an equivalence is not possible for justified reasons, "in accordance with".²⁰ We believe that one of the deviations from the general norm of our legislator, which calls for the equalization of cohabitation and marriage, is the marriage contract.

1.1. Conditions for legal equating cohabitation with marriage

No legal system equates cohabitation with marriage without meeting certain conditions. The rule is that, in addition to shared living, some additional requirement must be fulfilled for cohabitation to be equated with marriage in terms of property effects.

Some systems rely on very intensive and widespread checks of the relationship between partners, while others are based on more specific criteria, such as cohabitation combined with having a child together or cohabitation that lasts for an extended period.²¹ Both approaches have certain shortcomings, which inherently create uncertainty regarding the existence of a cohabitation arrangement with its accompanying legal consequences.

In the case of the first approach, it may happen that two individuals live in a cohabitation arrangement without intending to incur the legal consequences prescribed by the legal system for such relationships. However, upon the termination of that arrangement, one party might initiate proceedings for property division, and the court could determine that the cohabitation existed and carries certain legal consequences. Thus, individuals who, during the course of their relationship, neither considered nor thought

²⁰ С. Панов, *Породично право*, Београд 2012, 148. Some of the problematic issues noted by Panov include: the difficulty in applying the rule regarding the impossibility of alimony between spouses for a period longer than five years after the marriage ends; the dilemma about the order of alimony; the issue of determining separate property; and the impossibility of applying "marital norms" to cohabitation, even in the case of registration in a public registry. *Ibid.* Panov believes that cohabiting partners can conclude a marriage contract. He justifies this view by pointing out that our legislature allows future spouses to enter into a marriage contract, and that cohabitation is often merely a preparation for marriage. This understanding is understandable under the given conditions; however, as there are increasingly more cohabiting unions that do not intend to turn into marriages, we believe that it is not a good solution to regulate the property matters of cohabiting partners through a marriage contract.

²¹M. Garrison, „Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations“, *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005, 818.

about the consequences of its termination, may find one party—encouraged by the potential financial benefit following the termination—initiating proceedings where it is ultimately established that their relationship constituted a legally significant cohabitation.

In the case of predetermined criteria (such as the duration of the cohabitation or the existence of a child), these criteria must be robustly designed to anticipate marital obligations and property division. Otherwise, their application may result in improper classification.²²

A longer period of cohabitation does not automatically signify a stronger relationship, nor does it indicate that the quality of the relationship is such that it can be equated with marriage in terms of its effects.²³ Research indicates that individuals in long-term cohabiting relationships are not more inclined to pool or share their incomes. The likelihood of income merging or the development of a concept of sharing between partners does not increase with the duration of the cohabitation.²⁴ Thus, both methods of determining the existence of a cohabitation arrangement carry the risk of abuse and exploitation of the opportunities provided by legal systems to cohabiting partners after the termination of such a relationship.

2. COHABITATION EXPECTATIONS VS REALITY

The unique characteristics of cohabitation often hinder the straightforward application of certain legal institutions without undermining its essence and purpose. Article 191, paragraph 2, of the Family Act employs the legal standard of “in accordance with”. This phrasing allows flexibility, enabling the exclusion or adaptation of certain institutions to align with the specific nature of cohabitation. The legislator has thereby enabled the finding of alternative solutions and mechanisms that will meet the needs and interests of partners in non-marital unions. This achieves equality between marital and non-marital unions, taking into account their specificities and the intentions of the partners. A marriage contract is a typical example of an institution whose application to non-marital unions requires adaptation to maintain fairness and legal purpose. The conditions for the existence and validity of a marriage contract support our position.

²² M. Garrison, „Cohabitant Obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia 2011, 125.

²³ K. A. Wiik et al., „A Study of Commitment and Relationship Quality in Sweden and Norway“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 72, 2009, 472.

²⁴ K. R. Heimdal, S. Houseknecht, „Cohabiting and Married Couples’ Income Organization: Approaches in Sweden and the United States“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 65, 2003, 525.

2.1. Financial Dynamics and Relationship Quality in cohabitation and marriage

Numerous studies explore the unique characteristics of cohabitation in contrast to marriage, yielding findings that challenge conventional perceptions. These studies often highlight surprising dynamics within cohabitation, such as the tendency for greater equality between partners, though this equality is context-dependent and not without exceptions.

The research presented in the article by C. Vogler, C. Lyonette, and R. D. Wiggins, "Money Power and Spending Decisions in Intimate Relationships", critically re-examines claims advocating greater equality and freedom in non-marital cohabitations.²⁵ It analyzes how financial resources are distributed between partners, highlighting both similarities and differences between marital and non-marital relationships. The study concludes that, despite women today enjoying greater financial independence and reduced traditional male dominance in family provision, significant inequalities in financial control persist. Even in cohabitations based on the ideal of equality, financial disparities often remain.

Furthermore, the research suggests that intimate relationships in the context of varying incomes can take on characteristics of business arrangements. In such cases, financial dynamics are often governed by market exchange models, where "rewards" are distributed proportionally to individual contributions rather than being based on equality. Under these conditions, partners with higher incomes frequently gain greater control over finances and enjoy more freedom in spending for personal needs and savings.

In light of these findings, the article re-evaluates Giddens' (1992) thesis of "pure relationships", which are purportedly highly egalitarian and democratic. Instead, the authors support Beck and Beck-Gernsheim's (1995) thesis on the "marketization" of intimate relationships, where such relationships resemble business arrangements. However, this phenomenon is not merely a consequence of increased individualization of women in the labor market. It also stems from ignoring existing income inequalities between partners, which allows market principles to infiltrate intimate relationships. As a result, traditional gender roles often become reinforced, even in situations of greater shared economic responsibility.

A Pew Research Center study complements these findings by providing insights into the emotional and practical dynamics of marital versus cohabiting relationships. The study reveals that married adults report high-

²⁵ C. Vogler, C. Lyonette, and R. D. Wiggins, "Money Power and Spending Decisions in Intimate Relationships", *The Sociological Review*, Volume 56, Issue 1, 2008, pp. 117–143.

er levels of relationship satisfaction compared to those living with a partner. Specifically, 58% of married individuals say their relationship is going very well, compared to 41% of cohabiting adults. Married couples also express greater satisfaction with various aspects of their relationship, including the division of household chores, their partner's ability to balance work and personal life, communication, and parenting approaches (for those with children under 18 at home).²⁶

When it comes to their sex lives, similar proportions of married and cohabiting adults—around one-third—report being very satisfied. However, married adults are significantly more likely to express a high degree of trust in their partner, including trust in their faithfulness, acting in their best interest, honesty, and financial responsibility. Importantly, the link between marriage and higher levels of relationship satisfaction and trust persists even when demographic differences such as gender, age, race, religious affiliation, and education are taken into account.²⁷

Together, these studies underline the complex interplay between financial dynamics, emotional satisfaction, and trust in intimate relationships. While cohabitation may offer a framework for more egalitarian partnerships, persistent financial inequalities and market-driven dynamics can undermine this potential. On the other hand, marriage, despite its traditional structure, appears to foster greater emotional satisfaction and trust, suggesting that institutional frameworks and shared commitments play a crucial role in shaping the quality of intimate relationships.

2.2. The Obligation of Sharing in Marriage vs. Cohabitation

One of the key expectations for partners entering into marriage is the obligation to share: jointly taking on responsibilities, exchanging feelings, values, thoughts, and life goals, as well as pooling economic resources.²⁸ Sharing is considered one of the fundamental values of spouses, and it is essential that any union aspiring to be equal to marriage embraces this value. In marriage, the sharing of economic resources represents a product of love, trust, and commitment between partners. The right to a portion of marital property upon the dissolution of the marriage reflects the ethic of sharing, protecting those who acted in accordance with this principle. The ethic of sharing encourages spouses to invest in the shared life, providing

²⁶ Key findings on marriage and cohabitation in the U.S., https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/11/06/key-findings-on-marriage-and-cohabitation-in-the-u-s/?utm_source, 15.1.2025

²⁷ *Ibid.*

²⁸ R. N. Bellah et al., *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, New York 1985, 90.

them with security that their investment will be recognized in case the union ends. In contrast, cohabiting partnerships face the challenge of lacking a formal moment that defines mutual understanding and obligations.

Garrison highlights that the marital form inherently involves a commitment to sharing, whereas emotional relationships outside of marriage often lack this component. Certain types of cohabitation partnerships include obligations of sharing, while others do not.²⁹ Garrison notes that non-marital partners typically do not adhere to the norm of marital sharing.³⁰ Research further shows that non-marital partners are less willing to provide support to their partner compared to spouses.³¹ Research shows that non-marital partners are less likely to have children, support their partners financially, or pool resources. Instead, they more frequently opt to share expenses rather than merge finances.³² Marriage, on the other hand, entails property rights and obligations because, through marital vows, each spouse voluntarily commits to the marital union. This commitment binds them to a complex set of behavioral norms associated with the roles of spouse and parent—expectations that constrain their individual freedoms and guide their conduct within the marriage.³³ Garrison argues that the most significant expectation placed on spouses is the sharing of assets. She notes that when people speak of marriage, they usually refer to it as "the sharing of thoughts, feelings, responsibilities, values, or life goals". Spouses share economic resources, viewing this as a product of love, trust, and commitment.

Divorce laws and inheritance rules protect spouses who have relied on the norm of shared assets, ensuring fairness and stability in the dissolution of the marital relationship.

²⁹ Research indicates a large number of different forms of extramarital unions. See, for example: K. Kiernan, "The rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe", *International Journal of Law, Policy, and Family*, Vol. 15, Issue 1, 1.

³⁰ M. Garrison, "Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations", *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005, 840.

³¹ See more: J. Miles and R. Probert, *Sharing Lives, Dividing Assets: An Interdisciplinary Study*, Oxford Univ. Press, Oxford 2009.

³² M. Garrison, "Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations", *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005, 840.

³³ E. S. Scott, "Social Norms and the Legal Regulation of Marriage", *Virginia Law Review*, Vol. 86, 2002, 1907, cited by: M. Garrison, "Cohabitation obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, 121.

2.3. Public Commitment and Distinct Obligations: Marriage vs. Cohabitation

Cohabitation differs from marriage in the lack of a formal event that would affirm mutual understanding and define the expected behavior of the partners. Garrison identifies the absence of public commitment between cohabiting partners as a key distinction between marriage and cohabitation. While some cohabiting partners strive to share resources, aligning their relationship with the marital model, others do not have such intentions. The diversity of cohabitation arrangements underscores the impossibility of standardizing or legally equating them with marriage.

Spouses publicly commit to abstaining from entering into other marriages or engaging in sexual relations with third parties. They also agree to accept both public and private expectations and limitations within their relationship, as well as the burden of not being able to easily exit the marital bond.

Cohabiting partners, on the other hand, do not undertake these obligations, marking a fundamental distinction between these two forms of union. Garrison concludes that, without additional actions such as entering into a contract or registering their relationship, there is no basis for granting cohabiting partners the rights afforded to spouses.³⁴ In the United Kingdom, respondents highlighted the lack of obligation as the primary advantage of cohabitation. This form of partnership provided them with the opportunity to test living together without legal commitments, as well as maintain personal independence, which motivated them to choose cohabitation over marriage. Similarly, in a study conducted in the United States, none of the cohabiting partners believed that cohabitation implied any obligation to commit.³⁵

The informality of cohabitation represents one of its key distinctions from marriage, reflected in the difficulty of clearly establishing mutual understanding and acceptance of its implications by the partners involved. Unlike marriage, which has a well-defined beginning, delineates rights and obligations, and signifies a change in legal status, cohabitation remains legally ambiguous and diverse. The absence of a formal agreement or public act to define mutual rights and responsibilities further complicates any effort to equate cohabitation with marriage.

The wide range of cohabitation forms makes clear legal regulation of these relationships almost impossible. Some cohabiting arrangements lack

³⁴ M. Garrison, "Cohabitation obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, 127.

³⁵ *Ibid.*, 123.

both longevity and the intent to establish permanence; such relationships are inherently transient and cannot be compared to marriage. On the other hand, there are long-term cohabitations characterized by an intention to commit, yet even in these cases, partners have deliberately chosen not to formalize their relationship through marriage. This conscious decision to avoid the consequences associated with marriage, including its rights and obligations, underscores their distinction. Equating cohabitation with marriage in such cases would not only be illogical but, for some, discriminatory. These relationships often stem from a deliberate choice to avoid institutionalized commitments and expectations inherent in marriage. Imposing marital regulations on cohabiting partners would contradict their will and infringe upon their freedom of choice.

While there is a clear need for legal regulation of cohabitation to protect the unique interests of such partnerships, equating them with marriage is unwarranted. The very term "cohabitation" highlights its essential difference from marriage. Consequently, it would be unjust to apply marital laws to cohabiting relationships. Spouses, in order to obtain the rights derived from marriage, undertake a significant set of obligations and limit their autonomy in accordance with marital expectations. Cohabiting partners, by contrast, do not accept such obligations, making it inequitable to impose the same legal framework upon them.

The necessity of legal regulation for cohabitation is evident, but this regulation must be specific and tailored to the unique nature of such relationships, without attempting to equate them with marriage. Such an approach would ensure a balance between the partners' freedom of choice and the need for legal protection.

3. LIMITATIONS OF APPLYING MARRIAGE CONTRACTS TO COHABITATION

For a marriage contract to have legal effect, it is necessary for the spouses or future spouses to conclude it concerning their existing or future property in the form of a notarially attested, solemnized document. If we were to apply these conditions to a cohabitation arrangement, it would mean that the cohabiting partners or future cohabiting partners must conclude it in the same form. This immediately raises the issue of defining the term "future cohabiting partners".

While the term "future spouses" is relatively easier to define (though it still sparks debates), the term "future cohabiting partners" is legally and logically ungrounded. In the case of spouses, there are objective criteria, such as the intention to marry or notifying the relevant authorities. On the other hand, a cohabitation arrangement implies the absence of formalities,

which prevents precise definition of this term. Therefore, it is reasonable to exclude the term "future cohabiting partners" in any attempt to equate the legal regulations of marital and cohabitation relationships. It is clear that applying the definition of a marital agreement unchanged to cohabiting relationships is not sustainable. This points to the need for a new legal institution that would allow cohabiting partners to regulate their property relations in a way that corresponds to the specificities of their union.

Some authors believe that in Serbian legislation, unlike future spouses, future cohabiting partners are unable to conclude a marital agreement before entering into a cohabitation arrangement, and that such an approach represents a certain form of favoring marriage.³⁶ We do not share the opinion presented. Specifically, in our legal system, the concept of "future spouses" is highly ambiguous, encompassing various categories of individuals. According to the letter of the positive legislator, future cohabiting partners could presumably enter into a marital agreement under a suspensive condition, just as future spouses can. However, this does not mean such action would be rational.

Thus, there is no clear legal obstacle preventing future cohabiting partners from concluding a marital agreement. Nevertheless, a clear logical obstacle exists to such an outcome. The example of extending the term "future spouses" to include future cohabiting partners demonstrates how the vagueness of certain legal terms can negatively impact the understanding of a legal institution. In this almost entirely relativized legal scenario, the unsustainability of the cited positive legal solution is manifestly clear.

Another aspect of the issue lies in the inability to determine the commencement and termination of a cohabitation arrangement. The absence of any formal procedure marking the beginning or end of a cohabitation arrangement brings certain consequences, particularly in the difficulty of proving the existence of such an arrangement, its starting point, its termination, and determining joint versus separate property of cohabiting partners.

Cohabitation arrangements create legal uncertainty for the acquirer of certain goods or rights due to the inability to verify whether the transferor is in a cohabitation arrangement or not. This shortcoming could be overcome by requiring the transferor to provide an explicit statement that the subject of the contract was not acquired within a cohabitation arrangement. However, such a solution would not be ideal, as it would slow down legal transactions and raise questions about the reliability of the process for establishing the existence of a cohabitation arrangement.³⁷

³⁶ Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016, 361.

³⁷ С. Панов, *Породично право*, Београд 2014, 351.

One of the biggest challenges cohabiting partners face in practice is proving the existence of their shared life. Recognizing a union between a man and a woman as a cohabitation arrangement—and granting it all the rights and obligations stemming from its existence—depends on proving the fact of a shared life.

This process of proof presents the greatest difficulty, as no records are kept for cohabitation arrangements, nor is any formal process required for their formation. In response to this issue, some theorists propose introducing the registration of cohabitation arrangements.³⁸ Advocates of this position argue that introducing the obligation to register cohabitation partnerships would eliminate numerous practical issues arising from the difficulty of proving the existence, duration, and termination of the shared life between cohabiting partners.

However, we believe that establishing such a registry would not align with the underlying idea of forming and maintaining cohabitation for certain individuals. What drives some couples to choose cohabitation is precisely its informality.³⁹ If a registry for cohabitation partnerships were introduced, what would then be the distinctive feature of cohabitation? By establishing such a registry, the very essence and uniqueness of cohabitation would be significantly diminished.

Continuing the examination of the illogicalities of introducing a cohabitation registry, the question arises about the difference between a marital property agreement and a potential property agreement between cohabiting

³⁸ Д. Ранђеловић, И. Шолаја, „Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука 2019, 220.

The register of cohabitations, along with a contract defining the rights and obligations of the partners, enables the visibility of the cohabitation to third parties. Some believe that this practice would eliminate the negative aspects of living in a non-marital relationship, but the question arises as to whether this would undermine the concept of cohabitation and whose interests should be prioritized – the interests of partners who do not want formalities, or society and third parties who may suffer consequences due to the lack of a register. Opponents of introducing contracts cite the possibility of unjust enrichment. The Law Commission for England and Wales points out the unfair consequences for the partner who cares for the child, as they may experience significant economic disadvantages in the event of the dissolution of the cohabitation. Law Commission for England and Wales, *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown*, Law Com. No. 307, 2007, 42–43. Regarding whether non-marital partnership is an area where men profit, and whether it is more favorable in relation to gender discrimination, see: M. Garrison, "Cohabitation obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, p. 129–132.

³⁹ Garrison notes that research shows that non-marital partnerships generally do not represent a binding relationship, and studies indicate that they typically do not adopt the norm of marital law based on the idea of division and sharing of assets. M. Garrison, "Cohabitation obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, 137.

partners. In this context, it also raises the question of how a potential legal change introducing a mandatory registry for marital agreements could be applied to cohabiting partners.

Given the current situation where no cohabitation registry exists (as is the case in our country), the question becomes: who would be responsible for determining the existence of a cohabitation arrangement? If we assume that the authority could fall to a public notary who certifies marital agreements, it would still leave open issues concerning the practical application and consistency of such a system.⁴⁰ We believe that such an approach would grant public notaries excessively broad powers, which could lead to the abuse of those powers. If we were to assign this authority to courts, wouldn't it result in unnecessary complications and further burden an already overburdened judiciary? On the other hand, if the registration of cohabitation partnerships were mandated, this objection would no longer apply. However, other concerns would still remain.

All of this points to the need for an alternative approach that would provide legal protection to cohabiting partners while preserving their autonomy and informality. Introducing a new legal framework, tailored to the specificities of cohabitation arrangements, is the best way to address these issues without compromising the fundamental principles that define this type of union.

4. CONCLUSION

The fundamental difference between spouses and cohabiting partners lies in the public commitment made by spouses. Spouses formally renounce the possibility of marrying others or engaging in other intimate relationships. They accept structured societal expectations about marital behavior, along with the challenges and responsibilities associated with dissolving a marriage. Cohabiting partners, by contrast, make no such public commitment. They are not subject to the explicit expectations or obligations associated with marriage. For this reason, marriage is a well-defined legal institution, while cohabitation remains an undefined and fluid social phenomenon.

Marriage and marital unions are characterized by a clear unity between two individuals, traditionally of the opposite sex. These unions are predominantly governed by imperative legal norms, reflecting their societal significance—a fact that both our legislator and other legal systems recognize, providing robust legal protection. The accessory nature of the mar-

⁴⁰ This proposal is made by A. Čulo and I. Šimović in their co-authored work „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, 2009.

riage contract to marriage is indisputable, even though the precise mechanisms to enforce this relationship have not yet been fully defined in law.⁴¹ The way the institution of the marriage contract is structured in our country does not fully capture its specificities. However, its very designation as a "marriage" contract precludes its proper application to cohabiting unions. Attempting to "analogously" apply the concept of a marriage contract to cohabiting unions by adapting it to their characteristics would be inappropriate and contrived. Such an approach would distort the essence of the marriage contract, reducing it to a general contractual instrument and altering its original purpose.

The unique characteristics of cohabitation and the very reasons for its existence are at odds with the formalities necessary for concluding and enforcing a marriage contract. These formalities aim to protect the interests of both spouses and third parties potentially affected by such agreements. Introducing a registry for marriage contracts, which we consider essential for transparency in such agreements, does not align with the informal and flexible nature of cohabiting relationships.⁴²

Since cohabitation does not inherently involve adopting the norms and obligations of marriage, there is no compelling reason to grant cohabiting partners the same rights as spouses without requiring additional actions, such as entering into a contract or registering their relationship. These steps would publicly signal the seriousness of the relationship and its accompanying rights and obligations.⁴³ However, such formalization raises an important question: Would cohabitation lose its essence if it were subjected to a defined legal framework? Wouldn't this effectively transform it into an institution indistinguishable from marriage—something that many cohabiting partners intentionally seek to avoid?

Nevertheless, there is a clear need to allow cohabiting partners—consistent with the legislator's intent to equate these two forms of union and uphold the principle of contractual freedom—to regulate their property relations in a manner distinct from the default legal regime of joint proper-

⁴¹ Even Sudžum emphasizes that it is indisputable that the contract must be aligned with marriage. Marriage must retain its dominance over the contract, and any contract that threatens the fundamental principles of marriage cannot be valid. P. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд 1982, 275.

⁴² Draškić believes that the essence of cohabitation lies in the freedom to avoid the compulsory regime of marriage and the establishment of marital rights and duties. M. Драшкић, *Ванбрачна заједница*, Београд 1988, 127.

⁴³ M. Garrison, "Cohabitation obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), Intersentia 2011, 127.

ty. While this objective is clear, the methods for achieving it remain inadequately defined.

We believe that cohabiting partners should indeed have the autonomy to regulate their property relations. However, this should be achieved through a distinct type of agreement that respects the unique nature of cohabitation, while also protecting the interests of the partners and third parties. A specially designed property agreement for cohabiting partners would mark a significant step forward, offering greater legal certainty and recognizing the specific needs of these relationships.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bellah, Robert, Neelly, et al., *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, New York 1985;
2. Čulo, Anica, Šimović Ivan, „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, 2009;
3. Garrison, Margaret, “Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011;
4. Garrison, Margaret, “Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations“, *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005;
5. Heimdal, Kristin, Ruth, Houseknecht, Susan, “Cohabiting and Married Couples’ Income Organization: Approaches in Sweden and the United States“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 65, 2003;
6. Kiernan, Katherine, “The rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe“, *International Journal of Law, Policy, and Family*, Vol. 15, Issue 1;
7. Lind, Gustaf, *Common Law Marriage A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford University Press 2008;
8. Lund-Andersen, Inga, Kronborg, Ante, “Marriage and Family Relations“, *Nordic Law in European Context*, Pia Letto-Vanamo Ditlev Tamm Bent Ole Gram Mortensen (ed.), Vol. 73;
9. Miles, Jo, Probert, Rebecca, *Sharing Lives, Dividing Assets: An Interdisciplinary Study*, Oxford Univ. Press, Oxford 2009;
10. Scott, S. Elizabeth, “Social Norms and the Legal Regulation of Marriage“, *Virginia Law Review*, Vol. 86, 2002;
11. Stjepanović, Bogdana, “The principle of autonomy of the will and the marriage contract“, Collection of Papers “Legal gaps and the completeness of law“, East Sarajevo 2024;

12. Stjepanović, Bogdana, "Harmonization of family law in the eu with special reference to the marriage contract", *Balkan Social Science Review*, Vol. 23, June 2024;
13. Vogler, Carolyn, Lyonette, Clare, Richard D., Wiggins, "Money Power and Spending Decisions in Intimate Relationships", *The Sociological Review*, Volume 56, Issue 1, 2008;
14. Wiik, Kenneth, Aarskaug, et al., "A Study of Commitment and Relationship Quality in Sweden and Norway", *Journal of Marriage and Family*, Vol. 72, 2009;
15. Босанац, Милан, *Ванбрачна породица*, Просвјета, Загреб 1976;
16. Драшкић, Марија, *Породично право и права детета*, Београд 2015;
17. Драшкић, Марија, *Ванбрачна заједница*, Београд 1988.
18. Драшкић, Марија, *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Научна књига, Београд 1988;
19. Драшкић, Марија, *Коментар Породичног закона: пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова: према стању законодавства од 1. децембра 2015. године*, Службени гласник, Београд 2016;
20. Јовић, Олга, „Брак или ванбрачна заједница – право избора“, *Зборник радова Ново породично законодавство*, Крагујевац 2006;
21. Ковачек-Станић, Гордана, *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2014;
22. Младеновић, Марко, *Породично право у Југославији*, Београд 1992;
23. Новаковић, Душан, „Заједничка имовина ванбрачних партнера (неке специфичне карактеристике)“, *Научно истраживачки пројекат „Начела добре владавине – начело правне сигурности и правне правичности“*, Косовска Митровица 2016;
24. Панов, Слободан, *Породично право*, Београд 2012;
25. Радић, Дарко, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016;
26. Ранђеловић, Драго, Шолаја, Ивана, „Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука 2019;
27. Суџум, Рајко, *Имовински односи брачних другова*, Београд 1982.

Legal documents

1. Family Act of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 18/05, 72/11 and 6/15;
2. Law Commission for England and Wales, *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown*, Law Com. No. 307, 2007;
3. Recommendation R (88)3E 07 March 1988 on the validity of contracts between persons living together as an unmarried couple and their testamentary dispositions, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Resolutions_recommendations_cm_en.asp.

Internet sources

1. Key findings on marriage and cohabitation in the U.S., https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/11/06/key-findings-on-marriage-and-cohabitation-in-the-u-s/?utm_source, 15.1.2025;
2. Marriages and divorces, https://ourworldindata.org/marriages-and-divorces?utm_source, 15.1.2025;
3. The relationship recession is going global, Financial Times, <https://en.money.it/The-relationship-recession-is-going-global>, 15.1.2025.

Научни сарадник др Богдана Стјепановић

Институт за политичке студије, Београд

ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕРИ И УГОВОРНО УРЕЂЕЊЕ МЕЋУСОБНИХ ИМОВИНСКИХ ОДНОСА

Сажетак

Чланак истражује поједине правне и друштвене аспекте брака и ванбрачне заједнице, фокусирајући се на њихове последице по имовинска права. Док је брак јасно дефинисана институција условљена строгим захтевима форме, то није случај са ванбрачном заједницом. Одсуство формалних правних захтева везаних за ванбрачну заједницу доводи до изазова у доказивању постојања и трајања ванбрачних односа. Наведено ствара несигурност за ванбрачне партнере као и за трећа лица, посебно у вези са власништвом и преносом имовине. Аутор истиче потребу за успостављањем правног механизма који ће омогућити ванбрачним партнерима да ефикасније регулишу своје имовинске односе, слично онима који су доступни брачним паровима. Потребно је успоставити правни оквир који би омогућио закључивање уговора о имовини, специфично прилагођених за ванбрачне заједнице, како би се отклонио постојећи недостатак правне регулативе у овој области. Увођење имовинског уговора за ванбрачне партнере представља кључни корак ка јачању правне сигурности и предвидљивости имовинских односа. Овај уговор би омогућио партнерима да унапред дефинишу своја права и обавезе, смањујући ризик од будућих спорова и осигуравајући правичнију подјелу имовине у случају престанка заједнице. Аутор закључује да је увођење имовинског уговора за ванбрачне партнере само један корак ка свеобухватној реформи породичног права. Потребна су даља истраживања и законодавне промене како би се што потпуније заштитила права и интереси ван-

брачних партнера. Решавањем ових правних празнина, предложене промене би обезбедиле већу јасноћу и јачу правну заштиту за ванбрачне партнере, али и за трећа лица која са њима ступају у правне односе.

Кључне речи: *Ванбрачна заједница; Имовинска права; Правно признање; Уговор о имовини; Правна сигурност.*

Судија Божана Гужвић

Окружни привредни суд у Бијељини, председник суда

ЗАШТИТА НАЧЕЛА САВЈЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА У УГОВОРИМА У ПРИВРЕДИ

„Слобода се састоји у томе да се може чинити све што не шкоди другоме.“¹

Динамика привредне дјелатности утиче на то да се стварају институционални и законски услови у правцу континуираног развијања слободе уређивања пословних односа, све са јасним циљем – остварење профита. Дакле, правни поредак привредним субјектима омогућава да слободно, уговорно уређују и регулишу своје пословне односе. Међутим, у уговорном пословном односу слобода уговарања није апсолутна и неограничена. С једне стране, допушта се слободно изражавање уговорне воље, али се с друге стране води рачуна о општим начелима на којима почива јавни поредак, која се ипак не могу нарушавати вољом појединаца у заснивању и регулисању пословних односа. Судска пракса познаје и прихвата принцип слободе уговарања, али и неопходна ограничења, наметнута законом, као заштиту од злоупотреба тог принципа, која се односе како на сам чин закључења уговора, тако и на његово испуњење. Начело савјесности и поштења (*bona fides*) једно је од основних начела грађанског права које посебно долази до изражаја приликом закључивања уговора у привреди. Унијето у Закон о облигационим односима, као опште начело, има императивни карактер за учеснике једног пословног уговорног односа у правцу спречавања злоупотребе субјективних права, посебно када дужник не испуњава своје уговорне обавезе. Начело савјесности и поштења има и моралну карактеристику, а то значи да се спријечи наношење неправде и неправичних рјешења. Аутор овога рада, своју пажњу посвећује управо повреди начела савјесности и поштења као облику злоупотребе слободе уговарања, о чему суд мора водити рачуна приликом рјешавања појединачних случајева и тумачења одредби уговора те стварне воље уговорних страна. Судска пракса начело савјесности и поштења треба примјењивати не само као опште начело, већ

Божана Гужвић, bozana.guzvic@pravosudje.ba.

¹ Чл. 4 Декларације о правима човјека и грађанина.

и у свим појединим случајевима у којима Закон о облигационим односима истиче потребу поштовања тог начела, те на тај начин, практично, постављати границе слободе уговарања како би се спријечила злоупотреба овог начела.

Кључне ријечи: Слобода уговарања; Начело савјесности и поштења; Повреда начела савјесности и поштења.

1. УВОД

Уговор је сагласно очитовање воље двају или више субјеката усмјерено на постизање допуштених правних учинака, а који се састоје у постанку, престанку или промјени правног односа.

Уговор је најчешћи извор облигација, који представља „закон“ за његове уговорне стране, које су дужне испунити своје обавезе на начин одређен уговором и одговорне су за испуњење преузетих уговорних обавеза.² Стране уговорнице своја права и обавезе које из тих права произилазе могу одредити и уредити како то њима најбоље одговара. Принцип слободе уговарања је принцип слободе избора (уговорати или не уговорати, изабрати овог или оног сауговорача, изабрати овакав или онакав садржај уговора, елементе, права и обавезе, тип уговора, начин и облик, форму изјаве воље).³

Грађанско право у Републици Српској и Босни и Херцеговини базира се на два основна начела, а то су начело аутономије воље уговорних страна и начело савјесности и поштења. Правни поредак пружа уговорним странама извјесну, али не и потпуну слободу уговорног уређења односа, одлучивања, избора и регулисања тих односа, јер слобода уговарања никада није нити ће икад бити апсолутна како то јасно произилази из норми Закона о облигационим односима Републике Српске,⁴ гдје је прописано да су стране у облигационим односима слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи, а када се одлуче на закључење уговора, уговорне стране имају обавезу савјесног и поштенног понашања, како у заснивању облигационих односа тако и у остваривању права и обавеза из тих односа.⁵

² Начело римског права – *pacta sunt servanda*, према ком се уговори морају поштовати.

³ Б. Мораит, „Право конкуренције и слобода уговарања“, *Зборник радова „Однос права у региону и права Европске уније“*, Источно Сарајево 2015, 33.

⁴ Тзв. генерална клаузула ништавости – вид. Закон о облигационим односима – ЗОО РС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 57/89, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96 и 39/03, чл. 10.

⁵ Вид. ЗОО, чл. 12.

Начело савјесности и поштења (*bona fides*) као једно од основних начела грађанског права потиче још из римског права, а значило је вјерност и држање дате ријечи. Ово начело заузима важно мјесто у најзначајнијим европским кодификацијама. Тако према параграфу 242 Њемачког грађанског законика,⁶ дужник је дужан своју обавезу испунити онако како то захтијева савјесност и поштење, а у параграфу 157 истог законика стоји да се уговори тумаче онако како то захтијева савјесност и поштење с обзиром на обичаје у правном промету. У параграфу 914 Аустријског грађанског законика⁷ стоји да се при тумачењу уговора не треба држати дословног смисла израза, већ треба испитивати намјеру странака и уговор тако разумјети, како то одговара вршењу поштеност промета.

На нашим просторима, начело савјесности и поштења почело је да се примјењује појавом Општих узанси за промет робом из 1954. године,⁸ које су у то вријеме представљале кодификацију привредних обичаја и главни извор права за регулисање уговорних односа у привреди, посебно у промету робом, све до доношења Закона о облигационим односима. Опште узансе су одредиле ово начело као „основно начело кога се странке морају придржавати у пословима промета“, те се „странке не могу позивати на неку од ових узанса, ако би њена примјена у датом случају произвела посљедице противне томе начелу“.⁹

Унијето у Закон о облигационим односима, као опште начело, начело савјесности и поштења има императивни карактер за учеснике једног уговорног односа са циљем спречавања злоупотребе субјективних права и забране проузроковања штете. Савјесност и поштење значи отвореност, искреност и поузданост једне уговорне стране у вријеме заснивања одређеног облигационоправног односа и њену спремност на ваљано и потпуно испуњење уговором преузетих обавеза, уз истовремено очекивање истог понашања и од саговорника, који треба да оправда поклоњено му повјерење кроз придржавање свега онога што се од њега захтијева и што произлази из насталог уговорног односа, како би се и он показао као савјесна уговорна стра-

⁶ Вид. § 242 Њемачког грађанског законика, <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@otherif/documents/ifdocs/eub38formfbotexhibita-5b-ger.pdf>, 20. септембар 2025.

⁷ Вид. више Аустријски грађански законик из 1811. године, https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/AUSTRIJSKI_GRADANSKI_ZAKONIK.pdf, 7. децембар 2024.

⁸ Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

⁹ Вид. Општа узанса бр. 3 – „Начело савјесности и поштења“.

на у испуњењу своје и захтијевању туђе уговорене чинидбе.¹⁰ Савјестан је онај који ради по савјести, а поштен онај који је спреман да оправда поклоњено му повјерење тако што ће се придржавати свега што се од њега очекује и захтијева у насталом облигационом односу.

Законом установљено начело савјесности и поштења има за циљ да се спријечи наношење неправде и неправичних рјешења, па се начело савјесности и поштења заснива на међусобним моралним обавезама уговорних страна. То даље значи да су саговорници дужни да поступају обзирно, уважавајући интересе обје стране, водећи рачуна о смислу и сврси облигационог односа у који су својом слободном вољом ступили, а све ово не само у вријеме закључења уговора, већ и у вријеме вођења преговора о склапању уговора, па све до извршења и престанка уговора, уз посљедицу одговорности за штету уколико се нека уговорна страна у неком периоду не би придржавала начела савјесности и поштења.

Закон о облигационим односима уређује да за све уговоре важе јединствена правила и начела, с тим да посебно истиче специфичност уговора у привреди – „Одредбе овог закона које се односе на уговоре, примјењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено.“¹¹

Начело савјесности и поштења, као опште начело, релевантно је и за уговоре у привреди.

2. УГОВОРИ У ПРИВРЕДИ

Изразом „привреда“ означава се укупност производње, размјене и расподјеле материјалних добара.¹² Уговори у привреди су уговори које предузећа и друга правна лица која обављају привредну дјелатност, као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну дјелатност закључују међу собом у обављању дјелатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези са тим дјелатностима.¹³

Дакле, да би се неки уговор могао сматрати уговором у привреди, тачније за разликовање ових уговора у односу на грађанскоправне уговоре, морају бити кумулативно испуњени субјективни и објективни критеријум. Субјективни критеријум разликовања уговора у привреди у односу на остале уговоре облигационог права односи се на

¹⁰ Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Књига 1 – реплика, Бања Лука 2018, 69.

¹¹ Наведени принцип изражен је у одредби чл. 25, ст. 1 ЗОО РС.

¹² И. Јанковец, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд 1999, 235.

¹³ Вид. ЗОО РС, чл. 25, ст. 2.

уговорне стране, које обављају привредну дјелатност са циљем стицања профита односно зараде (привредни субјекти – привредна друштва и предузетници). Објективни критеријум разликовања уговора у привреди у односу на остале, грађанскоправне уговоре облигационог права, односи се на то да привредни субјекти закључују ове уговоре у оквиру своје регистроване дјелатности или у вези са њом.

Начело јединственог уређења и регулисања свих уговорних односа концепцијски је прокламовано у већ поменутој одредби Закона о облигационим односима, но уважавајући специфичности уговора у привреди, неке одредбе овог закона примјењују се само на односе из тих уговора (нпр. поступање с „пажњом доброг привредника“ или „пажњом доброг стручњака“, „начело забране стварања и искориштавања монополског положаја“, „начело примјене добрих пословних обичаја“ и сл). Дакле, полазна основа Закона о облигационим односима о јединству правила у свим уговорним односима, односно принцип јединственог уређења уговорних облигационих односа, има свој изузетак када су у питању уговори у привреди због њихове одређене специфичности.

Специфичности уговора у привреди огледају се у разликама које су карактеристичне за привредни промет од обичног, грађанскоправног промета. Тако се уговори у привреди закључују у великом броју, са захтјевима појачане пажње и појачане одговорности уз често обезбјеђење уговора, јер се привредна дјелатност региструје и обавља професионално с циљем стицања профита односно зараде, за разлику од обичних грађанскоправних уговора који се склапају од случаја до случаја, по потреби.

У Закону о облигационим односима постоји читав низ одредби које важе само за уговоре у привреди. У поглављу о заступању налазе се посебне одредбе о пословном пуномоћју,¹⁴ о овлаштењима трговинског путника¹⁵ и о овлаштењима лица која обављају одређене послове.¹⁶ Такође, значајне су и одредбе о способности правних лица да закључују уговоре па тако, „правно лице може закључивати уговоре у правном промету у оквиру своје правне способности“.¹⁷ Значајне су и конкретне одредбе које имају своју примјену само у уговорима у привреди, као на примјер: кад има више дужника у некој дјеливој обавези насталој уговором у привреди, они одговарају повјериоцу солидарно, осим ако су уговорачи изричито отклонили солидарну

¹⁴ Вид. ЗОО РС, чл. 95 и 96.

¹⁵ Вид. ЗОО РС, чл. 97.

¹⁶ Вид. ЗОО РС, чл. 98.

¹⁷ Вид. ЗОО РС, чл. 54.

одговорност;¹⁸ кад уговором о продаји у привреди цијена није одређена, нити у њему има довољно података помоћу којих би се она могла одредити, купац је дужан платити цијену коју је продавац редовно наплаћивао у вријеме закључења уговора, а у недостатку ове, разумну цијену;¹⁹ купац је дужан да примљену ствар на уобичајени начин прегледа или је да на преглед чим је то, према редовном току ствари, могуће и да о видљивим недостацима обавијести продавца у року од осам дана, а код уговора у привреди без одлагања, иначе губи право право које му по том основу припада;²⁰ јемац за обавезу насталу из уговора у привреди одговора као јемац платац ако није што друго уговорено.²¹ Посебни дио Закона о облигационим односима садржи одредбе о тридесет именованих уговора и сваки од тих уговора може представљати уговор у привреди, јер се као такви сусрећу и у привреди.

Треба посебно истаћи и то да се односи у привреди штите и кривичним правом. Тако се у одредбама о појединим кривичним дјелима, користе појмови привредног права, као што су – монополистички положај на тржишту, нелојална конкуренција и слично.

3. НАЧЕЛО САВЈЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА

Иако за уговоре у привреди важе одређене специфичности у односу на грађанскоправне уговоре, и од њихових учесника захтијева се да се придржавају општег начела уговорног односа – начела савјесности и поштења. Привредни субјекти слободни су у уређивању својих пословних односа, но примјена начела савјесности и поштења у уговорима у привреди, намеће дужност да се узму у обзир интереси свих учесника једног правног посла. У природи је начела савјесности и поштења да се, с обзиром на оправдано повјерење другог, не може безусловно постићи оно што би било правично за појединца и његове интересе.²² Поштовање начела савјесности и поштења значи поступати с повјерењем и обзирима према интересима друге стране, међусобно извјештавати о стању уговора и полагати рачуне, уважавати интересе обје стране у погледу тумачења уговора, развијати сарадњу и пружање заштите према трећима, суздржавати се од дволичног и противрјечног понашања, отвореност и искреност у вријеме заснива-

¹⁸ Вид. ЗОО РС, чл. 413.

¹⁹ Вид. ЗОО РС, чл. 462, ст. 2.

²⁰ Вид. ЗОО РС, чл. 481, ст. 1.

²¹ Вид. ЗОО РС, чл. 1004, ст. 4.

²² Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1980, 63.

ња одређеног облигационоправног односа и спремност на потпуно и ваљано остваривање и испуњење уговором преузетих обвеза, као и очекивање таквог понашања при заснивању, испуњењу и остваривању права друге уговорне стране и сл.²³

Савјесност је стање свијести неког лица у којем оно није знало за одређене правно значајне чињенице, нити је могло да их зна према приликама у којим је било у одређеном моменту (нпр. у часу закључења уговора). Несавјесно је лице које зна или је морало да зна неку чињеницу, али се ипак понаша не узимајући је у обзир, чиме поступа противно интересима другог лица или шире заједнице. Савјесност се претпоставља, док супротно не докаже лице које је оспорава. Поштење је правни стандард по коме свако лице треба да се честито понаша, те да не повређује права и интересе других лица, односно да не остварује своје интересе на штету туђих, ако је то противно моралним схватањима средине у којој се налази. И савјесност и поштење се цијене према околностима у сваком појединачном случају, а нарочито одмјеравањем значаја интереса посматраног лица са интересима других лица са којима је у односима, али и са интересима шире заједнице. Они се оцјењују и према томе како би се понашало једно просјечно поштено лице, с обзиром на чињенице које су му познате.²⁴

Однос повјерења и обазривог поступања уз уважавање интереса обје стране како приликом склапања уговора тако и приликом његовог извршавања, водећи рачуна о смислу и сврси облигационог односа који се успоставља, посебно је изражена у уговорима у привреди. Закључивање уговора у привреди, а посебно извршавање уговорених обавеза, императив су за стварање доброг пословног окружења, посебно с аспекта привлачења страних инвестиција. Непоштовање уговора у привреди може узроковати бројне проблеме и стварати ризик пословања како са домаћим тако и са страним пословним партнерима. Стога је у привредноправним односима одговорност уговорних страна оштрија него код грађанскоправних односа. Док се код грађанскоправних односа тражи пажња „доброг домаћина“, код уговора у привреди карактеристично је начело појачане пажње, те се захтијева пажња „доброг привредника“, односно „доброг стручњака“ уколико је ријеч о извршавању обавеза из професионалне дјелатности.²⁵

²³ В. Горенц, *Закон о обвезним односима с коментаром*, РРиФ Плус, Загреб 1998, 11.

²⁴ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021², 72.

²⁵ Вид. ЗОО РС, чл. 18.

Законским одредбама законодавац настоји предвидјети што већи број правних рјешења али је немогуће предвидјети рјешења за све могуће случајеве који се појаве у пракси, а често примјена стриктне норме може имати за посљедицу неправична рјешења. Како начело савјесности и поштења има значај генералне норме односно основног начела, поставља се питање како би то уговорне стране требало да се понашају у склапању уговора у привреди да би се ово начело поштовало. Уговор настаје вољом странака, сагласношћу воља, што значи да је слободна воља та која наводи на закључење уговора и уговорне стране саме одређују садржај уговорног односа, уређују међусобна права и обавезе, али начело савјесности и поштења представља границу дозвољеног уговарања. Садржај начела савјесности и поштења није законски уређен, па можемо рећи да начело савјесности и поштења представља правни стандард, а не правно правило. То је и разумљиво, јер не би било могуће да се садржај ове норме законом унапријед разради на начин који би био примјењив на сваки конкретан случај. Да ли се једна уговорна страна понашала у складу са овим правним стандардом представља фактичко питање које се цијени од случаја до случаја, било примјеном законске одредбе која намеће дужности одређеног понашања уговорних страна,²⁶ било тумачењем од стране суда како уговорених одредби (споразумно утаношено у уговору), тако и воље уговорних страна (оно што произилази само по себи у конкретном случају), при чему треба имати у виду и законске одредбе из којих јасно произилази да слобода уговарања није неограничена.

Зато, упоредо са начелом савјесности и поштења, егзистирају и посебна начела инкорпорирана у релевантним одредбама Закона о облигационим односима: начело аутономије воље према којем су стране у облигационим односима слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи; начело равноправности страна према којем су стране у облигационом односу равноправне; начело забране злоупотребе права према којем је забрањено вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато; начело забране стварања и искориштавања монополског положаја према којем у заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искориштава монополски положај на тржишту; начело еквиваленције давања према коме у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вриједности узајамних давања; начело забране проузроковања штете

²⁶ Нпр. вид. 300 РС, чл. 54, ст. 3; чл. 74, ст. 4; те чл. 136.

према коме је свако дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета; начело дужности испуњења обавеза према коме су стране у облигационом односу дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење, а обавеза се може угасити само сагласношћу воља учесника у облигационом односу или на основу закона; начело пажљивог поступања у извршавању обавеза и остваривању права према коме је учесник у облигационом односу дужан да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтијева у одговарајућој врсти облигационог односа (пажња доброг привредника, а у извршавању обавезе из своје професионалне дјелатности дужан је да поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима – пажња доброг стручњака).

У дефинисању уговорних права и обавеза, уговорним странама је допуштено да и изван случајева које закон одређује, посебно у уговору одреде које ће се понашање сматрати повредом начела савјесности и поштења и ту треба тражити моралну компоненту начела савјесности и поштења коју саме уговорне стране дефинишу. Нпр. изричито уговарање обавезе на начин да се тиме не повриједе живот, здравље или имовина друге уговорне стране; или забрана поступања којим би се другој уговорној страни – дужнику, отежало или онемогућило испуњење обавезе.

4. НАЧЕЛО САВЈЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Повреде начела савјесности и поштења утуживе су пред надлежним судом јер „и оно што није забрањено, може да не буде поштено“.²⁷ Начело савјесности и поштења представља „сметњу слободи закључивања законитих уговора са непоштеном садржином“.²⁸ Уговорна страна која се не придржава начела савјесности и поштења трпиће штетне посљедице и у конкретном случају неће моћи основано да се позива на иначе важећа правна правила, а имаће и обавезу да другој страни накнади штету коју је она усљед тога евентуално претпила. Тиме се у ово начело уводи „морални и хумани елемент у уговорни однос“.²⁹

²⁷ Вид. чл. 999 Општег имовинског законика за Књажевину Црну гору из 1888. године, https://www.google.ba/books/edition/Op%C5%A1ti_imovinski_zakonik_za_Knja%C5%BEevinu/dya8zbW4ZKYC?hl=sr&gbpv=1&pg=PA3&printsec=frontcover, 14. децембар 2024.

²⁸ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 71.

²⁹ Б. Визнер, 69.

Терет доказивања да је поступала савјесно и поштено у остваривању права и дужности из уговора, лежи на страни која се позива на примјену овога начела у рјешавању спора, а суд у сваком конкретном случају врши конкретизацију тог начела, тачније у свакој конкретној ситуацији судија оцјењује да ли је одређено понашање у облигационом односу или уговорна одредба противна начелу савјесности и поштења, не уважавајући непоштене одредбе уговора. Практично, у судском спору не може успјети она страна која жели остварити неко право заснивајући га на властитој несавјесности, односно непоштењу. То је начело да се „не слуша онај ко се позива на сопствену срамоту“ (*nemo auditur quam ipse turpitudinem allegans*). Судску заштиту не ужива субјективно право засновано на несавјесном понашању његовог имаоца. Оно се оправдава ставом да се из несавјесног понашања не може изводити субјективно право.³⁰

Начело савјесности и поштења не може бити самостална основа тужбеног захтјева. Тужбеним захтјевом тражи се пружање правне заштите одређеног садржаја како би наступиле одређене правне посљедице. Да би суд могао одлучити о постојању повреде начела савјесности и поштења, та повреда треба бити чињенично одређена у разлозима тужбе (чињенична основа тужбеног захтјева). Зато начело савјесности и поштења, као правни стандард чију конкретизацију врши суд тако што овом начелу у сваком конкретном случају даје одговарајући садржај, као начело које се не заснива на строго формалној примјени права већ на међусобним моралним обавезама уговарача, служи да попуни правне празнине и исправи неправична рјешења у случајевима постојања дилема како поступити у конкретном случају, при чему се као мјерило понашања узима понашање једног замишљеног просјечног поштеносца и савјесног привредника, односно стручњака, дакле примјењујући објективни критеријум, а не субјективни критеријум који је карактеристичан за кривично право, нити субјективни став суда. Могући облици повреде начела савјесности и поштења јесу: повреда дужног обавјештавања о стању уговорних односа, повреде у фази преговарања, манипулативне радње којима се наноси штета другој страни, радње којима се отежавања испуњење уговора и сл.

Поступање противно начелу савјесности и поштења може имати за посљедицу предуговорну одговорност,³¹ одштетну одговорност, побојност – поништај уговора (нпр. усљед преваре)³² или ништавост

³⁰ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 73.

³¹ Вид. ЗОО РС, чл. 30.

³² Вид. ЗОО РС, чл. 65.

уговора (нпр. зеленашки уговор),³³ раскид уговора и сл. Повреда начела савјесности и поштења може се санкционисати и на пословни начин – у смислу губљења пословног угледа на тржишту лица које се учестало непоштено понаша. Остали учесници на тржишту могу да га ставе на тзв. црну листу. Отуда се они убудуће уздржавају од предузимања послова са њим, или их предузимају уз веће мјере опреза – кроз нпр. ваљано обезбјеђење потраживања банкарском гаранцијом или на други начин.³⁴

Ставови судова о начелу савјесности и поштења су пресудни, јер судска пракса употпуњује садржај овог правног стандарда чинећи га тако вјеродостојним и цјеловитим.

Законско одређење начела савјесности и поштења не садржи све елементе потребне за његову примјену. Ово генерално начело увијек захтијева конкретизацију судском праксом. То значи да на конкретно чињенично стање треба примјенити опште важеће правне норме или морална начела, при чему суд мора водити рачуна о томе да примјеном овог начела ставља ван снаге сврху норме, јер примјена начела не значи негирање постојања уговора или измјену чињеничног стања, већ треба доћи до тога да се уговор превише не формализује до те мјере да дође до неравнотеже међусобних права и обавеза.

Привредни субјекти су дужни поступати с пажњом доброг привредника односно стручњака, увијек, независно од тога да ли су у пословном односу који има грађанскоправни или привредноправни карактер.

Став је судске праксе да се, у случају да је дошло до повреде начела савјесности и поштења, странци која у свом пословању поступа супротно том начелу не може пружити судска заштита у остваривању њених захтјева који потичу из пословања заснованог на повреди начела савјесности и поштења.

Тако, у случају утврђења да је дошло до повреде начела савјесности и поштења у пословним односима, суд не пружа судску заштиту у остваривању захтјева који потичу из пословања заснованог на повреди тог начела. Појмови савјесност и поштење односе на поузданост и искреност уговорних страна у заснивању пословних односа и спремност да се уговорне обавезе испуне у потпуности и на ваљан начин.³⁵

³³ Вид. ЗОО РС, чл. 141.

³⁴ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 72–73.

³⁵ Из судске праксе: „Код благовремене нотификације туженог (одмах по добијању рачуна), да не одобрава уговор (отпремницу) закључен од неовлашћеног лица, тужилац као несавесни саговорач заступника без овлашћења, не може се даље са

Како се начело савјесности и поштења не заснива искључиво на принципима строго формалне примјене права, већ и на међусобним моралним обавезама уговарача, суд при оцјењивању постојања или непостојања савјесности и поштења, дајући за то разлоге, практично спречава злоупотребу права. Начелом савјесности и поштења суд исправља неправична рјешења, тако да правну заштиту може очекивати само онај субјект у пословном односу који поступа савјесно и поштено, јер морални критеријум начела савјесности и поштења треба бити водич у уговорним односима, гдје се начело савјесности и поштења не поштује само у формалном смислу, већ и на нивоу моралних обавеза уговорних страна. Тако, правна посљедица савјесне исплате купопродајне цијене води ка ослобађању од обавезе и престанка права онога који има право да прими исплату, али и супротно – несавјесност онога који има обавезу исплате доводи до погоршања правног положаја онога коме се исплата има извршити, а унапређења правног положаја исплатиоца, односно до неравнотеже у правима и обавезама из уговора.³⁶

Начело савјесности и поштења подразумијева отвореност, искреност и поузданост једне уговорне стране у вријеме заснивања одређеног облигационоправног односа и њену спремност на ваљано и потпуно испуњење уговором преузетних обавеза, уз истовремено очекивање истог понашања друге уговорне стране. Она уговорна страна која се приликом закључења, али и извршења уговора понаша супротно начелу савјесности и поштења, не може за себе исходити повољну правну посљедицу у судском поступку нити се може позивати на своја права поступањем супротно том начелу, тако да је оба-

успехом позивати на околност да је уговор снабдевен печатом туженога и да је евенуална злоупотреба печата интерна ствар туженога-сауговарача који је био неовлашћено заступан.“ – Пресуда Врховног суда Србије, бр. Прев. 355/98 од 3. 6. 1998. године – В. Козар, *Судска пракса Привредни судови*, Врховни суд Србије, Савезни суд, Intermex – Издаваштво, софтвер и комуникације, Београд 2000, сентенца бр. 1084, 597–598.

³⁶ Из судске праксе: „Одредба члана 1 закључених уговора о продаји, којом је констатована уплата цијелог износа купопродајне цијене на дан потписивања уговора, очигледно не одговара стварном стању, па нижестепени судови нису погријешили када су при тумачању ове одредбе у смислу члана 99, став 2 Закона о облигационим односима, сагласно начелу савјесности и поштења садржаног у одредби члана 12 истог закона, закључили да тужени није цијели износ купопродајне цијене уплатио при потписивању предметних уговора на чему тужени заснива порицање своје обавезе, коју је, међутим, дужан измирити у смислу одредбе члана 454, став 1 и члана 516 ЗОО.“ – Пресуда Врховног суда Републике Српске, бр. 118-0-Рев-06-000 489 од 20. 7. 2007. године.

веза суда да спречава злоупотребе субјективног права када дужник не испуњава своју обавезу.³⁷

Примјена начела савјесности и поштења може имати своје ограничење у принудним прописима које једна уговорна страна мора поштовати, а што за последицу може имати повреду уговора, о чему суд мора водити рачуна када се странка у поступку позива на то начело у остваривању права за која сматра да му припада (накнада штете због повреде уговора).³⁸

Савјесна и поштена страна у пословном односу није дужна трпјети штету узроковану повредом начела савјесности и поштења и управо у начелу савјесности и поштења треба тражити судску заштиту. Уколико се било која од уговорних страна понаша супротно начелу савјесности и поштења и тиме другој уговорној страни узрокује штету, дужна ју је накнадити, јер се иста у том случају третира као уговорна страна која није вјерна уговору.³⁹

³⁷ Из судске праксе: „Чињеница да је тужено предузеће пре подношења тужбе добило рачун и уговор који је оверен одговарајућим печатом туженога, а које пре подношења тужбе није рекламирано, указује да је тужилац био савестан приликом закључења овог правног посла и да је спорни уговор закључио овлашћени представник туженог.“ – Виши привредни суд у Београду, бр. Пж. 6260/97 од 12. 12. 1997. године – Х. Тајић, В. М. Симовић, *Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе – избор судских одлука 1980. до 2005*, Књига V, Сарајево 2006, сенценца бр. 6, 152.

³⁸ Из судске праксе: „Иако се позива на потребу примјене члана 18 Закона о унутрашњем платном промету („Службени гласник Републике Српске“ бр. 52/12), тужилац занемарује чињеницу да поменута одредба даје овлашћење банкама да, по службеној дужности изврше затварање рачуна клијената, у складу са прописима који за своју последицу имају затварање рачуна, што Закон о спречавању прања новца императивно прописује. Исто тако, нису прихватљиви наводи тужиоца да је тужени таквим поступањем повриједио начела савјесности и поштења, начело поступања са пажњом доброг стручњака у извршавању својих обавеза, начело равноправног односа корисника са банком, начело заштите од дискриминације и право тужиоца на приговор и обештећење, јер је поступање туженог условљено обавезом примјене важећих материјалних прописа у тој области, конкретно члана 8, став 2 Закона о спречавању прања новца који наводи да је банка у обавези да прекине већ успостављени пословни однос.“ – Пресуда Окружног привредног суда у Бањој Луци, бр. 57 0 Пс 136934 21 Пс од 7. 3. 2023. године и Вишег привредног суда у Бањој Луци, бр. 57 0 Пс 136934 23 Пж од 5. 7. 2023. године.

³⁹ Из судске праксе: „Када је утврђена одговорност туженог – због повреде уговора, стекли су се услови за досуђивање накнаде штете. Правила о обиму накнаде штете садржана су у члану 266 и 267 ЗОО. Из њиховог садржаја произлази да граница одговорности дужника за штету причињену повредом уговорних обавеза зависи од начела предвидљивости и степена кривице по чему се ова врста одговорности разликује од опште грађанске одговорности која је строжа. Ово је зато што се код уговорне одговорности још у моменту преговора, односно склапања уговора успоставља одређена врста правне везе заснована на начелу савјесности, поштења и повјерења, па је зато

Штету због повреде начела савјесности и поштења у уговорним пословним односима, трећа лица нису дужна да трпе.⁴⁰

На овом мјесту, може се извести закључак да она уговорна страна која се приликом закључења, али и извршења уговора, није понашала у складу са начелом савјесности и поштења, не може за себе исходити повољну правну посљедицу у судском поступку. Своју оцјену о томе да ли је у одређеним околностима понашање уговорних страна било у складу са начелом савјесности и поштења, судови заснивају на начин да савјесност и поштење схватају према конкретном случају и притом не негирају постојање уговора, већ воде рачуна о томе да уговор не доведе до неравнотеже међусобних права и обавеза за које уговорне стране не сnose одговорност, спречавајући тиме злоупотребе субјективних права када дужник не испуњава своје обавезе, али и када повјерилац не поступа савјесно и поштено (нпр. када банка не пружа клијенту јасне податке на шта се односе трошкови обраде кредита). Такође, судови воде рачуна и о томе да начело савјесности и поштења у заснивању и извршавању уговорних обавеза може имати своје ограничење у принудним прописима (нпр. затварање рачуна клијента, односно прекид уговора, због обавезе примјене прописа којима се спречава прање новца). Практично, конкретни примјери из праксе указују да су се примјеном начела савјесности и поштења проширивала, али и сужавала права и обавезе уговорних страна у односу на законске одредбе или оно што је утврђено уговором, водећи рачуна о томе да ли су уговорне стране поступале са пажњом која се у правном промету од њих захтијева, дакле са пажњом доброг привредника, односно доброг стручњака.

5. ЗАКЉУЧАК

Правни поредак пружа извјесну слободу уговорног уређења односа, тачније слободу одлучивања, избора и регулисања односа. Но слобода уговарања није нити ће икада бити апсолутна, јер су, између осталог, уговорне стране дужне да се у заснивању облигационих

одговорност блажа.“ – Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 58 0 Пс 105106 19 Рев од 15. 7. 2019. године.

⁴⁰ Из судске праксе: „Начело савесности и поштења у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа (чл. 12 ЗОО), налаже да инвеститор и извођач приликом склапања уговора о грађењу предвиде средства за спречавање или за накнаду штете која настане на суседним објектима. Ако настане штета због крупнијег економског интереса као што је изградња силоса, па оштећеном буде проузрокована штета, солидарно они њему одговарају за ту штету.“ – Пресуда Врховног суда Војводине, бр. Рев 364/82, од 15. 7. 1982. године – Х. Тајић, В. М. Симић, сенценца бр. 3, 29.

односа и остваривању права и обавеза из тих односа, придржавају начела савјесности и поштења. Савјесно и поштено понашање посебно је битно за повјерење и сарадњу у пословном окружењу и без таквог понашања нема просперитета како у домаћим тако и иностраним пословним односима. Понашање противно начелу савјесности и поштења не погађа само директне учеснике једног пословног односа у привреди, већ и пословну и друштвену заједницу у цјелини. Примјери из судске праксе показују да судови у свом поступању примјењују начело савјесности и поштења, како стриктна примјена правне норме не би довела до доношења неправичне одлуке. Начелом савјесности и поштења исправља се крутост норми и омогућава морализација и хуманизација у пословним уговорним односима. Међутим, примјена начела савјесности и поштења у рјешавању спорова не смије довести до широке дискреционе слободе судије, што би отворило могућност за арбитарност и нарушавање реда и правне сигурности у правном поретку. Суд у рјешавању конкретног спорног случаја треба имати у виду мотиве уговарања, циљ и намјеру закљученог уговора, те чињеницу да слобода уговарања има своја ограничења у низу законских одредби.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Благојевић, Борислав; Круљ, Врлета, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1980;
2. Визнер, Борис, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Књига 1 – реплика, Бања Лука 2018;
3. Горенц, Вилим, *Закон о обвезним односима с коментаром*, РРиФ Плус, Загреб 1998;
4. Ђурас, Ивана, „Савјесност и поштење у судској пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, Сплит 2019;
5. Јанковец, Ивица, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд 1999;
6. Јовановић, Небојша; Радовић, Вук; Радовић, Мирјана, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021²;
7. Мораит, Бранко, „Актуелности морализације уговорног права“, *Друштвени огледи Часопис за правну теорију и праксу*, Центар за друштвена истраживања – International Burch University, 2016;
8. Мораит, Бранко, „Право конкуренције и слобода уговарања“, *Зборник радова „Однос права у региону и права Европске уније“*, Источно Сарајево 2015;
9. Павловић, Младен, „Дужно понашање судионика у испуњавању обавеза“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, Сплит 2014;

10. Слакопер, Звонимир, „Заштита савјесности и позорности – начело обвезног права“, *Информатор* бр. 6517, Загреб 2018;
11. Станишић, Слободан, „О грађанскоправним и привредним уговорима“, *Годишњак Факултета правних наука Паневропског универзитета „Алеирон“*, Бања Лука 2020.

Правни извори

1. Аустријски грађански законик из 1811. године, https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/AUSTRIJSKI_GRADANSKI_ZAKONIK.pdf, 7. децембар 2024;
2. Богишић, Балтазар, Општи имовински законик за Књажевину Црну гору из 1888. године, https://www.google.ba/books/edition/Op%C5%A1ti_imovinski_zakonik_z_a_Knja%C5%BEevinu/dya8zbW4ZKYC?hl=sr&gbpv=1&pg=PA3&printsec=frontcover, 14. децембар 2024;
3. Декларација о правима човјека и грађанина из 1789. године, <https://www.slideshare.net/slideshow/francuska-deklaracija-o-pravima-oveka-i-gradjanina-iz-1789/25623936>, 14. септембар, 2024;
4. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 57/89, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96 и 39/03;
5. Актуелна верзија Њемачког грађанског законика, ступила на снагу 2002. године, <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@otherif/documents/ifdocs/eub38formfbotexhibita-5b-ger.pdf>, 20. септембар 2025;
6. Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

Судска пракса

1. Пресуда Вишег привредног суда у Београду, број: Пж. 6260/97 од 12. 12. 1997. године – Тајић, Хасо; Симовић, Владимир, М., *Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе – избор судских одлука 1980. до 2005*, Књига V, Сарајево 2006;
2. Пресуда Врховног суда Војводине, бр. Рев 364/82, од 15. 7. 1982. године – Тајић, Хасо; Симовић, Владимир, М., *Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе – избор судских одлука 1980. до 2005*, Књига V, Сарајево 2006;
3. Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 58 0 Пс 105106 19 Рев од 15. 7. 2019. године, портал судске праксе у Босни и Херцеговини, <https://sudskapraksa.pravosudje.ba>, 15. децембар 2024;
4. Пресуда Врховног суда Републике Српске, бр. 118-0-Рев-06-000 489 од 20. 7. 2007. године, портал судске праксе у Босни и Херцеговини, <https://sudskapraksa.pravosudje.ba>, 15. децембар 2024;

5. Пресуда Врховног суда Србије, бр. Прев. 355/98 од 3. 6. 1998. године – Козар, Владимир, *Судска пракса Привредни судови, Врховни суд Србије, Савезни суд*, Intermex – Издаваштво, софтвер и комуникације, Београд 2000;
6. Пресуда Окружног привредног суда у Бањој Луци, бр. 57 0 Пс 136934 21 Пс од 7. 3. 2023. године и Вишег привредног суда у Бањој Луци, бр.Х 57 0 Пс 136934 23 Пж од 5. 7. 2023. године.

Božana Gužvić, Judge

President of the District Commercial Court in Bijeljina

PROTECTION OF THE PRINCIPLES OF CONSCIENTIOUSNESS AND HONESTY IN COMMERCIAL CONTRACTS

Summary

*“Liberty consists of doing anything
which does not harm others.”⁴¹*

The dynamics of economic activity influence the creation of institutional and legal conditions in the direction of continuous development of the freedom to regulate business relations, all with a clear objection – making a profit. Thus, the legal order enables business entities to freely arrange and regulate their business relationship through contracts. However, the freedom of contract is neither absolute nor unlimited in a contractual business relationship. On one hand, the free expression of contractual will is permitted, but on the other, the general principles underpinning public order are taken into account, which cannot be violated by the will of individuals when establishing and regulating business relationships. Jurisprudence recognizes and upholds the principle of freedom of contract, but also acknowledges necessary restrictions, imposed by law as a protection against abuse of this principle, applicable both to the act of concluding a contract and its fulfillment. One of the fundamental principles of civil law, particularly when concluding commercial contracts, is the principle of conscientiousness and honesty (*bona fides*). Included into the Law on Obligations as a general principle, it has an imperative character for participants of a business contractual relationship aimed at preventing the abuse of subjective rights, especially when the debtors fail to fulfill their contractual obligations. The principle of conscientiousness and honesty also has a moral dimension, meaning that it prevents injustice and unfair solutions. The author of this paper focuses on the violation of the principles of con-

⁴¹ Article 4 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen.

scientiousness and honesty as a form of abuse of freedom of contract, a matter that courts must consider when resolving individual cases and interpreting contract provisions, as well as the real will of the contracting parties. Jurisprudence should apply the principle of conscientiousness and honesty not only as a general principle but also in all specific cases where the Law on Obligations emphasizes the necessity of adhering to this principle, thereby practically setting the limits of freedom of contract in order to prevent misuse of this principle.

Key words: *Freedom of contract; Principles of conscientiousness and honesty; Violation of the principles of conscientiousness and honesty.*

Виши асистент мр Тијана Баховић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

О ЗНАЧАЈУ ИНСТИТУТА ГАРАНЦИЈЕ У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

Гаранција представља правни институт који је данас општеприхваћен у свим правним системима. Значај овог института за облигационо право је изузетно велики. Он служи као инструмент заштите једног од најзначајнијих принципа облигационог права, принципа једнаке вриједности узајамних давања јер се помоћу њега код двострано обавезних уговора успоставља нарушена равнотежа у узајамним престацијама. Њиме се обезбјеђује квалитет купљене ствари. Кроз овај рад указаћемо на то да институт гаранције није искључиво у служби заштите купца, већ да и произвођачи односно продајци робе имају од њега значајне користи.

Кључне ријечи: Гаранција; Значај; Купац; Продавац.

1. УВОД

Гаранција представља правни институт који је данас општеприхваћен у свим правним системима. Друштвено уређење и степен друштвеноекономског развоја наметнули су разлоге настанка овог института. Његов значај за облигационо, односно уговорно право је изузетно велики. Значај института гаранције се може посматрати и са аспекта самих уговорних страна. Њиме се штите интереси како купца тако и интереси даваоца гаранције.

2. НАСТАНАК ИНСТИТУТА ГАРАНЦИЈЕ

На појаву гаранције као самосталног правног института утицао је интензиван развој технике и технологије. У капиталистичким земљама развијено тржиште и законитости које на њему владају условили су појаву гаранције. У већини држава са тржишном привредом посе-

бна гаранцијска обећања су настајала добровољно. Гаранција је представљала добровољно додатно обећање произвођача или продавца којим су жељели потенцијалним купцима да предоче квалитет своје робе и на тај начин побољшају свој углед на тржишту. Тиме се ојачавао и правни положај купаца који су могли да искористе погодности дате гаранцијом. Гаранција се афирмисала као важан и легитиман елемент који подстиче конкуренцију у корист потрошача.¹ У тржишним условима гаранција је постала ефикасно средство конкуренције и борбе за побољшање квалитета производа.

У социјалистичким земљама гаранција је имала другачији развојни пут. У социјалистичким државама, каква је била и Југославија, потреба побољшања индустријских производа ради задовољења захтјева потрошача и страног тржишта довела је до настанка овог института.² Законодавац је прописивао издавање гаранције за одређене врсте робе. Како би подстакли произвођаче да повећају квалитет робе, законодавци су принудним прописима одређивали обавезу давања гаранције за одређене врсте робе без обзира на њихову вољу. Произвођачи индустријских производа за које је предвиђена дужа употреба условљена посебним начином коришћења, исте су у промет могли стављати само уколико би их снабдјели одговарајућим гарантним листом и техничким упутством. Закључењем уговора о продаји, гаранција настаје по сили закона и без одговарајућег споразума између уговорних страна.

У правној теорији се истиче да је настанак гаранције условила и потреба за већом заштитом купаца јер у неким националним законодавствима купац није био адекватно заштићен у оквиру законске одговорности за материјалне недостатке. У њемачком, енглеском или француском праву, прије усклађивања њихових националних рјешења са прописима ЕУ, по угледу на рјешења која је познавало још римско право, купац није имао право да захтијева поправку или замјену ствари, већ је могао да у случају постојања недостатка од продавца захтијева снижење цијене или раскид уговора. Проблем су за купца представљали и релативно кратки рокови за рекламирање недостатака и постављање захтјева за остваривање његових права који су често ста-

¹ Ј. Јелић, *Одговорност продавца по основу гаранције – мастер рад*, Београд 2014, 16.

² Д. Стојановић, „Права купаца по основу гаранције за исправно функционисање ствари и Закона о заштити потрошача“, *Право и привреда* 5–8/2007.

јали у раскораку са могућношћу откривања недостатака на компликованијим машинама и уређајима.³

Сматра се да је рано регулисање потрошачких гаранција засновано на „експлоататорској“ теорији која је покушавала да спријечи произвођаче да користе гаранције као медиј за ограничавање сопствених обавеза умјесто да дају додатна права. Експлоататорска теорија претпоставља да су произвођачи способни и у неким случајевима вољни да искористе свој положај и да наметну неправедне услове потрошачима а посебно да ограниче своје обавезе.⁴ Сматрало се да се пречесто чини да се гаранције користе само као маркетиншки трик, извор додатног прихода за произвођача или чак средство за скретање пажње потрошача са њихових законских права.⁵

3. ЗНАЧАЈ ИНСТИТУТА ГАРАНЦИЈЕ

3.1. Заштита начела једнаке вриједности давања

Значај овог института за облигационо односно уговорно право је изузетно велики.

Њиме се прије свега остварује заштита једног од основних начела облигационог права, начела једнаке вриједности узајамних давања јер се помоћу њега код двострано обавезних уговора успоставља нарушена равнотежа у узајамним престацијама.

Приликом закључивања двострано обавезних уговора, свака страна је дужна да пружи надокнаду за добит коју прима, тако да је код двострано обавезних, теретних уговора питање једнаке вриједности узајамних престација од одлучујућег значаја. Дакле, када се ствар набавља путем теретног правног посла, принцип еквиваленције мора бити задовољен. То значи да ствар мора да има одређена својства, да исправно функционише односно служи својој уобичајеној намјени, како би купац добио вриједност и користи које очекује. Ако ствар нема та својства и не функционише исправно, односно не служи сво-

³ А. Шабић, *Права купца ствари са материјалним недостатком*, Сарајево 2014, 63; А. Шабић Учанбарлић, *Право заштите потрошача, Одабране директиве и њихова имплементација у законодавство Босне и Херцеговине*, Сарајево 2019, 79.

⁴ G. Howells, S. Weatherill, *Consumer protection law*, Ashgate, London 2005, 203. Дешавало се у пракси да произвођач да гаранцију за нов аутомобил по којој се обавезује да замијени неисправне дијелове у кратком периоду (90 дана) али само ако се дио пошаље у фабрику (трошкови транспорта се плаћају унапријед), уколико се прегледом открије да је дио неисправан. Суд је рекао да је тешко замислити већи терет за потрошача. *Case of Henningsen v Bloomfield Motors*, (1960)161 A2d 69 у G. Howells, S. Weatherill, 203.

⁵ *Ibid.*

јој намјени, купац не добија еквивалент за оно што је платио и не остварује очекиване економске користи. Овај поремећај принципа еквиваленције захтијева исправљање поремећене равнотеже што се постиже институтом гаранције.⁶

Принцип имовинске равнотеже у узајамним давањима у облигационом праву заштићен је различитим правним средствима. Поред института гаранције заштита овог начела се остварује и кроз институт одговорности за материјалне недостатке, забрану зеленашких уговора, спречавање прекомјерног оштећења, као и правом на раскид или измјену уговора због промијењених околности. Сва ова правила имају за циљ да заштите уговорну страну чија је обавеза у одређеној мјери диспропорционална у односу на обавезу друге стране.

3.2. Обезбјеђење квалитета ствари

Институт гаранције, уз институт одговорности за материјалне недостатке, обезбјеђује квалитет ствари. Поред одређених својстава, квалитет ствари претпоставља одређену трајност њеног рада, односно њене употребе. Гаранција представља тврдњу њеног даваоца да ће ствар коју купац купује у одређеном временском периоду исправно функционисати, односно моћи да се користи у складу са њеном намјеном, као и обећање да ће је у случају квара или недостатка одређених својстава поправити или замијенити другом исправном ствари или поступити на неки други начин.⁷ Гаранција дакле није само изјава о преузимању одговорности односно врста одговорности која свој основ има у закону, уговору или једнострано изјављеној вољи. Гаранција је више од тога с обзиром на то да садржи увјеравање гаранта да постоји квалитет продате ствари и његову спремност да сноси одре-

⁶ С. Т. Аранђеловић, „Садржина обавезе гаранције произвођача“, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје*, треће међународно саветовање привредника и правника, Институт за упоредно право, Београд 1966, 8; М. Цветковић, „Начело једнаке вредности давања у уговорном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 52/2008, 208.

⁷ Према Закону о заштити потрошача у Републици Српској гаранција се дефинише као „писани документ по којем произвођач или трговац преузима обавезу према потрошачу да без додатне накнаде врати цијену, изврши замјену или поправку или на други начин поступи са робом широке потрошње, у случају да роба не одговара спецификацији која је дата у гарантној изјави или у огласу који се на ту робу односи“. Вид. Закон о заштити потрошача у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 6/12, 63/14, 18/17 и 90/21, чл. 2, ст. 1, т. х). Закон о заштити потрошача у Републици Србији гаранцију одређује као сваку изјаву којом њен давалац даје обећање у вези са робом, и правно је обавезујућа под условима датим у изјави, као и оглашавању у вези са том робом. Вид. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 88/2021, чл. 53, ст. 1.

ђене посљедице ако се дата тврдња не оствари.⁸ Гаранција може да се односи на цијелу ствар или само на неке њене дијелове. Ако није ништа посебно наведено сматра се да гаранција обухвата цијелу ствар односно сваки њен дио због чијег недостатка ствар не може исправно да функционише и служи својој редовној или уговореној намјени.⁹

3.3. Заштита интереса купца

Постојањем гаранције јача се правни положај купца, који се додатно штити овим институтом. Постојање мане ствари представља основ законске одговорности за материјалне недостатке и одговорности по основу гаранције. Код одговорности за материјалне недостатке купац остварује заштиту уколико је недостатак ствари постојао у моменту преласка ризика на купца. У нашем праву ризик прелази на купца у тренутку предаје ствари. Институтом гаранције купцу је пружена посебна правна заштита у случају када се недостатак појави након преласка ризика јер не мора да доказује да је ријеч о материјалном недостатку који је постојао прије или у тренутку преласка ризика. Гаранција дакле има за циљ да заштити купца од посљедица недостатака ствари које се након предаје ствари појаве у току њене намјенске употребе у краћем или дужем временском периоду због слабог квалитета. Уговорне обавезе треба да буду извршене не само у уговореном року него и на квалитетан начин који је уговором предвиђен. Гаранција представља правно средство за постизање тог циља.¹⁰

Гаранција значи осигурање неког имовинског интереса купца од одређеног ризика (тзв. гарантовани случај). Она покрива ризик недостатака који настају као посљедица лошег квалитета материјала од којег је ствар направљена, лоше израде и сл. Обезбјеђење ствари од природног хабања путем гаранције није могуће јер гаранција претпоставља ризик. Појам „ризик“ садржи моменат неизвијесности а природно хабање ствари од почетка је извјесно.¹¹

За купце гаранција представља одређено обезбјеђење њиховог материјалног интереса да су за уложени новац добили одговарајућу вриједност и тако им улива сигурност у квалитет купљене ствари.

⁸ Ј. Радишић, „Гаранција за исправно функционисање продате ствари“, *Правни живот* 11/1973, 52.

⁹ Д. Митровић, „Уговорна гаранција за квалитет и функционисање код међународне продаје индустријске робе серијске производње“, *Правни живот* 11/1973, 75.

¹⁰ М. Тороман, „Обавеза гаранције код уговора о куповини и продаји“, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје*, треће међународно саветовање привредника и правника, Институт за упоредно право, Београд 1966, 12.

¹¹ Ј. Радишић, 53.

Она је често и од одлучујућег утицаја за куповину робе. Купци се осјећају заштићеније и сигурније уколико је за ствар дата гаранција у дужем року. Купци се ослањају на гаранцију у тој мјери да готово уопште не узимају у обзир могућност остварења права по основу законске одговорности продавца за материјалне недостатке. Гаранција је ефикаснија од одговорности за материјалне недостатке ствари јер она омогућава купцу да своја права брже и лакше оствари.¹² Купци често и не знају да имају и права по основу законске одговорности за материјалне недостатке већ знају само за гаранцију. Уколико није дата гаранција за ствар, купци често вјерују да немају никаква права. У великом броју случајева они вјерују да имају само права дата гаранцијом.¹³

За разлику од института одговорности за материјалне недостатке гдје купац за остварење својих права може да се обрати искључиво продавцу, код гаранције купац добија још једног дужника који му гарантује за квалитет купљене ствари. У савременом праву, правној науци и судској пракси прихваћен је став да су произвођач и продавац солидарни дужници по основу гарантне одговорности за недостатке ствари.¹⁴ Уколико ствар не функционише исправно, купац може захтијевати како од произвођача тако и од продавца да ствар поправи у разумном року или ако то не учини, да му умјесто ње преда ствар која исправно функционише.¹⁵ Одговорност продавца заснива се на чињеници да је купац од њега купио производ, док је одговорност произвођача заснована на чињеници да се настанак недостатка на производу њему може приписати у одговорност.¹⁶ Они одговарају без

¹² Н. Ђурђевић, „Раскидање уговора о продаји аутомобила по основу гаранције за исправно функционисање“, *Правни живот* 10/1997, 470.

¹³ A. Wiewiorowska Domagalska, “EU Regulation of Consumer sales Guarantees: The Present Situation and Future Perspectives“, *Cambridge Law Journal* 2006, 276; A. Sever, *Analiza novosti v pravni ureditvi potrošniške prodajne pogodbe z ozirom na Direktivo (EU) 2019/771*, Ljubljana 2022, 45.

¹⁴ Ђ. Николић, „Одговорна лица по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 51/2013, 247; С. Пановски, „Одговорни субјекти по основу гаранција за исправно функционисање продатих ствари“ 12; Н. Ђурђевић, (1997), 471; J. Jakubowski, „Гаранције у међународној трговини“, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје*, треће међународно саветовање привредника и правника, Институт за упоредно право, Београд 1966, 17.

¹⁵ 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, чл. 501; Окружни суд у Краљеву, Гж-678/91 од 21. маја 1991; Врховни суд Црне Горе, Пж-346/93 од 29. јуна 1993, наведено према: Н. Ђурђевић, „Неиспуњење, односно рђаво испуњење уговорних обавеза у југословенској судској пракси“, *Грађанска кодификација* (ур. Р. Ковачевић-Куштримовић), Центар за публикације, Ниш 2004, 125–126.

¹⁶ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018, 339.

обзира на кривицу, њихова одговорност је објективна.¹⁷ Купац може да бира према коме ће од њих да постави захтјев за уклањање недостатака. Купац има интерес да се непосредно обрати произвођачу, умјесто продавцу, у случају кад је продавац престао да постоји, пао под стечај или постао платежно неспособан.¹⁸ Правна теорија је још прије усвајања ЗОО сматрала да је продавац само „продужена рука произвођача“ у пласману робе на тржиште те би он требало да сноси одговорност за недостатак у функционисању производа.¹⁹

Закон о облигационим односима пружа купцу већа права и већу сигурност у промету техничке робе јер му је дата могућност да брже остварује своја права по основу гаранције за исправно функционисање ствари. Закон о облигационим односима пружа заштиту купцу због неисправног функционисања ствари. Положај купца је бољи у односу на избор субјеката од којих може да оствари своје потраживање јер се може обратити било продавцу било произвођачу. Скица за ЗОО као и Закон о облигационим односима признаје купцу право да по основу гаранције захтијева остварење својих права како од произвођача тако и од продавца.²⁰

Стварни носилац обавезе по основу гаранције за исправно функционисање ствари је произвођач. Одговорност произвођача по основу гаранције за исправно функционисање заснива се на основу издатог гарантног листа. Произвођач одговара купцу за исправно функционисање техничке ствари без обзира на то да ли је он продавац и да ли стоји у уговорном односу са купцем. Купцу су ограничене могућности да се приликом пријема ствари детаљно упозна са њеним техничким својствима, па би се нашао у незавидној ситуацији ако се произвођач ослободи одговорности уколико та ствар не функционише исправно. Закон о облигационим односима уводи непосредну одговорност произвођача јер је он произвео техничку ствар и најбоље зна њене особине. Произвођач такође најбоље може да утврди недостатке ствари и да их отклони. Сматра се да свако треба да одговара за своје радње које задиру у интересе трећих лица. Произвођач би требало да сноси одговорност јер се производња одвија по његовој концепцији и по његовим плановима и пројектима тако да су конструкцијске спо-

¹⁷ Ђ. Николић, М. Цветковић, „Садржина гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Правни живот* 10/2013, 655–670.

¹⁸ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 339.

¹⁹ Ђ. Николић, (2013), 238; А. Дудаш, „Непосредна одговорност произвођача за несаобразност производа у европском и српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021, 951.

²⁰ М. Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969, чл. 430 и 431.

собности и особине произведене ствари њему потпуно познате. Он има могућност да утврди квалитет својих производа. Уколико је производ произведен ван наше земље, гарантни лист издаје увозник и он одговара за обавезе по основу гаранција за исправно функционисање исто као произвођач. Произвођач је фактички носилац обавезе због тога што продавац уколико испуни купцу неку обавезу по основу гаранције има регресно право према произвођачу. Ако је купац поднио тужбу против продавца он може подићи регресну тужбу ради остварења својих права према стварно одговорном лицу за мане.²¹ Код гаранције за исправно функционисање солидарна одговорност се јавља само у односу купца према произвођачу и продавцу, а не у интерним односима између произвођача и продавца.²²

Закон о облигационим односима обавезује продавца полазећи од тога да се уговором о продаји ствара однос између њега и купца. Одговорност продавца настаје зато што продавац заједно са предајом ствари предаје и гарантни лист. Треба сматрати да се одговорност продавца креће у границама обавеза гаранције произвођача. То значи да купац нема према продавцу већа права од оних која има према произвођачу који је издао гарантни лист. Купац ће моћи да постави према продавцу захтјев за отклањање недостатака односно за замјену. Исти захтјев он може поставити директно и према произвођачу који је издао гарантни лист. Ако продавац у разумном року не поправи или не замијени ствар, купац може да раскине уговор или да захтијева снижење цијене као и накнаду штете. Купац који се прво обратио произвођачу да изврши поправку, односно да замијени ствар и чијем захтјеву није удовољено, не може одмах раскинути уговор о продаји. Он мора оставити и продавцу могућност да поправи или замијени ствар, па тек ако продавац то не испуни може уговор раскинути.

Солидарна одговорност трговаца на мало са произвођачем за гаранцију произвођача је пожељна јер је пожељан већи број тужених како несолвентност и други слични догађаји не би спријечили купца да се опорави. Међутим истиче се да у овом случају може да дође и до проблема за трговце на мало јер неће увијек моћи да контролишу гаранције које дају произвођачи и можда нису свјесни њиховог садржаја. Свакако се не може очекивати да ће продавац испунити све услове гаранције. Обавезе поправке морају бити замјениве са новча-

²¹ В. Круљ, „Нека правна питања у вези са гаранцијом и гаранцијским роковима код купопродаје“, треће међународно саветовање привредника и правника, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје*, Институт за упоредно право, Загреб 1966, 8; ВСС Рев 626/98 од 5.9.1995, наведено према Н. Ђурђевић (2004), 126.

²² С. Пановски, 13.

ном накнадом пошто се од трговаца на мало не може очекивати да држе сервисна одјељења.²³

3.4. Заштита интереса гаранта

Институт гаранције није искључиво у служби заштите купца, већ и произвођачи односно продавци робе имају од њега значајне користи. Поред додатне правне заштите коју институт гаранције пружа купцу, гаранција истовремено представља правно средство заштите интереса произвођача, односно продавца који производи, односно продаје квалитетнију робу. Са становишта произвођача и продавца гаранција представља средство рекламе, начин да се производ што боље пласира на тржиште и да се купац привуче. На тржишту се продају ствари које се разликују по квалитету и по цијени. Гаранције дјелују као дјелотворни сигнали квалитета.²⁴ Уколико је ријеч о стварима чији квалитет купци не могу препознати одмах (као нпр. трајност одређене ствари), за произвођача је од велике важности да квалитет своје робе сигнализира купцима, јер они иначе неће бити спремни да плате вишу цијену за ту робу.²⁵ Гаранција шаље одређене сигнале потрошачима о квалитету производа. У одсуству гаранције, када купци прије куповине не би могли да разликују квалитет робе, продавци квалитетније и скупље робе били би уклоњени са тржишта јер би купци увијек куповали јефтинију робу.²⁶ Зато произвођачи давањем гаранције истичу квалитет своје робе. Већина произвођача жели да да гаранцију како би подстакли повјерење потрошача у њихов производ. Гаранција представља средство за привлачење купаца али и за успостављање ближег односа са њима. У савременом промету, активирање гаранције све чешће захтијева регистрацију на сајту трговца. Овим путем, трговци стичу податке о потрошачу и добијају прилику да их обавјештавају о производима, промоцијама и акцијама.²⁷ Гаранција служи као средство за стицање предности на тржишту у односу на конкуренте. Гаранција се у суштини сматра конкурент-

²³ G. Howells, S. Weatherill, 207.

²⁴ *Ibid.*; E. Van Gool, A. Michel, “The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis”, *Journal of European Consumer and Market Law* 4/2021, 146.

²⁵ Д. Можина, „Гаранција за исправно функционисање у југословенском и еуропском праву“ *Право и привреда* 1–3/2011, 32.

²⁶ F. Gómez, “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, *InDret* 4/2001, 4; F. Parisi, “The harmonization of legal warranties in European sales law: an economic analysis”, *American Journal of Comparative law* 2/2004, 408.

²⁷ Д. Вујисић, „Потрошачки уговори и гаранција за исправно функционисање продате ствари“, *Право и привреда* 7–9/2016, 967.

ским „оруђем“.²⁸ Она им улива већу сигурност у конкурентској борби на тржишту, јер давалац гаранције који даје гаранцију у дужем року у предности је у односу на своје конкуренте. Гаранцијом произвођач, односно продавац добија већи углед на тржишту, што му омогућава да повећа промет робе, чиме је остварен и његов материјални интерес.²⁹

Масовна серијска производња сложене техничке робе и индустријских производа довела је до повећања броја кварова током употребе. У таквим ситуацијама, произвођач, како би спријечио враћање робе, даје купцу гарантни лист, обавезујући се да у гарантном року отклони евентуалне недостатке. Давалац гаранције има интерес да ствар остане код купца тако да је спреман да у гарантном року отклони све недостатке који се на њој појаве. Њему то економски више одговара него да врати цијену и накнади штету коју је купац претрпио уколико купац, позивом на законску одговорност за материјалне недостатке, раскине уговор и врати неисправну ствар. Гаранција омогућава да уговор остане на снази упркос недостацима на испорученој ствари.

4. ФУНКЦИЈЕ ГАРАНЦИЈЕ

Гаранције испуњавају три различите сврхе или функције. То су функција осигурања, функција сигнализације квалитета и функција смањења ризика од кварова.³⁰

Гаранција је облик полисе осигурања у којој гарант наступа као осигуравач. Са становишта купца недостатак на производу или његов квар представља неизвијестан и непожељан догађај. Ако постоји страх од ризика, купац ће жељети кад год је то могуће да добије осигурање од овог могућег нежељеног догађаја на начин који се не разликује много од начина на који би желио да се заштити од других догађаја као што су несреће, болести, крађе итд. Гаранција испуњава ову сврху у мјери у којој гарантује купцу да се негативне последице квара производа превазиђу поправком, замјеном или враћањем цијене од стране продавца у складу са условима гаранције. Очигледно је да поправка, замјена или повраћај цијене подразумијевају трошак за

²⁸ H. W. Micklitz, J. Stuyck, E. Terryn, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford and Portland, Oregon 2010 366.

²⁹ Л. Спировић Јовановић, *Гаранција за исправно функционисање ствари*, Београд 1975, 11; Б. Лепотић, „Гаранција за исправно функционисање ствари код уговора о међународној купопродаји инвестиционе опреме“, *Правни живот* 11/1996, 368; А. Шабић Учанбарлић, 80.

³⁰ F. Gómez, 4.

продавца. Дакле, гаранција ће логично повлачити сразмјерно повећање цијене производа. Купац који није склон ризику, радије ће се суочити са овим повећањем цијене како би добио осигурање које нуди гаранција у замјену.³¹

Гаранција служи као инструмент да произвођачи висококвалитетне робе саопште ову карактеристику потрошачима у оним околностима када они нису у могућности да идентификују квалитет робе прије његове куповине. Претпоставимо да постоје двије врсте продавца, висококвалитетне и неквалитетне робе и да су производи прве групе скупљи за производњу али и мање вјероватноће да ће имати недостатке. Када се суоче са појединачним продавцем у могућој трансакцији, купци нису у могућности да идентификују групу којој продавац припада. У недостатку гаранција или других механизма за превазилажење ове асиметрије информација, висококвалитетна роба ће бити истиснута са тржишта. С обзиром на недостатак информација од стране продавца, купци неће бити спремни да плате више него за просјечан квалитет. Биће заинтересовани да плате само неквалитетне производе и управо то ће и добити. У одсуству гаранције, када купци не би прије куповине могли разликовати квалитет робе, продавци квалитетније и скупље робе били би уклоњени са тржишта јер би купци увијек куповали јефтинију робу.³² Коришћење гаранција од стране продавца робе високог квалитета може превазићи ову непожељну ситуацију. Гаранције могу послужити као поуздан сигнал високог квалитета.³³ Гаранције преносе трошкове настале због неадекватности производа или његовог квара са купца на продавца. Нудећи производ са нивоом покрића гаранцијом који не могу да дају продавци робе ниског квалитета, продавци робе високог квалитета ће вјеројасно предочити потрошачима да је њихов производ високог квалитета. Они су вољни да понуде гаранцију која им омогућава да се идентификују и разликују од својих колега.³⁴

Гаранција има и функцију смањења ризика од кварова. Гаранцијом се стварају подстицаји за улагање у смањење ризика од квара производа и побољшање квалитета.³⁵ Произвођач може да утиче и на вјероватноћу и тежину квара производа. Дизајн, конструкцију, чврстоћу, поузданост и издржљивост, између осталих карактеристика, произвођач може побољшати, иако све то наравно, кошта. Гаранције

³¹ *Ibid.*

³² F. Parisi, 408.

³³ F. Gómez, 6; G. Howells, S. Weatherill, 203; E. Van Gool, A. Michel, 146.

³⁴ F. Gómez, 6.

³⁵ *Ibid.*, 8.

пружају озбиљније подстицаје произвођачима да одрже квалитет и смање ризик од квара производа.³⁶

5. ЗАКЉУЧАК

Институт гаранције представља механизам за заштиту начела једнаке вриједности узајамних престација код двострано обавезних, теретних уговора. Њиме се отклања нарушена равнотежа у узајамним обавезама уговорних страна до које је дошло услед лошег квалитета производа. Гаранција има за циљ да осигура квалитет купљене ствари. Од овог института купци имају велике користи. Он им улива сигурност у квалитет купљене ствари, односно да су за уложени новац добили ствар одговарајућег квалитета. Омогућује им да остваре заштиту својих права уколико се недостатак ствари појави након предаје, у оквиру гарантног рока. Гаранцијом купци добијају још једног дужника који гарантује за квалитет купљене ствари. Савремено право, правна наука и судска пракса слажу се да су произвођач и продавац солидарно одговорни за недостатке ствари у оквиру гарантне одговорности. И произвођачи односно продавци робе имају од њега значајне користи. Са становишта произвођача и продавца гаранција представља ефикасно средство рекламе, начин да се роба што боље пласира на тржиште и да се привуку купци. Давањем гаранције произвођачи истичу квалитет своје робе и стичу предност у односу на конкуренцију, нарочито ако нуде дужи рок гаранције. То им обезбеђује већи углед на тржишту и омогућава повећање продаје, чиме се постижу и њихови материјални интереси.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Аранђеловић, Светислав Т., „Садржина обавезе гаранције произвођача“, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје, треће међународно саветовање привредника и правника*, Институт за упоредно право, Београд 1966;
2. Van Gool Elias, Michel, Anaïs, “The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis”, *Journal of European Consumer and Market Law* 4/2021;
3. Вујисић, Драган „Потрошачки уговори и гаранција за исправно функционисање продате ствари“, *Право и привреда* 7–9/2016;

³⁶ *Ibid.*

4. Gómez, Fernando, “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica“, InDret 4/2001;
5. Дудаш, Атила, „Непосредна одговорност произвођача за несаобразност производа у европском и српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2021;
6. Ђурђевић, Ненад, „Раскидање уговора о продаји аутомобила по основу гаранције за исправно функционисање“, *Правни живот* 10/1997;
7. Ђурђевић, Ненад, „Неиспуњење, односно рђаво испуњење уговорних обавеза у југословенској судској пракси“, *Грађанска кодификација* (ур. Р. Ковачевић-Куштримовић), Центар за публикације, Ниш 2004;
8. Jakubowski, J. „Гаранције у међународној трговини“, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје*, треће међународно саветовање привредника и правника, Институт за упоредно право, Београд 1966;
9. Јелић, Јелена, *Одговорност продавца по основу гаранције – мастер рад*, Београд 2014;
10. Круљ, Врлета, „Нека правна питања у вези са гаранцијом и гаранцијским роковима код купопродаје“, *Треће међународно саветовање привредника и правника, Гаранције и гарантни рокови код купопродаје*, Институт за упоредно право, Загреб 1966;
11. Константиновић, Михаило, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969;
12. Лепотић, Бранислава, „Гаранција за исправно функционисање ствари код уговора о међународној купопродаји инвестиционе опреме“, *Правни живот* 11/1996;
13. Митровић, Доброслав, „Уговорна гаранција за квалитет и функционисање код међународне продаје индустријске робе серијске производње“, *Правни живот* 11/1973;
14. Micklitz, Hans Wolfgang, Stuyck, Jules, Terryn, Evelyne, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Oxford and Portland, Oregon 2010;
15. Можина, Дамјан, „Гаранција за исправно функционисање у југословенском и еуропском праву“ *Право и привреда* 1–3/2011;
16. Николић, Ђорђе, „Одговорна лица по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 51/2013;
17. Николић, Ђорђе, Цветковић, Михајло, „Садржина гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Правни живот* 10/2013;
18. Пајтић, Бојан, Радовановић, Сања, Дудаш, Атила, *Облигационо право*, Нови Сад 2018;
19. Пановски, Страхил, „Одговорни субјекти по основу гаранција за исправно функционисање продатих ствари“;

20. Parisi, Francesco “The harmonization of legal warranties in European sales law: an economic analysis” *American Journal of Comparative law* 2/2004;
21. Радишић, Јаков, „Гаранција за исправно функционисање продате ствари“, *Правни живот* 11/1973;
22. Sever, Anja, Analiza novosti v pravni ureditvi potrošniške prodajne pogodbe z ozirom na Direktivo (EU) 2019/771, Ljubljana 2022;
23. Спировић Јовановић, Луција, *Гаранција за исправно функционисање ствари*, Београд 1975;
24. Стојановић, Дубравка, „Права купаца по основу гаранције за исправно функционисање ствари и Закона о заштити потрошача“, *Право и привреда* 5-8/2007;
25. Тороман, Марија „Обавеза гаранције код уговора о куповини и продаји“, *Гарантије и гарантни рокови код купопродаје*, треће међународно саветовање привредника и правника, Институт за упоредно право, Београд 1966;
26. Howells Geraint, Weatherill Stephen, *Consumer protection law*, Ashgate, London 2005;
27. Цветковић, Михајло, „Начело једнаке вредности давања у уговорном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 52/2008;
28. Шабић, Алмедина, *Права купца ствари са материјалним недостатком*, Сарајево 2014;
29. Шабић Учанбарлић Алмедина, *Право заштите потрошача, Одабране директиве и њихова имплементација у законодавство Босне и Херцеговине*, Сарајево 2019;
30. Wiewiorowska Domagalska, Aneta, “EU Regulation of Consumer sales Guarantees: The Present Situation and Future Perspectives“, *Cambridge Law Journal* 2006.

Правни извори

1. 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;
2. Закон о заштити потрошача у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 6/12, 63/14, 18/17 и 90/21;
3. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 88/2021.

Senior Teaching Assistant Tijana Baćović, LL.M.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

ON THE IMPORTANCE OF THE GUARANTEE INSTITUTE IN OBLIGATIONS LAW

Summary

The guarantee represents a legal institute that is now widely accepted in all legal systems. The significance of this institute for obligations law is extremely high. It serves as an instrument for protecting one of the most important principles of obligations law, the principle of equal value of mutual considerations. It helps restore disturbed balance in mutual prestations in bilaterally binding contracts. It ensures the quality of the purchased item. Through this paper, we will point out that the guarantee institute is not exclusively in the service of buyer protection, but that producers and sellers of goods also have significant benefits from it.

Key words: *Guarantee; Significance; Buyer; Seller.*

Armina Čunjalo, LL.M.

Sparkasse Bank dd, BiH

EU AI AKT I GDPR U UPOREDNOJ PERSPEKTIVI: IZAZOVI ZAŠTITE LIČNIH PODATAKA U DOBA VJEŠTAČKE INTELIGENCIJE

U radu se analizira interakcija Europskog akta o umjetnoj inteligenciji (dalje: EU AI Akt) i Uredbe o zaštiti ličnih podataka (dalje: GDPR) u kontekstu zaštite ličnih podataka, sa posebnim naglaskom na izazove i regulatorne zahtjeve koje donosi primjena AI tehnologija u Europskoj uniji. Kroz uporednu analizu identificirane su ključne sličnosti i razlike između ova dva pravna okvira: GDPR se fokusira na zaštitu podataka i privatnost pojedinca, dok EU AI Akt postavlja zahtjeve za etički i siguran razvoj AI sistema, s posebnim naglaskom na sisteme visokog rizika. Analiza pokazuje da potencijalni konflikti između GDPR-a i EU AI Akta proizlaze iz zahtjeva za minimizacijom podataka (zahtjev GDPR-a) nasuprot potrebi za opsežnim prikupljanjem podataka radi treniranja AI sistema (zahtjev EU AI Akt). Također, član 22. GDPR-a i zahtjevi EU AI Akta za ljudski nadzor nad automatizovanim odlukama naglašavaju potrebu za integriranim pristupom usklađivanja prava ispitanika i inovacija u AI. Primjeri regulatornih praksi i preporuka EDPB-a pokazuju da implementacija EU AI Akta zahtijeva dodatnu transparentnost, dokumentiranje AI sistema, procjenu rizika i ljudski nadzor, što doprinosi praktičnom rješavanju oprečnih zahtjeva između dva propisa.

Rezultati istraživanja ukazuju da je usklađivanje oba pravna okvira moguće, ali zahtijeva strateški i integrirani pristup unutar organizacija, uključujući primjenu principa „privacy by design“ i „data protection by design“ u svim fazama razvoja i upotrebe AI sistema.

Ključne riječi: Usklađenost; GDPR; EU AI Akt; Poslovanje.

1. UVOD

Umjetna inteligencija (AI) se u posljednjem periodu intenzivno razvijala te je svojim razvojem jednako brzo transformisala način života, rada i komuniciranja. Kako se AI sistemi sve više integrišu u svakodnevni život ljudi, zabrinutost oko zaštite ličnih podataka i etičkih principa upotrebe AI zauzima centralno mjesto interesovanja, kako sa naučnog, tako i sa praktičnog stajališta. U EU, zakonodavci su odgovorili mrežom propisa koji imaju za cilj osigurati etički razvoj AI, zaštititi lične podatke, ali i sva druga relevantna ljudska prava i slobode. U prilog tome govori činjenica da su nakon dugogodišnjih konsultacija i pregovora kreirali Akt o umjetnoj inteligenciji,¹ Direktivu o odgovornosti za umjetnu inteligenciju (AILD), što uz već postojeću Uredbu o zaštiti ličnih podataka (GDPR) predstavlja respektabilan pravni okvir. Međutim, primjena i međusobna korelacija ovih pravnih akata nije do kraja jasna i usklađena, te takva pravna pozicija može stvoriti izazove i nesigurnosti za korisnike, dobavljače i AI sistema i subjekte podataka čiji se lični podaci obrađuju kroz ove sisteme.

Iz naprijed navedenog proizilazi da je neophodno dobro poznavati odredbe EU AI Akta, ciljno tumačiti iste, a sve u cilju najvišeg stepena usklađivanja sa GDPR-om – zaštitom ličnih podataka.

Akcenat na važnost zaštite ličnih podataka stavljena je donošenjem GDPR-a, no postavlja se pitanje da li su lični podaci, eventualno, u nekoj mjeri ugroženi donošenjem AI Akta?

2. KRATKI PRIKAZ GDPR-a I EU AI AKTA – SVRHA, CILJ, KARAKTERISTIKE I PRIMJENA

GDPR i EU AI Akt se, zapravo, prepliću i ako se gleda dublje u svrhu ta dva propisa, oni se i nadopunjuju. Oba propisa dijele cilj zaštite pojedinaca, ali to čine različitim mehanizmima. GDPR se fokusira na zaštitu podataka i privatnost, dok EU AI Akt obrađuje šire etičke i operativne brige vezane uz tehnologije umjetne inteligencije, te načine primjene sistema umjetne inteligencije. U nastavku rada, bit će analizirana oba propisa, a u cilju što obuhvatnijeg pristupa temi.

¹ Uredba (EU) 2024/1689 Evropskog parlamenta i Vijeća od 13. juna 2024. o uspostavljanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji i izmjeni Uredbi (EZ) br. 300/2008, (EU) br. 167/2013, (EU) br. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 i (EU) 2019/2144 te Direktiva 2014/90/EU, (EU) 2016/797 i (EU) 2020/1828 (Akt o umjetnoj inteligenciji), *SL L*, 12.7.2024.

2.1. Opća uredba o zaštiti ličnih podataka (GDPR)

GDPR je skup pravila i propisa koja za cilj ima da europskim građanima pruži veću kontrolu nad njihovim ličnim podacima i informacijama. Nesporno je najznačajnija promjena u regulaciji zaštite podataka u Europskoj uniji (dalje: EU). GDPR je zamjena za zastarjelu Direktivu o zaštiti podataka (DPD) 95/46/EC iz 1995. godine. GDPR je stupila na snagu 25. maja 2018., a glavni cilj, kao što je pomenuto, jeste da reguliše ogromnu količinu ličnih informacija koje obrađuju subjekti širom svijeta. Najznačajnija svrha ove legiscilacije je pružiti subjektima podataka dodatnu kontrolu nad njihovim ličnim podacima. U EU, zaštita podataka smatra se temeljnim pravom, a GDPR djeluje kao nova struktura za zaštitu tog prava. Ona stvara vrlo pozitivnu atmosferu za potrošače i omogućuje građanima EU da imaju potpunu kontrolu nad svojim ličnim podacima. GDPR se primjenjuje na voditelje obrade,² tj. organizacije koje prikupljaju podatke EU građana, i na izvršioce obrade,³ tj. organizacije koje obrađuju podatke prema uputama voditelja obrade, poput pružalaca usluga *u oblaku* ako su predmet obrade podaci ispitanika (osoba) iz EU-a. Primjenjuje se i na organizacije sa sjedištem izvan EU koje prikupljaju lične podatke EU građana, odnosno na kompanije koje rukuju podacima EU, neovisno o državi u kojoj imaju poslovno sjedište. GDPR ima vrlo širok obim. Tako prema članu 3., „odnosi na obradu ličnih podataka u kontekstu aktivnosti uspostave kontrolora ili obrađivača u EU, bez obzira na to da li se obrada odvija u EU ili ne“.⁴ Ovaj član predstavlja i tzv. eksteritorijalni domet GDPR-a, što znači da se GDPR primjenjuje i na kompanije koje nemaju sjedište u EU, ali nude robu i usluge građanima EU ili prate njihovo ponašanje.⁵ Obrada ličnih podataka obuhvata radnje poput prikupljanja, evidentiranja, čuvanja, uvida, otkrivanja, prenošenja ili uništavanja. Podaci se ne smiju obrađivati osim ako za to postoji barem jedan od osnova propisanih u čl. 6. st. 1. GDPR-a.

Sada, kada je jasno da je svrha i cilj GDPR-a zaštita ličnih podataka, svrsishodno je dati i definiciju ličnih podataka, a kako je sam GDPR i propisuje. U tom smislu, lični podaci su svi podaci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi („ispitanik”); pojedinac čiji se identitet može utvrditi jeste lice koje se može identifikovati direktno ili

² Uredba EU 2016/679 Europskog Parlamenta i Vijeća od 27. aprila 2016. godine, o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodama kretanja takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ – Opća uredba o zaštiti podataka (dalje: GDPR), čl. 4. st. 7.

³ *Ibid*, čl. 4. st. 8.

⁴ *Ibid*, čl. 3.

⁵ Vid. Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., od 12 Novembra 2019, GDPR, čl. 3. st. 2.

indirektno, naročito uz pomoć identifikatora kao što su: ime, identifikacioni broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više faktora svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca.⁶ Može se zaključiti da je jako širok spektar toga šta su sve lični podaci. Stoga je važan oprez pri obradi podataka. Pored ličnih podataka kao takvih, GDPR predviđa i obradu posebnih kategorija ličnih podataka koji otkrivaju rasno ili etničko porijeklo, politička mišljenja, vjerska ili filozofska uvjerenja ili članstvo u sindikatu, te obrada genetskih podataka, biometrijskih podataka u svrhu jedinstvene evidencije, podataka koji se odnose na zdravlje ili podataka o spolnom životu ili seksualnoj orijentaciji pojedinca. Obrada posebne kategorije ličnih podataka je zabranjena osim ako nije ispunjen jedan od uslova predviđenih u čl. 9. st. 2. GDPR-a. Bitno je istaknut da kontrolor ili obrađivač, prije prikupljanja ličnih podataka, ima obavezu pružanja informacija u koju svrhu se podaci prikupljaju, na osnovu kojeg pravnog osnova, kome se podaci otkrivaju, te o pravu pojedinca da svojim podacima pristupi, da zahtijeva njihov ispravak ili eventualno brisanje. S obzirom da se u radu, u dijelu 3.3. govori, između ostalog, o zahtjevu EU AI Akta za saglasnost nosioca podataka, svrsishodno je ovdje napomenuti da, shodno GDPR-u, ukoliko se kao pravna osnova za obradu podataka koristi saglasnost, ona mora biti izričita za podatke koji se prikupljaju i u svrhe koje se koriste.⁷

Nosiocima ličnih podataka GDPR propisuje niz prava u vezi sa obradom njihovih ličnih podataka, no ono koje je posebno važno spomenuti, a koje će biti problematizirano u kontekstu EU AI Akta, jeste pravo usprotiviti se donošenju automatizovanih pojedinačnih odluka tj profilisanje.⁸ Čl. 22. GDPR propisuje da nositelj prava ima pravo da se na njega ne odnosi odluka koja se zasniva isključivo na automatizovanoj obradi, uključujući izradu profila, koja proizvodi pravne efekte koji se na njega odnose ili na sličan način značajno na njega utiču, osim ako je takva odluka potrebna za sklapanje ili izvršenje ugovora između ispitanika i voditelja obrade podataka, ako je dopuštena pravom EU-a ili nacionalnim pravom kojim se propisuju odgovarajuće mjere zaštite prava i sloboda, te legitimnih interesa ispitanika ili zasnovana na izričitoj saglasnosti ispitanika. Dodatno, pravo da se osoba ne podvrgne automatiziranom odlučivanju iz čl. 22. GDPR-a posebno je važno u kontekstu primjene naprednih AI sistema. EU AI Akt se nadovezuje na ovo pravo u čl. 52. i 54., zahtijevajući transparentnost i ljudski nadzor nad visokorizičnim AI sistemima. EDPB je u svom Mišljenju o AI modelima (2024) naglasio važnost poštivanja ovog prava i uskla-

⁶ *Ibid*, čl.4.st.1.

⁷ Vid.: GDPR, čl.4. st. 11., čl. 6., čl. 7., 9., st.2. a.

⁸ *Ibid*, čl. 22.

divanja sa zahtjevima GDPR-a u svim fazama dizajna i upotrebe AI sistema.⁹ Shodno tome, kontrolor i obrađivač, dužni su, ako postoji vjerovatnoća da će neka vrsta obrade prouzrokovati visok rizik za prava i slobode nositelja podataka, sprovesti procjenu efekta (engl. *Data Protection Impact Assessment*, dalje *DPIA*). Prema članu 35. GDPR-a *DPIA* je neophodna ako se sistemski i obimno procjenjuju lični aspekti pojedinaca na osnovu automatske obrade – profiliranje, ako se obimno obrađuju posebne kategorije ličnih podataka ili podaci o krivičnim djelima ili osuda, ako se sistemski prati javno dostupno područje u velikoj mjeri (npr. video nadzor ulice). U vezi s AI sistemima, *DPIA* se često smatra prvim korakom u tzv. „*data protection by design*“ pristupu.

2.2. Europski akt o umjetnoj inteligenciji – The EU Artificial Intelligence Act (EU AI Akt)

U aprilu 2021. godine Evropska komisija je predstavila prijedlog za Europski akt o umjetnoj inteligenciji, čime je započet zakonodavni proces uspostavljanja jedinstvenog regulatornog okvira za AI tehnologije na području EU. Nakon višemjesečnih pregovora između tri glavna zakonodavna tijela – Evropskog parlamenta, Komisije i Vijeća, postignut je dogovor o konačnom tekstu regulative. Akt je službeno objavljen u Službenom listu EU 12. jula 2024. godine, a njegova primjena će se uvoditi postepeno, u fazama koje traju od 6 do 36 mjeseci.¹⁰ Akt o umjetnoj inteligenciji prvi je pravni okvir za umjetnu inteligenciju koji adresira rizike povezane sa umjetnom inteligencijom i omogućuje Europi da igra vodeću ulogu globalno. EU AI Akt (Uredba (EU) 2024/1689 o usklađenim pravilima za umjetnu inteligenciju) pruža jasne zahtjeve i obaveze za razvoj i primjenu AI sistema. U isto vrijeme nastoji smanjiti administrativne i finansijske terete za poslovanje, posebno za mala i srednja preduzeća. EU AI Akt dio je šireg paketa mjera politike za potporu razvoju pouzdane umjetne inteligencije, koji također uključuje Paket inovacija u AI i Koordinirani plan za AI. Zajedno, ove mjere garantuju sigurnost i temeljna prava ljudi i kompanija u vezi s umjetnom inteligencijom. Također, jačaju prihvatanje, ulaganja i inovacije u umjetnu inteligenciju širom EU. Cilj normi EU AI Akta je potaknuti pouzdanu umjetnu inteligenciju u Europi i izvan nje, osiguravajući da AI sistemi poštuju temeljna prava, sigurnost i etičke principe, te adresiraju rizike vrlo moćnih i utjecajnih AI modela. Iako većina AI sistema nosi određene rizike, ali može pridonijeti rješava-

⁹ Vid. EDPB opinion on AI models: GDPR principles support responsible AI, 18 Decembar 2024.

¹⁰ Vid. K. Söderlund, S. Larsson, “Enforcement Design Patterns in EU Law: An Analysis of AI Act”, *Digital Society 2024*, Springer, November 2023.

nju mnogih društvenih izazova, neki AI sistemu stvaraju veće rizike koji se moraju adresirati kako bi se izbjegle nepoželjne posljedice. Naprimjer, često nije moguće saznati zašto je AI sistem donio određenu odluku ili predikciju i poduzeo određenu radnju. Stoga može postati teško procijeniti je li neko nepošteno oštećen. Iako postojeći zakonodavni okviri pružaju određenu zaštitu za lične podatke, ona nije dovoljna za rješavanje specifičnih izazova koje AI sistemi mogu donijeti.

EU AI Akt je osmišljen da reguliše AI sisteme na temelju skale rizika, s četiri kategorije rizika:

- Neprihvatljiv rizik
- Visok rizik
- Ograničen rizik
- Minimalan ili nikakav rizik

Neprihvatljiv rizik

Na vrhu ljestvice nalazi se neprihvatljiv rizik, koji se prevodi u zabranu korištenja AI sistema koji spadaju u tu kategoriju. Primjeri uključuju sisteme društvenog ocjenjivanja i, uz vrlo male iznimke, sofisticirane primjene AI koje daljinski nadziru ljude u stvarnom vremenu na javnim prostorima.

Sljedeći nivo su AI sistemi visokog rizika. Ovo je šira kategorija koja uključuje AI korišten u medicinskim uređajima, kao sigurnosna komponenta u igračkama ili u upravljanju kritičnom infrastrukturom kao što je opskrba električnom energijom, u alatima za zapošljavanje, aplikacijama za ocjenjivanje kreditne sposobnosti i tehnologiji predviđanja ocjena u obrazovanju. AI sistemi visokog rizika će predstavljati značajne izazove u pogledu usklađenosti za pružatelje tih sistema. AI sistemi koji spadaju u kategoriju ograničenog rizika uključuju *deep fake*¹¹ i *chatbote*.¹² Njihove obaveze u pogledu usklađenosti su lagane i usmjerene na transparentnost. Korisnik treba biti informiran da se radi o AI sistemu, osim ako to nije očito na prvi pogled.

Fokus EU AI Akta s perspektive pružatelja tehnologije bit će na kategorijama visokog rizika i ograničenog rizika.

¹¹ *Deepfake* (engl.) - označava lažno generisane medijske sadržaje (poput videa, zvuka ili slika) koji su kreirani uz pomoć vještačke inteligencije, posebno metodom dubokog učenja (*deep learning*), s ciljem da se realistički imitira stvarna osoba ili događaj. Sam naziv dolazi od spoja riječi “deep learning” (duboko učenje) i “fake” (lažno).

¹² *Chatbot* (engl.) je kompjuterski program zasnovan na vještačkoj inteligenciji koji simulira ljudsku konverzaciju, najčešće putem tekstualnog ili glasovnog interfejsa. Koristi se u različite svrhe, kao što su korisnička podrška, informisanje ili zabava.

U tekstu EU AI Akta, može se detektovati nekoliko etičkih dilema koje se nastoje riješiti propisanim odredbama. Prva etička dilema je poštovanje temeljnih prava. EU AI Akt naglašava važnost poštovanja temeljnih prava, kao što su privatnost, nediskriminacija i pravo na pošteno suđenje. Etičke dileme nastaju kada AI sistemi mogu narušiti ova prava. Naprimjer, AI sistemi za nadzor mogli bi kršiti prava na privatnost, a pristrasni AI sistemi mogli bi dovesti do diskriminacije u područjima poput zapošljavanja ili provedbe zakona. Druga etička dilema odnosi se na transparentnost i razumijevanje, tačnije na odluke donesene od strane AI koje nisu lako razumljive ili objašnjive. EU AI Akt bavi se ovim problemom zahtijevajući da AI sistemi, posebno oni s visokim rizikom, budu dizajnirani tako da pružaju objašnjenja za svoje odluke i to na lako razumljivom nivou za sve učesnike.¹³ Ovaj zahtjev ima za cilj osigurati da osobe podvrgnute odlukama AI mogu razumjeti i osporiti te odluke ako je potrebno. Treća etička dilema je zapravo pravne prirode – odgovornost i druga pravna pitanja. EU AI Akt nastoji uspostaviti jasne linije odgovornosti za AI sisteme. Etičke dileme nastaju oko toga ko je odgovoran kada AI sistem uzrokuje štetu ili napravi grešku. EU AI Akt ima za cilj osigurati da su kreatori, korisnici i pružatelji AI sistema odgovorni za svoje postupke, te pruža mehanizme za pravdu i naknadu u slučajevima štete. Možda, za sada, najaktuelnija etička dilema predstavlja pitanje etičke upotrebe umjetne inteligencije. EU AI Akt, svakako promiče etičnu upotrebu AI postavljanjem standarda za to kako AI sistemi trebaju biti korišteni, posebno u osjetljivim područjima kao što su provedba zakona i kritična infrastruktura. Osiguranje da se AI koristi etički i da ne potkopava demokratske vrijednosti ili povjerenje javnosti je osnovni fokus. Nadalje, etičke dileme bi se mogle odnositi i na ljudski nadzor u smislu osiguranja adekvatnog ljudskog nadzora, na pristrasnost i diskriminaciju, klasifikaciju na osnovu rizika, socijalni i ekonomski utjecaj.

3. UPOREDNI PRIKAZ I KORELACIJA IZMEĐU GDPR-a i EU AI AKTA

Uporedni prikaz GDPR-a i EU AI Akta, zapravo, doprinosi boljem razumijevanju određenih razlika i sličnosti navedena dva propisa i njihovih regulatornih zahtjeva. U Obrazloženju (*Explanatory Memorandum*) AI Akta pojašnjeno je da on ne dovodi u pitanje poštivanje i egzistenciju

¹³ E. Drouard *et al.*, “The Interplay between the AI Act and the GDPR: Part I – When and How to Comply with Both”, *Jurnal od AI LAW and Regulation*, Volume 1, Issue 2 (2024), 164 176.

GDPR-a i da ga, zapravo, samo dopunjuje.¹⁴ Međutim, u nastavku rada bit će prikazana određena područja antagonizama između ciljeva i obaveza koje proizlaze iz EU AI Akta s jedne strane i GDPR-a s druge strane.

GDPR se fokusira na zaštitu podataka i privatnost, pružajući širok okvir koji se primjenjuje na bilo kakvo obrađivanje ličnih podataka. Njegov opseg je stoga usmjeren na to kako se lični podaci prikupljaju, pohranjuju i koriste, osiguravajući prava pojedinaca da kontrolišu svoje podatke. Sa druge strane, EU AI Akt posebno se bavi razvojem i primjenom tehnologija umjetne inteligencije, fokusirajući se na potencijalne rizike povezane s AI sistemima. Dok GDPR adresira privatnost podataka, AI Akt se bavi time kako AI sistemi komuniciraju s podacima i njihovim širim utjecajem na sigurnost i temeljna prava. GDPR uređuje obradu ličnih podataka unutar EU i od strane subjekata izvan EU koji obrađuju podatke građana EU, dok EU AI Akt reguliše razvoj, primjenu i upotrebu AI sistema unutar EU, bez obzira da li davatelj usluga ima sjedište u EU ili izvan njega. Nadalje, GDPR se fokusira na zaštitu ličnih podataka provodeći stroga pravila o aktivnostima obrade podataka, dok EU AI Akt klasifikuje AI sisteme u četiri kategorije rizika i primjenjuje regulative na temelju nivoa rizika. Oba propisa nalažu transparentnost – GDPR u kontekstu informisanosti subjekta ličnih podataka o načinu, vrsti i vremenskom okviru obrade, a EU AI Akt propisuje da korisnici budu informirani kada komuniciraju sa AI sistemom. U kontekstu provedbe, GDPR provode nacionalna tijela za zaštitu podataka u državama članicama EU, koja imaju ovlasti za istraživanje pritužbi, provođenje revizija i izricanje kazni. Provedba EU AI Akta se vrši od strane nacionalnih vlasti uz nadzor Europskog odbora za umjetnu inteligenciju koji osigurava dosljednu primjenu u svim državama članicama. Korisno je spomenuti da je Evropski odbor za zaštitu podataka (engl. *European Data Protection Board*, dalje: EDPB) preporučio da se tijela za zaštitu podataka imenuju u skladu sa EU AI Aktom kao tijela za nadzor tržišta (engl. *Market Surveillance Authorities*, dalje *MSA*) za visokorizične sisteme AI koji se koriste za provođenje zakona, upravljanje granicama, upravljanje pravosuđem i demokratske procese.¹⁵ EU AI Aktom propisana je obaveza država članica da imenuju najmanje jedno tijelo za obavještanje i jedno ili više tijela za nadzor tržišta kao nacionalna nadležna tijela i to prije 2. augusta 2025. godine, u svrhu nadzora i provođenja EU AI Akta.¹⁶

¹⁴ EU Commission Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, 2021, 0106 (COD), Explanatory Memorandum, para 1.2.

¹⁵ Statement 3/2024 on data protection authorities' role in the Artificial Intelligence Act framework, usvojeno 16. Julia 2024

¹⁶ EU AI Akt, čl. 70. st. 6.

Kada je riječ o korelaciji ova dva propisa, može se zaključiti da načela zaštite podataka iz GDPR-a i zahtjevi EU AI Akta o kvaliteti podataka i transparentnosti su komplementarni. To se vidi na zahtjevu osiguranja visokokvalitetnih podataka koji propisuje EU AI Akt, a to jeste korespondira sa načelima tačnosti i relevantnosti podataka prema GDPR-u. Organizacije koje razvijaju ili primjenjuju AI sisteme moraju osigurati usklađenost sa oba propisa, dakle treba da adresiraju pitanja zaštite podataka prema GDPR-u, dok istovremeno implementiraju specifične zahtjeve EU AI Akta. AI sistemi često se oslanjaju na velike količine ličnih podataka kako bi učinkovito funkcionisali.

Ono što može biti izazovno jesu određeni oprečni zahtjevi i načela ova dva propisa. Načela zaštite podataka iz GDPR-a, kao što su minimizacija podataka i ograničenje svrhe, izravno utječu na dizajn i rad AI sistema koji zahtjeva veliku količinu podataka. Drugi primjer može predstavljati čl. 22. GDPR-a, koji propisuje pravo nosioca podataka od izuzimanja primjene odluka koje se temelje isključivo na automatiziranoj obradi, uključujući izradu profila, koja proizvodi pravne učinke koji na njega odnose ili na sličan način značajno na njega utječu. Međutim, ispravan stav da EU AI Akta za upravljanje podacima i transparentnost nadopunjuju GDPR, osiguravajući da se AI sistemi razvijaju na način koji poštuje prava pojedinaca na njihove podatke, doprinijet će uspješnoj implementaciji i usklađenosti oba propisa.¹⁷

3.1. Obrasci provedbe EU AI Akta u poređenju sa GDPR-om

Analiza ova dva propisa pokazuje da je u EU AI Act-u uspostavljen širok spektar mehanizama provedbe, raspoređenih između decentraliziranog i centraliziranog pristupa. Većina operativnih nadležnosti, posebno nadzor nad zabranjenim, visokorizičnim i ograničeno rizičnim AI sistemima, povjerena je nacionalnim tijelima, što ukazuje na prevlast decentraliziranog modela. Istovremeno, Evropska komisija zadržava značajnu ulogu kroz donošenje delegiranih i provedbenih akata, smjernica i odluka, dok je nadležna i za nadzor opće namijenjene umjetne inteligencije¹⁸ (engl. *General Purpose AI* GPAI tehnologija), uz podršku AI Ureda i panela nezavisnih stručnjaka. Pored toga, osnivanje Odbora i savjetodavnog foruma odražava pokušaj stvaranja mrežnog obrasca, iako se njihova uloga ograničava uglavnom na koordinaciju i savjetovanje.

Kada se povuče paralela jasno je da se oba akta oslanjaju prvenstveno na nacionalna tijela – Data Protection Authority (dalje: DPA) kod GDPR-

¹⁷ M. Artzt, “Reconciling AI and EU GDPR”, *Solicitors' Journal* 2023, 72–73.

¹⁸ Za više vid. F. Pop, M. Sullivan-Paul, L. Debiasi, *Understanding General Purpose AI*, European Institute of Public Administration, March 2025.

a, MSA kod EU AI Akta, dok je uloga evropskih institucija više koordinativna nego operativna. Iskustva sa GDPR-om pokazuju, međutim, da takav decentralizirani model može dovesti do određenih manjkavosti kao što su: neujednačene provedbe među državama članicama, nedostatka resursa i varirajućih strategija nadzora, pa čak i do ugrožavanja vladavine prava usljed nejednake zaštite građana EU.¹⁹ Evropski parlament je već 2021. upozorio na „neravnomjernu i ponekad nepostojeću primjenu GDPR-a“²⁰ od strane DPAs, dok su sama tijela ukazala na hronični nedostatak ljudskih i tehničkih kapaciteta.²¹ S obzirom na to, može se pretpostaviti da bi i AI Act mogao naići na slične izazove u praksi.

Ipak, proširene nadležnosti Evropske komisije, podržane radom AI Ureda i naučnog panela, pružaju mogućnost ublažavanja eventualnih nedostataka kroz jaču koordinaciju i stručnu podršku državama članicama. Time se otvara prostor da EU AI Act, iako primarno decentraliziran, ostvari ravnotežu između nacionalne odgovornosti i zajedničkog evropskog nadzora.

4. OPREČNI ZAHTJEVI DVAJU PROPISA

Najveću zabrinutost u vezi sa zaštitom, eventualnom, zloupotrebom ličnih podataka, izazvala je sumnja da će EU AI Akt biti u velikoj mjeri u suprotnosti sa odredbama GDPR-a, te da će takvi oprečni zahtjevi dvaju propisa stvarati konfuziju u pitanjima prioriteta primjene propisa, kao i u kvalitetnom usklađivanju oba propisa.

Kako bi se bojazan od zloupotrebe ličnih podataka korištenih u svrhu ili od strane umjetne inteligencije smanjila, postojala je ambicija da se odgovornost za štetu uzrokovanu umjetnom inteligencijom uredi novim pravnim instrumentom nazvanim AI Liability Directive (dalje AILD). Međutim, u februaru 2025. godine, Komisija je objavila u svom radnom programu za 2025. godinu da se AILD povlači, te potvrdila povlačenje u julu 2025. godine.²² Imajući to na umu, u pojedinim dijelovima ovog rada će se ipak, cjelokupnog prikaza radi, pominjati odredbe AILD-e koje su umno-

¹⁹ G. Gentile, O. Lynskey, “Deficient by design? The transnational enforcement of the GDPR”, *International & Comparative Law Quarterly* 71(4), Cambridge University Press, 2022, (799–830), 812.

²⁰ European Parliament, Report on the Implementation of the General Data Protection Regulation, 2021., para 12., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111_EN.html.

²¹ *Ibid.*, 13–15

²² Vid. S. De Luca, AI Liability Directive, Legislative train 08.2025., 1 A New Plan For Europe's Sustainable Prosperity and Competitiveness, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-ai-liability-directive>.

gome mogle doprinijeti većem nivou zaštite ličnih podataka korištenih od strane umjetne inteligencije.

U nastavku će biti predstavljeni i dovedeni u međusobnu vezu određeni zahtjevi oba navedena propisa.

4.1. Upotreba biometrijskih podataka

Biometrijski podaci, shodno čl. 9. GDPR-a, predstavljaju posebnu kategoriju ličnih podataka. Biometrijski podaci znače lične podatke dobivene posebnom tehničkom obradom u vezi sa fizičkim obilježjima, fiziološkim obilježjima ili obilježjima ponašanja pojedinca koja omogućuju ili potvrđuju jedinstvenu identifikaciju tog pojedinca, kao što su fotografije lica ili daktiloskopski podaci.²³ U biometrijske metode potpadaju otisci prstiju u svrhu identifikacije, prepoznavanje lica, prepoznavanje šarenica, skeniranje mrežnice i sl. Jasno je da su biometrijski podaci osjetljiva kategorija podataka, koja, ukoliko je kompromitirana, ne može se promijeniti, te je iz tog razloga pod posebnom zaštitom propisa. GDPR zabranjuje obradu podataka koji otkrivaju biometrijske podatke u svrhu jedinstvene identifikacije pojedinca, uz određene propisane izuzetke.²⁴ Odgovor na pitanje, zašto su biometrijski podaci postali segment vezan uz analiza EU AI Akt jeste iz razloga što EU AI Akt podržava sistem za prepoznavanje emocija. To znači da je AI sistem namijenjen prepoznavanju ili namjeri fizičkih osoba ili izvođenju zaključaka o njihovim emocijama ili namjerama na temelju njihovih biometrijskih podataka.²⁵ Međutim, ova odredba i dalje ne znači kompromitiranje/zloupotrebu podataka čija obrada je shodno GDPR stavljena pod posebnu zaštitu, imenovanjem istih kao „posebna kategorija ličnih podataka“, te taksativno propisani izuzeci od zabrane obrade biometrijskih podataka. S tim u vezi, EU AI Akt upotrebu sistema za prepoznavanje emocija ili sistema za biometrijsku kategorizaciju uvjetuju obavezanim obavještanjem fizičkih osoba koje su izložene tom sistemu o njegovom radu, kao i to da se lični podaci obrađuju u skladu sa, između ostalog, GDPR-om.²⁶ Ovakva postavka stvari znači, da se biometrijski podaci mogu obrađivati, isključivo ako su ispunjeni dati uslovi (jedan od njih) iz čl. 9. st. 2. GDPR-a. To dalje znači da, iako EU AI Akt propisuje korištenje/obradu biometrijskih podataka u svrhu razvoja i usavršavanja AI sistema, zaštita ličnih podataka nosioca, podvrgnuta je propisima GDPR-a.

²³ GDPR, čl.4. st. 14.

²⁴ *Ibid*, 9.

²⁵ EU AI Akt, čl. 3. st. 39.

²⁶ *Ibid*, čl. 50. st. 3.

4.2. Načelo minimizacije prikupljanja podataka prema GDPR-u vs. Zahtjev za prikupljanje većeg obima podataka prema EU AI Aktu

Jedno od osnovnih načela GDPR-a, shodno čl. 5. st. 1. tač. c), jeste minimizacija podataka.²⁷ Tako lični podaci koji se prikupljaju moraju biti primjereni, relevantni i ograničeno prikupljeni samo u obimu u kojem su neophodni i za svrhu za koju su neophodni. Navedeno znači da kontrolori i obrađivači trebaju prikupljati samo podatke koji su nužni za njihove specifične svrhe, i to ne više od toga. Nasuprot toga, EU AI Akt naglašava potrebu za većim obimom podataka kako bi se osigurala tačnost, pravednost i pouzdanost AI sistema.²⁸

Opisana suprostavljenost zahtjeva može stvoriti značajne izazove za usklađenost u praksi, naročito kada se radi o visokorizičnim AI sistemima koji obrađuju biometrijske podatke, podatke o ponašanju, zdravlju ili druge osjetljive informacije.

Ono što bi ovdje moglo pomoći u usklađivanju i balansiranju jeste načelo transparentnosti i dokumentiranja. Nužno je da organizacije koje koriste AI sisteme budu transparentne u vezi sa time kako se podaci koriste, da o tome informišu korisnike, da poduzmu sve potrebne mjere kako bi zaštita ličnih podataka bila na najvišem mogućem nivou i u skladu sa GDPR-om, ali i sa EU AI Aktom. GDPR treba da predstavlja propis koji je postavka i temelj zaštite ličnih podataka, i da se inkorporira u sve ono što iziskuje obradu ličnih podataka, ali isto tako, ukoliko zahtjevi nekog drugog propisa iziskuju fleksibilniji pristup u pogledu određenih grupa ličnih podataka, količine ličnih podataka i sl., GDPR treba da se koristi u najvećoj mogućoj mjeri prilikom zaštite tih podataka, ali i da dozvoli njihovu prošireniju obradu u opravdane svrhe, uz maksimalnu angažiranost sistema/tehnologija zaštite.

4.3. Pristanak za obradu podataka

Shodno odredbi GDPR-a, ukoliko se obrada podataka temelji na pristanku, voditelj obrade mora moći dokazati da je ispitanik dao pristanak za obradu svojih ličnih podataka.²⁹ GDPR ne zahtjeva da pristanak mora biti dat u pisanom obliku, ali on mora biti dokaziv i dokumentovan. Primjerice, pristanak se može dati u elektronskoj formi, klikom na polje za potvrdu i sl. Zahtjev za pristanak mora biti odvojen od drugih pitanja, poput uvjeta i odredbi i mora biti predstavljen na način da osoba može jasno razumjeti na

²⁷ GDPR, čl. 15. st. 1. tač. c).

²⁸ A. Schildhaus, “EU’s General Data Protection Regulation GDPR: Key Provisions and Best Practices”, *International Law News*, Vol. 46, 2/2018, 12–15.

²⁹ GDPR, čl. 7. st. 1.

šta pristaje. Također, nosioc ličnih podataka u svakom trenutku ima pravo povući svoj pristanak. EU AI Akt definiše „informirani pristanak“.³⁰ Informirani pristanak znači ispitanikov slobodan, specifičan, nedvosmislen i dobrovoljan iskaz spremnosti da sudjeluje u određenom testiranju u stvarnim uslovima, nakon što je obaviješten o svim aspektima testiranja relevantnim za njegovu odluku o učešću. Za razliku od GDPR-a, EU AI Akt izričito zahtijeva da pristanak nosioca ličnih podataka/ispitanika koji učestvuje u testiranju u stvarnim uslovima izvan regulatornih izoliranih okruženja za umjetnu inteligenciju, bude dat u pisanom obliku, dokumentovan, te jedan primjerak uručen ispitaniku/nosiocu ličnih podataka.³¹ Također, kao i GDPR, i EU AI Akt propisuje da se ispitanik može, u bilo kojem trenutku, povući iz testiranja ako povuče svoj pristanak za obradu ličnih podataka. Shodno tome, ispitanik može zatražiti da se njegovi podaci odmah i trajno izbrišu, a što bi u kontekstu GDPR-a predstavljalo „pravo na zaborav“.

Uzimajući u obzir naprijed navedeno, može se zaključiti da je EU AI Akt, u pogledu davanja pristanka za obradu ličnih podataka/učešća ispitanika u testiranju u stvarnom okruženju, i stroži od zahtjeva GDPR-a, koji ne propisuje striktno da pristanak bude dat pisano.

4.4. Automatizirano pojedinačno donošenje odluka, uključujući izradu profila

GDPR u čl. 22. propisuje da ispitanik ima pravo da se na njega ne odnosi odluka koja se temelji isključivo na automatiziranoj obradi, uključujući izradu profila, koja proizvodi pravne učinke koji se na njega odnose ili na sličan način značajno na njega utječu.³² AI sistemi će, na osnovu prikupljenih ličnih podataka, izrađivati profile fizičkih osoba, no takvi AI sistemi su EU AI Aktom uvijek označeni kao visokorizični.³³ Važno je naglasiti, ukoliko dođe do toga da AI sistemi donose određene odluke automatizovano, a te odluke mogu značajno utjecati na ispitanika, isti ima pravo na izuzeće od takve odluke. Tu se, praktično, javlja problem nemogućnosti inovacije nauštrb zaštite ličnih podataka. Međutim, i sam EU AI Akt propisuje soluciju. U slučaju da je AI sistem napravljen tako da dono-

³⁰ EU AI Akt, čl. 3. st. 59.

³¹ *Ibid*, čl. 61.

³² GDPR, čl. 22. st. 1.

³³ EU AI Akt, čl. 6. st. 3.

si automatizovane odluke koje utječu na ispitanika, neophodno je obezbijediti stalnu i adekvatnu mjeru ljudskog nadzora, uključujući tehničke mjere uvedene kako bi se subjektima koji uvode sistem olakšalo tumačenje izlaznih podataka visokorizičnih sistema.

4.5. Odgovornost u skladu sa AILD-om

Da bi se dodatno zaštitila prava nosilaca podataka i uspostavio pravičan proces u slučaju štete—posebno kod AI sistema koji se oslanjaju na opsežne podatke AILD je, u svom predloženom tekstu, predlagala mehanizme koji mogu pomoći u sinergiji ova dva pravna režima

U kontekstu odgovornosti, AILD-om je bilo predviđeno uvođenje principa oborive pretpostavke uzročnosti (engl. *rebuttable presumption of causality*), koji princip bi olakšao teret dokazivanje štete, nosiocima podataka koji su pretrpjeli povredu ličnih podataka, a koja je prouzrokovana od strane umjetne inteligencije. Također je propisivala da nacionalni sudovi mogu zahtijevati otkrivanje relevantnih informacija i tehničke dokumentacije o AI sistemu, što je ključno u slučaju kršenja prava nosioca biometrijskih podataka.³⁴

Iako su ovi mehanizmi ostali na nivou zakonodavne inicijative, bez obavezujuće primjene, što otvara prostor za buduće rasprave o alternativnim rješenjima kojima bi se na evropskom nivou adresirali izazovi odgovornosti u vezi sa upotrebom AI sistema, ostaju kao dobar putokaz većeg nivoa zaštite ličnih podataka korištenih od strane umjetne inteligencije. Analiza sudske prakse, regulatornih izvještaja i komentara nadležnih tijela – pitanje zaštite ličnih podataka kao pitanje od utjecaja na korištenje AI sistema

Kako bi se dobila praktična slika primjene GDPR-a i EU AI Akta, u radu se koristi empirijski pristup zasnovan na analizi postojećih pravnih slučajeva, regulatornih izvještaja i praktičnih primjera implementacije AI sistema. Ovaj pristup omogućava sagledavanje stvarnog uticaja propisa na zaštitu ličnih podataka i usklađenost sa AI regulativom.

³⁴ Vid. Artificial Intelligence liability Directive – European Parliament web page, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-ai-liability-directive>.

4.6. Predmet *SCHUFA*

SCHUFA (Njemačka agencija za kreditno izvještavanje) bila je predmet značajnog pravnog slučaja pred Sudom Europske unije (CJEU), vezanog uz obradu osobnih podataka i automatizirano donošenje odluka. Glavno pitanje bilo je: da li *SCHUFA*-ino izračunavanje kreditnog rejtinga (scoring) predstavlja automatizirano donošenje odluka u smislu člana 22. GDPR-a, koje može imati pravne učinke ili značajan utjecaj na pojedinca.³⁵

Radi se o tome da *SCHUFA* koristi statističke modele za predviđanje platežne sposobnosti korisnika i generiše tzv. *credit score*, koji zatim koriste banke, telekomi i druge institucije pri odlučivanju o sklapanju ugovora. Nositeljica podataka iz Njemačke osporila je to što nije imala transparentan uvid u način kako je taj rezultat izračunat i kakav je njegov utjecaj na njenu mogućnost sklapanja ugovora.

Sud je utvrdio da takav oblik ocjenjivanja može predstavljati automatizovano donošenje odluka, ako se kreditni rejting koristi kao jedini ili odlučujući faktor u donošenju odluka koje značajno utječu na osobu. To uključuje odluke banaka koje automatski odbijaju zahtjeve na temelju ovog ocjenjivanja. U takvim slučajevima, član 22. GDPR-a se primjenjuje, što znači da korisnik ima pravo na ljudsku intervenciju, izražavanje svog stajališta i osporavanje odluke.

Iako se slučaj i presuda direktno ne odnose na primjenu EU AI Akta, vrlo vjerovatno je da će se stajalište suda primjenjivati i na obradu podataka putem AI sistema. Ova presuda dodatno je razjasnila što sve može predstavljati automatizovano odlučivanje – mehanički se koristi kao temelj za odluku druge strane (npr. banke). To širi odgovornost i na one koji *posredno* koriste AI izlaze. *SCHUFA* slučaj pokazuje koliko je važno da nositelji prava mogu razumjeti kako i zašto je odluka donesena, što je središnji zahtjev i GDPR-a (transparentnost i pravo na objašnjenje), ali i EU AI Akta, posebno za visokorizične sustave poput kreditnog vrednovanja. Sud tumači GDPR u korist pojedinca, s fokusom na zaštitu prava, čak i u slučajevima kad AI sistem formalno ne donosi „konačnu“ odluku. Budući da se i izračunavanje kreditnog rejtinga tretira kao visokorizična AI praksa, to jasno upućuje na to da banke/mikrokreditna društva moraju integrisati zahtjeve AI Akta (npr. dokumentaciju, evaluaciju podataka, upravljanje rizicima) sa

³⁵ *SCHUFA Holding (Scoring)* – Case C-634/21, Presuda 7. 12. 2023.

zahtjevima GDPR-a (npr. DPIA, pravo na objašnjenje, informisani pristanak).

4.7. Analiza regulatornih izvještaja, komentara i implementacije EU AI Akta

Analizom izvještaja nadzornih tijela i stručnih mišljenja obrađenih i korištenih prilikom izrade ovog rada, uključujući preporuke EDPB-a i Europskog odbora za umjetnu inteligenciju, uočava se da implementacija EU AI Akta zahtijeva:

- Transparentnost i dokumentiranje AI sistema, posebno kod visokorizičnih primjena;
- Provjeru kvaliteta podataka koji se koriste u AI modelima, u skladu sa GDPR principima tačnosti i minimizacije;
- Osiguranje ljudskog nadzora i mogućnosti ispitanika da ospore automatizovane odluke;
- Usklađivanje prikupljanja i obrade ličnih podataka s regulativnim zahtjevima.

Naprijed navedeno prikazuje uvid u praksu, pokazujući koje su poteškoće i eventualna rješenja implementacije oba propisa u realnim poslovnim procesima.

5. IZAZOVI U USKLAĐIVANJU

Svaka organizacija koja želi implementirati AI sisteme mora uskladiti svoj pristup zaštiti podataka sa implementacijom i regulacijom AI sistema, osiguravajući u isto vrijeme da su zahtjevi i jednog i drugog propisa u korelaciji. To, svakako, zahtijeva donošenje integralnih politika i procedura koje se bave, kako zaštitom podataka, tako i upravljanjem AI sistemima. Već sada je jasno da će ovakvi poduhvati za kompanije iziskivati značajne resurse, stručnost i kontinuiran rad.³⁶ Također, stručna osoba zadužena za usklađivanje i provedbu propisa za svaki visokorizični AI sistem, morat će raditi na analizi utjecaja na zaštitu ličnih podataka (Data Protection Impact

³⁶ S. Wachter, B. Mittelstadt, “A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review* 2/2019, 494–620.

Assessment), kako bi kompanija bila sigurna da neće načiniti prekršaj u vezi sa zaštitom ličnih podataka.

6. ZAKLJUČAK

Stalna nadmetanja regulacije i inovacije će sve više i više biti izražena u razdoblju brzog tehnološkog napretka i razvoja. Ono što je potrebno jeste pratiti razvoj tehnologija, postojeće propise pokušati primijeniti na najprirodniji način, čekajući nove koji će jasno regulisati novine. U tom smislu, ciljno tumačenje postojećih propisa, trebalo bi da posluži i doprinese samom regulisanju inovacija, s obzirom da zakoni mogu štiti i biti zloupotrijebljeni shodno onome kako ih se tumači. Usaglašavanje GDPR-a i AI Akta podrazumijeva rješenja zahtjeva koji se preklapaju, poput zaštite podataka, transparentnosti, i procjene rizika, dok se upravlja potencijalnim sukobima kao što su minimizacija podataka nasuprot potrebi AI sistema za obimnijim prikupljanjem podataka. Kako bi se prevladali izazovi koje donosi paralelna primjena GDPR-a i EU AI Akta, kompanije trebaju razviti strateški pristup usklađivanju. Ključni element je razumijevanje da ova dva zakonodavna okvira nisu kontradiktorni, već se međusobno nadopunjuju – cilj im je zaštita pojedinca i izgradnja povjerenja u digitalne tehnologije, osiguravajući da AI sistemi poštuju principe zaštite ličnih podataka, ali i regulatorne standarde za etičku i sigurnu upotrebu istih.

Primjena EU AI Akta u kontekstu GDPR-a donosi niz izazova, ali i mogućnosti za jačanje zaštite ličnih podataka u digitalnom okruženju.

Ključni zaključci su da se GDPR i EU AI Akt nadopunjuju; GDPR osigurava prava nosioca podataka, dok EU AI Akt postavlja tehničke i etičke standarde za AI sisteme. Nadalje, potreba za većim obimom podataka kod visokorizičnih AI sistema može biti u sukobu s principom minimizacije podataka dok automatizirano donošenje odluka zahtijeva ljudski nadzor kako bi se zaštitila prava ispitanika. U kontekstu primjene akata u praksi, nacionalna tijela i regulatorni okvir EDPB-a igraju ključnu ulogu u koordinaciji i nadzoru, a decentralizirani model implementacije zahtijeva dodatne resurse, obuku i dokumentiranje procesa.

Kako bi smanjili, u radu prepoznate rizike i diskrepanciju između ova dva akta, organizacije tj. korisnici AI sistema treba da implementiraju integrirani pristup zaštiti podataka i AI usklađenosti, koristeći principe procjene utjecaja zaštite podataka (engl. *Data Protection Impact Assessment* – DPIA) i „data protection by design“, osigurati transparentnost prikupljanja i obrade podataka, posebno kod visokorizičnih AI sistema i biometrijskih podataka, uspostaviti stalni ljudski nadzor nad automatiziranim odlukama i omogućiti ispitanicima pravo osporavanja odluka, te da dokumentiraju sve

procesu i odluke u skladu sa zahtjevima GDPR-a i EU AI Akta kako bi se osigurala pravna sigurnost i efikasna implementacija.

Zaključno, usaglašavanje GDPR-a i EU AI Akta je ključ za etičku, sigurnu i zakonitu upotrebu AI tehnologija, te za izgradnju povjerenja korisnika i regulatora u digitalno okruženje.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Artzt, Michael, “Reconciling AI and EU GDPR”, *Solicitors' Journal* 2023;
2. De Luca, Stefano, AI Liability Directive, Legislative train 08.2025., 1 A New Plan For Europe's Sustainable Prosperity and Competitiveness, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-ai-liability-directive>;
3. Drouard, Etienne, Kurochkina, Olga, Schlich, Rémy, Ozturk, Daghan, “The Interplay between the AI Act and the GDPR: Part I – When and How to Comply with Both”, *Journal of AI Law and Regulation*, Vol. 1 (2024), Issue 2;
4. Gentile, Giulia, Lynskey, Orla, “Deficient by design? The transnational enforcement of the GDPR”, *International & Comparative Law Quarterly* 71(4), Cambridge University Press, 2022;
5. Pop, Florina, Sullivan-Pau, Michaelal, Debiasi, Leila, *Understanding General Purpose AI*, European Institute of Public Administration, 2025;
6. Schildhaus, Aaron, “EU's General Data Protection Regulation GDPR: Key Provisions and Best Practices”, *International Law News*, Vol. 46, 2018;
7. Söderlund, Kasia, Larsson, Stefan, “Enforcement Design Patterns in EU Law: An Analysis of AI Act”, *Digital Society*, Vol. 3, 2024;
8. Wachter, Sandra, Mittelstadt, Brent, “A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review* 2 (2019).

Pravni propisi

1. Uredba (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Vijeća od 27. aprila 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka – GDPR), *Službeni list EU*, L 119, 4. 5. 2016;
2. Uredba (EU) 2024/1689 Evropskog parlamenta i Vijeća od 13. juna 2024. o uspostavljanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji i izmjeni Uredbi (EZ) br. 300/2008, (EU) br. 167/2013, (EU) br. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 i (EU) 2019/2144 te Direktiva

- 2014/90/EU, (EU) 2016/797 i (EU) 2020/1828 (Akt o umjetnoj inteligenciji), *SL L*, 12. 7. 2024;
3. Prijedlog direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o prilagođavanju pravila vanugovornih odgovornosti za štetu uzrokovanu umjetnom inteligencijom (AI Liability Directive), COM(2022) 496 final, 2022;
 4. Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1. (2019);
 5. EDPB opinion on AI models: GDPR principles support responsible AI (2024);
 6. EU Commission Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (2021), Explanatory Memorandum;
 7. Statement 3/2024 on data protection authorities' role in the Artificial Intelligence Act framework (2024);
 8. European Parliament, Report on the Implementation of the General Data Protection Regulation (2021), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111_EN.html;
 9. Presuda Suda pravde EU u predmetu C-634/21 – SCHUFA Holding AG (Scoring), od 7. decembra 2023.

Armina Čunjalo, LL.M.

Sparkasse Bank dd, BiH

THE EU AI ACT AND GDPR IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: CHALLENGES FOR PERSONAL DATA PROTECTION IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Summary

The paper analyzes the interaction between the EU Artificial Intelligence Act (EU AI Act) and the General Data Protection Regulation (GDPR) in the context of personal data protection, with a particular focus on the challenges and regulatory requirements arising from the application of AI technologies in the European Union.

Through a comparative analysis, key similarities and differences between these two legal frameworks have been identified: the GDPR focuses on individual data protection and privacy, while the EU AI Act establishes requirements for the ethical and safe development of AI systems, with a particular emphasis on high-risk systems. The analysis shows that potential conflicts between the GDPR and the EU AI Act arise from the GDPR's principle of data minimization versus the need for extensive data collection

for AI system training as required by the EU AI Act. Furthermore, Article 22 of the GDPR and the EU AI Act's requirements for human oversight of automated decisions emphasize the need for an integrated approach that reconciles data subject rights with AI innovation. Regulatory practices and EDPB recommendations demonstrate that implementing the EU AI Act requires additional transparency, AI system documentation, risk assessments, and human oversight, which contribute to the practical resolution of conflicting requirements between the two regulations.

The research findings indicate that harmonization of both legal frameworks is feasible but requires a strategic and integrated approach within organizations, including the application of privacy by design and data protection by design principles throughout all stages of AI system development and use.

Key words: *Compliance; GDPR; EU AI Act; Business.*

**ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 2 /
CIVIL LAW SECTION 2**

Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник

Правни факултет Универзитета Унион у Београду

ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОБАВЕЗНОГ ОСИГУРАЊА У САОБРАЋАЈУ

Губитак права из обавезног осигурања у саобраћају се везује за неадекватно и недозвољено коришћење моторног возила, неисправност моторног возила, за коју је одговоран власник истог, односно осигураник, затим возачку дозволу, изречене казне за прекршаје у саобраћају, утицај осигураника на саобраћајну незгоду, као и понашање осигураника након саобраћајне незгоде. Ови случајеви представљају услове за искључење из осигурања, када осигуравајуће друштво, односно осигуравач неће бити у обавези да накнади штету осигуранику, односно када ће моћи да постави регресни захтев према осигуранику за износ који је исплаћен трећем оштећеном лицу. Наведено мора бити предвиђено и општим условима осигурања. Ови случајеви се односе само на јасно дефинисану одговорност осигураника који су били од утицаја на сам догађај, што значи да се друге околности неће узимати у обзир приликом одлучивања о губитку права из осигурања. У раду се поставља и питање да ли се губитак права из осигурања противи начелу правичности. Аутор дефинише да је наведено овлашћење оправдано, само ако је осигураник поступио у намери или крајњој непажњи. У раду се говори и о улози осигураника у евентуалном спору који се води у односу на саобраћајну незгоду.

Кључне речи: Губитак права; Осигурање од одговорности; Осигураник; Осигуравач; Осигурани случај.

1. УВОД

Губитак права из осигурања представља ванредну ситуацију, ако узмемо у обзир сврху закључивања уговора о осигурању, којим треба

да се осигураник и друга лица заштите од ризика чија реализација може довести до настанка штете. Губитком права из осигурања, осигураник губи право на накнаду штете, ако је својим поступцима, било чињењем или нечињењем, допринео настанку осигураног случаја. О губитку права из осигурања можемо говорити код свих врста осигурања, али се оно, најчешће, поставља као проблем код осигурања од одговорности, конкретно код осигурања од аутоодговорности. Наиме, код ове врсте осигурања се, са једне стране штити имовина осигураника, а са друге, штите се трећа лица која се појављују као оштећена, кад дође до настанка штете. Поставља се питање да ли ће та лица имати право на накнаду, ако осигураник изгуби право на штету. Иначе, осигурање од аутоодговорности је, пре свега, обавезно, што значи да је од интереса за једну државу да учесници у саобраћају буду заштићени.

Иначе, сва обавезна осигурања у саобраћају, па и осигурање од аутоодговорности, захтевају, увек, јасан и разумљив приступ, како у одредбама закона и општих услова осигурања, тако и у решавању спорова који могу бити различити. Као што смо рекли, у појединим ситуацијама, осигураник неће имати право на накнаду штете, односно он ће бити у обавези да накнади исту. У тим ситуацијама је осигураник утицао на настанак осигураног случаја, било да је то учинио у намери или не. Наиме, до осигураног случаја не би дошло да је осигураник поштовао правила. Али, постоје случајеви, који немају, директно, везе са настанком осигураног случаја, већ са поштовањем одређених правила у овој области. У сваком случају, осигураник мора посебно да буде упознат са клаузулама којима се предвиђа губитак права из осигурања или искључење покрића осигурања.¹

2. ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОСИГУРАЊА У ОДНОСУ НА УГОВОР О ОСИГУРАЊУ, ОСИГУРАНИ СЛУЧАЈ И НАКНАДУ ШТЕТЕ

Губитак права из осигурања се односи на случајеве када осигураник или корисник осигурања губи права која су предвиђена уговором о осигурању, а која се односе, пре свега, на накнаду суме осигурања, односно накнаде штете, у случајевима у којима је осигураник или друго лице, под утицајем осигураника или њему блиских лица, утицало на забрањен начин на остварење осигураног случаја. Губитак права из осигурања можемо посматрати са три становишта: – становишта закључења и трајања уговора о осигурању; – становишта настанка осигураног случаја; и – становишта дефинисања накнаде штете према трећем оштећеном лицу. Прво, губитак права може

¹ J. Pak, *Pravo osiguranja*, Beograd 2011, 207–208.

настати, ако осигураник не пријави све околности везане за ризик који се покрива осигурањем, а то је дужан да уради приликом закључења уговора. Наиме, осигураник мора осигуравачу да пријави све околности везане за висину ризика, како у тренутку закључења уговора, али и касније, у току трајања осигурања, ако дође до промене ризика, од чега зависи и покриће, али и висина премије. Друго, код настанка осигураног случаја, осигураник ће изгубити права, ако штету изазове у намери или ако утиче на настанак исте неадекватним понашањем везано, како за употребу возила, тако и за поштовање правила у саобраћају. Треће, губитак права се посматра и са становишта дефинисања накнаде штете, код којег осигураник може начинити поједине грешке које директно утичу, како на обрачун накнаде, тако и на исплату исте од стране осигуравача. Овде мислимо на закључење поравнања осигураника са оштећеним, без обавештења осигуравача, као и на радње у поступку за накнаду штете, ако је он покренут. Сарадња осигураника као штетника и осигуравача је овде веома битна, имајући у виду да било које самостално поступање осигураника без знања или одобрења осигуравача може довести до штете за осигуравача. У вези са тим, осврнућемо се, касније, на клаузуле чије је поштовање обавезно код осигурања од аутоодговорности.

Морамо рећи да само закључење уговора о осигурању обавезује обе уговорне стране и оштећени не би смео да сноси последице повреде уговорних обавеза, без обзира да ли у оне учињене од стране осигураника или осигуравача.

3. СПЕЦИФИЧНОСТИ ОСИГУРАЊА ОД АУТООДГОВОРНОСТИ И ГУБИТАК ПРАВА

Пре свега, рећи ћемо да је сваки уговор о осигурању двострано обавезан, јер се осигураник обавезује да плати премију одједном или у ратама, а осигуравач се обавезује да плати суму осигурања, односно износ који је наведен у полиси, ако се догоди осигурани случај. Значи да је однос осигураника и осигуравача повезан, јер, са једне стране дефинише права осигуравача и обавезе осигураника, а са друге стране, права осигураника и обавезе осигуравача.² Осим тога, уговор о осигурању је такав уговор код којег свака страна има сопствени интерес. И осигуравач и осигураник имају свој интерес, који је различит, али је дефинисан у оквир једног циља, а то је покриће ризика.³ Из односа осигуравача и осигураника и циља осигурања стоји низ оба-

² V. Gisca, M. A. Marić, "Legal characters of the insurance contract" *Polsko-Ukraińskie Studia Interdyscyplinarne*, 2023, nr. 4 (11), 51.

³ *Ibid.*

веза и једне и друге стране које се односе на заштиту и трећих лица, која нису учесници уговорног односа. Управо због тога, морају бити дефинисани случајеви када долази до губитка права из осигурања.

Да би остварио право на накнаду која је дефинисана у уговору о осигурању, осигураник има одређене обавезе које мора да изврши након настанка осигураног случаја. Те обавезе су везане за утврђивање основа и висине обавезе од стране осигуравача, као и за умањење обима настале штете, као што је спасавање осигуране ствари, спречавање настанка веће штете, итд. Осигураник, пре свега, мора да пријави осигурани случај, али то није једина његова дужност. Закон о облигационим односима (даље: ЗОО) прописује да су ништаве одредбе уговора које предвиђају губитак права из осигурања, ако осигураник након настанка осигураног случаја не изврши неку од обавеза која је прописана законом или општим условима осигурања.⁴ Уколико осигураник пропусти да изврши наведене обавезе, тада за осигуравача не наступа никаква штета. Ако осигураник, након саобраћајне незгоде, не изврши своје дужности, а одредба уговора о осигурању прописује такву обавезу, онда је иста ништава по закону. Значи, осигураник нема право на накнаду оне штете, која је проузрокована његовим пропуштањем да изврши обавезе предвиђене у уговору⁵ или његовим неодговарајућим понашањем.

Иначе, да би могли да разумемо институт губитка права из осигурања и због чега исти морамо посматрати и тумачити ограничено, морамо да имамо у виду специфичности осигурања од аутоодговорности. Смисао обавезног осигурања од аутоодговорности је да сви возачи или имаоци моторних возила буду осигурани. Када не би постојало обавезно осигурање, онда би осигурање зависило од добре воље ималаца моторних возила, што би потенцијално доводило до настанка опасности, како за трећа лица, тако и за саме осигуранике, возаче. Управо је због тога задатак закона који уређују обавезно осигурање да дефинишу одређену накнаду оштећенима, без обзира да ли се ради о штети на стварима или о телесним повредама, односно смртним последицама. Тиме се доприноси да имаоци моторних возила сачувају своју имовину, што значи да ће они закључењем осигурања да делимично или у потпуности ублаже последице настанка осигурања.

⁴ Члан 918 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/03 – Уставна повелја и *Сл. гласник РС* бр. 18/20; Z. Ilkić, „Definisanje odgovornosti osiguravača u auto-kasko osiguranju“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2013, 64.

⁵ Z. Ilkić, 64.

гураног случаја.⁶ Морамо имати на уму да сви штетни догађаји не представљају осигуране случајеве, односно основ за исплату штете. Но, и у случајевима, када говоримо о штетама искљученим из осигурања аутоодговорности, осигуравач исплаћује оштећено лице, а затим, поставља регресни захтев према одговорном лицу, које је изазвало саобраћајну незгоду у посебним околностима, које се не покривају полисом осигурања.⁷

Поставља се питање, каква ситуација би могла да се очекује, када осигурање аутоодговорности не би било законски регулисано, односно када оно не би било обавезно.⁸ Поједине анализе говоре да постоје појединци који би и даље закључивали осигурање ове врсте, без обзира што оно није регулисано као обавезно. Затим, други тип има лаца моторних возила је онај који прихвата закључење обавезног осигурања, због тога што је оно регулисано као такво и што ублажава могуће тешке последице. Та лица плаћају премију, али управљају возилом са смањеним осећајем одговорности, управо због постојања осигурања, што, такође, доводи до проблема. Затим, морамо разликовати лица која не закључују осигурање, иако је обавезно. Они су, због тога, пажљивији возачи, с обзиром да је њихов статус неосигураних возача незаконит. Најзад, разликујемо и лица која ће се осигурати кад је то законски регулисано, али би, ако би то било могуће, изабрали да не буду осигурани.⁹ Ова анализа је битна и са становишта дефинисања губитка права из осигурања и односа возача према употреби возила па могућности настанка осигураног случаја.

Веома битно питање се односи и на политику одређивања минималних сума осигурања. На пример, право ЕУ дефинише да је свака земља чланица дужна да поштује минималну суму осигурања.¹⁰ Наравно, ти износи могу бити већи. Но, ако бисмо, са друге стране, посматрали САД, онда бисмо морали да закључимо да су у тој држави, односно државама износи суме осигурања много нижи у односу на земље ЕУ. Исто тако, државе у САД су слободне да дефинишу тај износ. Поставља се питање, са становишта политике осигурања у јед-

⁶ A. Cohen, R. R. Dehejia, "The effect of automobile insurance and accident liability laws on traffic fatalities", *The Journal of the Law and Economic* 47 (2), February 2004, 361.

⁷ V. Sokal, „Štete isključene iz osiguranja od odgovornosti sopstvenika motornih vozila“, *Odgovornost i osiguranje u drumskom saobraćaju*, Beograd 1974, 85.

⁸ A. Cohen, R. R. Dehejia, 364.

⁹ A. Cohen, R. R. Dehejia, 365.

¹⁰ Ми ћемо касније посветити пажњу Регулативи ЕУ у овој области.

ној земљи, колико је то адекватно, ако говоримо о обавезним осигурањима. Овде мислимо и на земље ЕУ.¹¹

4. РЕГУЛИСАЊЕ ГУБИТКА ПРАВА ИЗ ОСИГУРАЊА У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У Републици Србији се релативно прихватљиво регулише институт губитка права из осигурања. Али, Закон о обавезном осигурању у саобраћају Републике Србије (даље: ЗООС)¹² регулише овај институт на начин који захтева и одговарајуће тумачење. Неадекватно или незаконито коришћење возила од стране осигураника, као и неодговарајући или незаконити однос осигураника према саобраћајној незгоди и штети, коју је проузроковао, може довести до губитка права који се, пре свега, огледа у ослобађању осигураваача од обавезе накнаде штете, односно права на регрес осигураваача према осигуранику, уколико накнада буде исплаћена оштећеном лицу. ЗООС јасно дефинише ситуације, када настаје губитак права и оне су следеће:

- ненаменско коришћење моторног возила од стране осигураника, односно возача;
- ако осигураник, односно возач не поседује возачку дозволу потребне категорије, осим ако је возилом управљало лице које је кандидат за возача за време обуке за управљање возилом, али уз поштовање прописа којима је обука регулисана;
- ако је осигуранику, односно возачу одузета возачка дозвола, затим, ако је он искључен из саобраћаја, односно ако му је изречена заштитна мера забране управљања возилом или заштитна мера забране употребе иностране возачке дозволе на територији Републике Србије;
- ако је возач управљао возилом под утицајем алкохола изнад дозвољене границе, односно под утицајем забрањених лекова, опојних дрога или других психоактивних супстанци;
- ако је саобраћајна незгода изазвана у намери;
- ако је саобраћајна незгода настала због техничке неисправности возила, што је осигуранику, односно возачу морало бити познато; и

¹¹ C. J. Robinette, D. Wachtel, “Raising compulsory automobile insurance minimum amounts: a case study from the United States”, *Insurance Review* 4/2019 / *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 4/2019, 60.

¹² Закон о обавезном осигурању у саобраћају Републике Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13 – одлука УС.

- ако је осигураник, односно возач напустио место догађаја након саобраћајне незгоде, без давања својих личних података и података о осигурању другом учеснику у саобраћајној незгоди или службеном лицу.¹³

Осигуравач, у оваквим ситуацијама, има обавезу да исплати накнаду оштећеном. Но, након тога, осигуравач ће имати право да се суброгира у право оштећеног према штетнику за износ исплаћене накнаде, камате од исплаћене накнаде, као и трошкова поступка. Осигураник је тај који губи наведено право. Али, у изузетним случајевима, оштећено лице, такође, може изгубити право на накнаду, али ретко, обзиром на сврху осигурања и заштиту трећих лица.

Значи, губитак права из осигурања доводи до искључења из осигурања, које се детаљно дефинише у општим условима осигурања. Опште одредбе општих услова предвиђају да се из осигуравајућег покрића искључују следећи захтеви за накнаду штете:

- захтеви који по основу уговора или посебних околности премашују обим обавезе који, иначе, проистиче из прописа који регулишу одговорност за штету;
- захтеви уговарача осигурања:
- захтеви власника, односно корисника, сувласника и других ималаца возила чијом је употребом настала штета, без обзира на то да ли су та лица управљала возилом у тренутку настанка саобраћајне незгоде;
- захтеви возача возила који је одговоран за штету;
- захтеви лица које је учествовало у противправном одузимању возила чијом је употребом проузрокована штета;
- захтеви који се односе на ствари поверене осигуранику, нарочито ако те ствари превози, користи или чува;
- захтеви везани за штете на лицима и стварима које настану при превозу возилом (које је осигурано) нуклеарних и других радиоактивних материја, уколико је штета непосредна или посредна последица зрачења тих материја, као и других инцидената;
- захтеви везани за штете које су проузроковане ратним операцијама или побунама.¹⁴

13 Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić Petrović, *Obavezna osiguranja u saobraćaju i naknada štete*, Službeni glasnik, Beograd 2010, 342–343.

14 Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić Petrović, 343.

4.1. Искључење из осигурања

У вези са губитком права из осигурања, говорићемо и о искључењу из осигурања, које, како смо рекли, доводи до ослобађања осигуравача од обавезе накнаде штете. У ситуацијама када осигураник управља возилом без возачке дозволе, односно под утицајем алкохола или опојних наркотичких средстава, као и у случају неадекватне вожње, а што се односи на прекомерну брзину, екстремно непоштовање саобраћајних прописа, и слично, осигуравач ће моћи да регресира плаћени износ од стране осигураника. Но, када се ради о штетама проузрокованим грубом непажњом, данашње право, допушта и осигурање таквих осигураних случајева. Разлог томе је заштита трећих, односно оштећених лица.¹⁵

Уколико је саобраћајна незгода настала под утицајем алкохола, тада се одбија пружање заштите том лицу. Међутим, тиме се не дира у права оштећених лица. Општи услови осигурања дефинишу када се сматра да је једна саобраћајна незгода извршена услед дејства алкохола. Слично је и кад под утицајем дроге и осталих наркотичких средстава настане осигурани случај.

Међутим, било да се ради о једном и другом случају, потребна је и узрочна веза између стања осигураника, односно возача и саобраћајне незгоде, тј. настале штете. Фактичко је питање да ли једно лице може управљати својим покретима, односно да ли може да контролише своје понашање и рефлексе у случају алкохолисаности или утицаја дрога. О томе мора да одлучи одговарајући орган, пре свега медицински, на основу одговарајућих стандарда који се примењују у оваквим случајевима. У сваком случају, терет доказивања узрочне везе између стања или понашања возача и осигураног случаја је на осигуравачу.

Са друге стране, кад говоримо о неовлашћеној употреби возила, говоримо о ситуацији када лице које управља моторним возилом нема возачку дозволу и када то лице нема овлашћење власника возила за употребу истог. Ако то лице нема возачку дозволу, тада је осигуравач ослобођен обавезе накнаде штете. То се односи како на поседовање возачке дозволе, тако и на поседовање прописане возачке дозволе (овде мислимо на категорију возила, истек дозволе, одузимање дозволе и др.). И у овој ситуацији је потребно да постоји узрочна веза између чињенице да лице нема возачку дозволу, уопште, или прописану возачку дозволу и саобраћајне незгоде. Све наведено се односи и

¹⁵ *Ibid.*

на случајеве неовлашћене употребе возила, нпр. када се ради о противправном одузимању возила.¹⁶

*

* *

Да би клаузуле о искључењу из осигурања биле пуноважне, битно је да су оне наведене на јасан и разумљив начин, односно ограничено на тачно одређени догађај, односно штету, као и да искључење не представља денатурализацију саме сврхе уговора о осигурању. Из једног примера, који се односи на реализацију каско осигурања због крађе возила код којег је власник заборавио да извади кључ из контакта возила, чиме је и оставио возило незакључано, клаузула о искључењу из осигурања је пуноважна и законом допуштена, јер на јасан начин ограничава ризик који осигуравач покрива осигурањем. Но, друго питање је да ли ће уговарач осигурања закључити уговор са таквом клаузулом или не.¹⁷

У другом примеру образлаже се да напуштање лица места након саобраћајне незгоде није основ за постављање регресног захтева осигуравача према осигуранику. Напуштање места саобраћајне незгоде без остављања података, свакако је прекршај и наведено морамо разликовати од губитка права. Листа случајева који ће довести до губитка права из осигурања је затворена, представља *numerus clausus*, а осигуравачима је забрањено да општим условима осигурања проширују те случајеве.¹⁸ У таквим ситуацијама потребно је испитати и због чега је дошло до напуштања места саобраћајне незгоде, имајући у виду да се, понекад, може утврдити да наведено лице уопште није одговорно за саобраћајну незгоду, затим да је дошло до претње или принуде, као и да се може радити о посебном психичком стању тог лица (године, здавствено стање, итд.) које су утицале на наведену ситуацију. То значи да се може десити да такво понашање не буде санкционирано ни као прекршај. ЗООС, како смо видели, веома прецизно одређује да ће напуштање места саобраћајне незгоде бити разлог за губитак права из осигурања. Законодавац, очигледно, није узео у обзир све ситуације које могу довести до тога. Сигурно је да ће у многим случајевима, напуштање лица места бити нека врста сигнала која указује да је лице које је побегло са лица места или свесно да је

¹⁶ Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić Petrović, 344.

¹⁷ М. Ћурковић, Кључ у bravici – власник без каско накнаде – 24. 2. 2025., <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?23171>, 10. 5. 2025.

¹⁸ М. Ћурковић, Обвезно осигурање од аутомобилске одговорности: Бјежање с мјеста прометне несреће није разлог за регрес осигуратеља према осигуранику – 2. 3. 2023., <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?22057>, 11. 5. 2025.

узроковало саобраћајну незгоду, односно да је под утицајем алкохола или дрога или не поседује возачку дозволу. Но, сматрамо да је због тога ову одредбу требало прецизирати, јер се сва напуштања места саобраћајне незгоде не могу на исти начин третирати.

5. ТРИ КЛАУЗУЛЕ КОД ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ И ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОСИГУРАЊА

Код осигурања од аутоодговорности (као и уопште од одговорности) дефинише се више клаузула која се односе на права и обавезе осигураваача и осигураника, а једна од њих је клаузула о вођењу спора. Осигураник је дужан да се придржава ове клаузуле, а у супротном он сноси последице. Значи, ако се осигураник не придржава ове клаузуле, он ће бити одговоран осигураваачу. Чињеница пропуштања обавештавања о покретању поступка или неизвршење неке друге радње која би помогла бољем положају осигураваача у том поступку, доводи до обавезе осигураника да накнади штету осигураваачу. Ова клаузула се односи и на неке вансудске радње, које се односе на забрану осигуранику да даје изјаве поводом спора, да ступа у преговоре са оштећеним лицем, итд.¹⁹

Овде се, значи, поставља питање губитка права из осигурања, односно права осигураваача да осигураника потпуно лиши свих права која су дефинисана уговором. Ипак, иако би одређени поступци осигураника нанели штету осигураваачу, везану за његово учешће у поступку, код нас није дозвољен губитак права из осигурања у овом случају, имајући у виду да се ради о штети која се може одредити, пре свега, износом настале штете, трошкова поступка, итд. Чак поједини услови осигурања дефинишу да ће осигураник бити одговоран према осигураваачу, само ако је поступио у намери или крајњој непажњи. То значи да, ако осигураник није знао или није морао знати да је дужан да обавести осигураваача о покретању парнице, он не би ни био одговоран према њему.²⁰ Но, онда, поставља се питање, да ли је осигураник био упознат са општим условима осигурања, да ли су му предати у тренутку закључења уговора, да ли је разумео одредбе услова осигурања које се односе на наведену клаузулу, итд.²¹ Но, може се десити и да оштећени покрене поступак против осигураника, а осигураваач се не умеша у спор или не постане странка у спору, и тада

¹⁹ Р. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd 2005, 396.

²⁰ Р. Šulejić (2005), 398.

²¹ В. Чоловић, „Клаузуле код осигурања од одговорности као инструмент заштите осигураваача“, *Правна ријеч* 59/2019, Бања Лука 2019, 114.

ће осигураник моћи да наплати износ по пресуди, као и трошкове спора, па чак и када прелазе износ суме осигурања.²²

Осим код клаузуле о вођењу спора, питање губитка права из осигурања се поставља и код клаузуле о забрани поравнања. Ова клаузула се односи на забрану осигуранику да се изјашњава о захтеву за накнаду штете постизањем споразума о висини одштете, без претходног договора са осигуравачем. Са друге стране, иако то право има, осигуравач не би могао да се поравна са оштећеним на износ који би прелазео висину суме осигурања. Исто тако, осигуравач може да оштети осигураника, ако би одбио да закључи повољно поравнање.²³ У сваком случају, не би могло да дође до губитка права из осигурања из разлога које смо поменули код клаузуле о вођењу спора.²⁴

Трећа клаузула коју ћемо поменути је клаузула о забрани признања одговорности од стране осигураника. Наиме, не би дошло до губитка права из осигурања, ако би осигураник признао да је одговоран, али би вођење парнице било беспредметно, а са друге стране, само поравнање је и признање одговорности. Иначе, признање одговорности неће представљати, само, давање посебне изјаве, већ и радње, као што су исплата штете од стране осигураника, иако је претходно негирана одговорност, затим доношење пресуде због изостанка осигураника са рочишта, итд. Сама висина захтева за накнаду овде није битна, битно је признање одговорности од стране осигураника.²⁵

Осврнућемо се на чињеницу да осигураник не може да изгуби право из осигурања, ако прекрши наведене три клаузуле. Наравно, напред смо рекли да ће он изгубити то право, ако у намери или крајњој непажњи прекрши наведено, али се онда поставља питање доказивања. Наиме, осигураник има обавезу да се упозна са општим условима осигурања. Чињеница да су њему предати општи услови осигурања у моменту закључења уговора о осигурању, доказује да је он упознат са њима, што потврђује и његов потпис на полиси. Његово позивање на чињеницу да он није знао или морао знати за његове обавезе према осигуравачу не оправдавају његово понашање, с обзиром да је он и закључио осигурање од одговорности, како би заштитио своју имовину, ако дође до осигураног случаја за који је он одговоран. Уколико би он самостално водио парницу у којој је тужен, односно ако би закључио поравнање или признао одговорност, без

²² В. Чоловић (2019), 115.

²³ Р. Šulejić (2005), 400; Р. Šulejić, *Osiguranje od građanske odgovornosti*, Beograd 1967, 104.

²⁴ В. Чоловић (2019), 117–119.

²⁵ Р. Šulejić (1967), 108.

претходног обавештавања осигураваача о томе, тада би он директно оштетио осигураваача који би морао да исплати накнаду одређене висине оштећеном. Неопходност учешћа осигураваача у парници, дефинисању поравнања или признању одговорности је дефинисана општим условима, имајући у виду стручност органа који обављају наведене послове у оквиру осигуравајућег друштва, тј. осигураваача. Због тога је осигураник обавезан да поштује наведена правила, а доказивање да он није био упознат са наведеним чињеницама га не ослобађа одговорности према осигураваачу и самим тим, губитка права из осигурања, које би, у поједним случајевима, било и делимично.

6. ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОСИГУРАЊА У ДИРЕКТИВИ ЕУ

Директива Европског парламента и Савета бр. 103/2009 од 16. септембра 2009. у односу на осигурање од грађанскоправне одговорности у погледу употребе моторних возила и извршење обавезе осигурања од те одговорности (даље: Директива 103/2009)²⁶ регулише клаузуле о искључењу из осигурања. Но, дванаест година касније донета је Директива Европског парламента и Савета бр. 2118/2021 о измени Директиве 2009/103/ЕЗ (даље: Директива 2118/2021),²⁷ а у вези овог акта поменућемо две измене битне за ову тему. Наиме, свака држава чланица је у обавези да предузима све мере које би обезбедиле да све законске одредбе или клаузуле у уговору које су садржане у полиси осигурања сматрају неважећим у погледу захтева за накнаду штете поднетих од стране трећих лица које су жртве саобраћајних незгода, ако те законске одредбе, односно клаузуле искључују из осигурања употребу возила у следећим случајевима: - ако је возилом управљало лице које немају изричито овлашћење; - ако је возилом управљало лице које нема возачку дозволу; - ако је возилом управљало лице које је прекршило техничке захтеве у погледу стања и сигурност тог возила.²⁸ Међутим, ако се ради о случају да је једно лице управљало возилом без овлашћења, та чињеница се може употребити против лица које су добровољно ушле у возило које је проузроковало

²⁶ Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability (Codified version), *Official Journal* L 263, 7.10.2009, 11–31.

²⁷ Directive (EU) 2021/2118 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 amending Directive 2009/103/EC relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, *Official Journal* L 430, 2.12.2021, 1–23.

²⁸ J. Slavnić, „Gubitak prava iz osiguranja autoodgovornosti prema novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju s sporna pitanja“, *Revija za pravo osiguranja* br. 1/2011, Beograd 2011, 15.

штету на другим возилима, односно телесне повреде, ако осигуравач може да докаже да је возило украдено. Државе чланице не морају, у случају кад се саобраћајне незгоде догоде на њиховим територијама, да примене наведену одредбу, ако оштећено лице може добити накнаду штете за телесне повреде од надлежног тела које се бави пословима социјалног осигурања. Ако се утврди да је возило украдено или на силу прибављено, тада државе чланице могу да предвиде да орган или тело за осигурање накнаде штете треба да исплати накнаду уместо осигуравача према условима који су у наведеној одредби Директиве 103/2009. Ако се возило уобичајено налази у другој држави чланици, тада то тело не може тражити накнаду од било ког органа или тела у наведеној области у тој држави чланици. Осим тога, државе чланице, у случају украденог или на силу прибављеног возила, могу да одреде самопридржај од 250 евра који ће сносити оштећено лице у саобраћајној незгоди, а остатак би исплатило наведено тело. Најзад, државе чланице треба да обезбеде да свака законска одредба или уговорна клаузула која искључује право путника из покрића осигурања, на основу чињенице да је знао или морао знати да је у тренутку саобраћајне незгоде возач возила био у алкохолисаном стању или под утицајем опојних дрога, сматра неважећом, ако путник поднесе захтев за накнаду штете.²⁹

Везано за измене које је донела Директива 2118/2021, поменућемо прво обавезу сваке државе да предузима све одговарајуће мере како би се обезбедило да се све законске одредбе или уговорне клаузуле садржане у полиси осигурања, сматрају неважећим у погледу захтева за накнаду штете трећих лица, ако оне искључују из осигурања употребу или вожњу возила. Друга измена, коју ћемо поменути, односи се на чињеницу да државе чланице имају могућност да, ако се саобраћајне незгоде догоде на њиховим територијама, не примене одредбе Директиве, ако оштећени може да добије накнаду од стране органа за социјално осигурање.³⁰

Иначе, ове Директиве обједињују пет претходних директива у овој области.³¹ Циљ тих директива је био да се омогући слободно кре-

²⁹ Члан 13 Директиве 103/2009.

³⁰ Члан 1, т. 12 Директиве 2118/2021.

³¹ First Council Directive 72/166/EEC of 24 April 1972 on the approximation of the laws of Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and to the enforcement of the obligation to insure against such liability, OJ L 103, 02.05.1972; Second Council Directive 84/5/EEC of 30 December 1983 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, OJ L 008, 11.01.1984; Third Council Directive 90/232/EEC of 14 May 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles. OJ L 129, 19.05.1990; Fourth

тање возила која се обично налазе на територији Европске уније и лица која путују у тим возилима, оне су такође имале за циљ да гарантују да жртве саобраћајних незгода проузрокованих тим возилима добију једнак третман, без обзира на то где се у Европској унији деси незгода. Јасно је из развоја законодавства ЕУ у вези са обавезним осигурањем да се стално тежило и да је законодавац ЕУ појачавао дејство прописа са циљем заштите оштећених у саобраћајним незгодама изазваних тим возилима.³²

7. ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОСИГУРАЊА У НЕМАЧКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Осврнућемо се, кратко, и на одредбе немачког Закона о уговорима о осигурању (даље: ЗУОН)³³ који, на другачији начин, посвећује пажњу овој области.³⁴ Ради се о општем правилу, које се, пре свега, односи на случајеве повећања ризика у току трајања осигурања. Осигураник је дужан да пријави повећање ризика осигуравачу, без обзира да ли је до повећања ризика дошло независно од воље осигураника или је он свесно преузео повећање истог.³⁵ У случају да је осигураник намерно или у крајњој непажњи повредио своју обавезу, тада осигуравач може отказати уговор.³⁶ ЗУОН предвиђа и да осигуравач може захтевати повећање премије или да искључи покриће повећаног ризика.³⁷ Уколико, након повећања ризика, наступи осигурани случај, осигуравач није у обавези да плати накнаду, ако је осигураник у намери повредио своју обавезу обавештавања. Ако је осигураник наведени

Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council of 16 May 2000 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles and amending Council Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC, OJ L 181, 20.07.2000.; Fifth Directive 2005/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 amending Council Directives 72/166/EEC, 84/5/EEC, 88/357/EEC and 90/232/EEC and Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, OJ L 149, 11.06.2005.

³² С. van Schooubroeck, „Анализа европских уједначених правила о осигурању од аутоодговорности“, Уговор о осигурању од аутоодговорности, 121, [file:///C:/Users/Vlada/Downloads/aida-2022-23-ch10%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Vlada/Downloads/aida-2022-23-ch10%20(2).pdf).

³³ Закон о уговорима о осигурању Немачке – ЗУОН, Gesetz über den Versicherungsvertrag –VVG, 23.11.2007. (Сав.сл.гласник I, 2631), измене и допуне у складу са чл.2 Закона од 20.09.2013. (Сав.сл.гласник II, 3642), измене и допуне у складу са чл.15 од 17.08.2017. (Сав.сл.гласник II, 3214), измене и допуне у складу са чл.2 Закона од 30.11.2019. (Сав.сл.гласник II, 1942, 1945)

³⁴ Пре свега у члану 28 ЗУОН.

³⁵ Пар. 23, ст. 2 и 3, ЗУОН.

³⁶ Пар. 24, ст.1 ЗУОН.

³⁷ Пар. 25, ст. 1 ЗУОН.

пропуст учинио у крајњој непажњи, тада осигуравач има право да смањи накнаду.³⁸ У члану 28 ЗУОН, који носи наслов „Повреда уговорне дужности“, дефинишу се рокови у којима је осигураник морао да испуни своју обавезу. То значи да осигуравач може да откаже уговор, ако сигураник није поступио у намери или крајњој непажњи.³⁹ У случају да повреда наведене дужности од стране осигураника не утиче на наступање осигураног случаја, осигуравач ће бити у обавези да плати накнаду у потпуности. Такође, ЗУОН предвиђа да је осигуравач дужан да обавести осигураника о свим последицама његовог пропуштања, а што доводи до настанка правних последица.⁴⁰ У сваком случају, можемо рећи да ЗУОН дефинише да осигураник, који је повредио дужност, предвиђену у уговору, начелно не губи у потпуности захтев за плаћање накнаде. Губитак или смањење накнаде зависи од степена кривице осигураника. Када је реч о лакој непажњи, повреда дужности не повлачи правне последице, а када је у питању груба непажња, долази до сразмерног смањења захтева за накнаду. Потпуни губитак захтева за плаћање накнаде могућ је када је до повреде дошло услед намере осигураника.⁴¹

8. ГУБИТАК ПРАВА ИЗ ОСИГУРАЊА И ПРАВНА ПРИРОДА ОСИГУРАЊА ОД АУТООДГОВОРНОСТИ

Питање губитка права из обавезног осигурања од аутоодговорности је питање и правне природе ове врсте осигурања. Наравно, мислимо, пре свега, на осигурање од одговорности. Наиме, осигурање од одговорности има своје специфичности и не постоји јединствен став о каквом уговору о осигурању се ради, имајући у виду да је предмет осигурања одговорност осигураника. Значи, ако неком трећем лицу настане штета чињењем или нечињењем осигураника, осигуравач ће бити у обавези да накнади штету том лицу, које, уопште није учесник односа осигурања.⁴² Један од ставова је да је уговор о осигурању од одговорности, уговор у корист трећих лица.⁴³ Наиме, по овом ставу, осигураник и осигуравач уговарају неко право у корист трећег. Али, то право ће треће лице стећи, тек, кад настане осигурани случај, односно, тек кад поднесе захтев за накнаду штете, с обзиром на правило код ове врсте осигурања да се неће сматрати да је настао

³⁸ Пар. 26, ст. 1 ЗУОН.

³⁹ Пар. 28, ст. 1 ЗУОН.

⁴⁰ Пар. 28, ст. 3 и 4 ЗУОН.

⁴¹ S. Đorđević, D. Samardžić, *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom Zakona (VVG)*, IRZ, Beograd 2014, 73.

⁴² В. Чоловић (2019), 113.

⁴³ Н. Николић, *Уговор о осигурању*, Београд 1957, 186; В. Чоловић (2019), 113.

осигурани случај, ако није поднет захтев за накнаду од стране оштећеног. Ако говоримо о осигурању од одговорности, као о осигурању у корист трећег, можемо стећи утисак да је треће лице корисник осигурања, што оно свакако није. Поменућемо и други став о овој врсти осигурања, чије присталице грађанску одговорност осигураника дефинишу као предмет осигурања. Наиме, они истичу да странке, код овог уговора, не изражавају вољу да закључују уговор у корист трећег лица. Понављамо оно што смо рекли, треће лице има права на накнаду штете по овом уговору, тек када штета настане. Осигурање од одговорности није осигурање у корист трећег лица, већ се односи на специфичан предмет осигурања, а то је одговорност осигураника.⁴⁴ Осигуравач исплаћује накнаду трећем оштећеном лицу, а не осигуранику. А та чињеница произлази из права оштећеног лица на директан захтев, односно, подношење директне тужбе према осигуравачу, уколико осигуравач не поступи по директном захтеву. Значи, треће оштећено лице може да потражује накнаду од најмање два лица, осигуравача и осигураника,⁴⁵ обзиром да се може десити да за исту штету одговара више лица (не само један осигураник и један осигуравач). Он је, због тога, у бољој позицији, имајући у виду да једним захтевом или тужбом може обухватити више лица који му дугују накнаду штете.⁴⁶

Осим тога, једно од битних правила код ове врсте осигурања се односи и на забрану приговора оштећеном лицу од стране осигуравача, ако му оно поднесе захтев за накнаду штете.⁴⁷ Наиме, у питању су приговори које осигуравач не може истаћи трећем оштећеном лицу, али може осигуранику због поступања супротно одредбама закона или уговора.⁴⁸ Управо је и ово правило битно за дефинисање губитка права из осигурања које се односи само на осигураника. Из тог правила произлази право осигуравача да у секундарној парници покрене поступак против штетника – осигураника након исплате накнаде оштећеном лицу, ако се испуне услови за то. Значи, код осигурања од одговорности, примарни субјект одговорности је осигураник.⁴⁹

⁴⁴ Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić Petrović, 23; В. Чоловић (2019), 113.

⁴⁵ V. Čolović, *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte)*, Beograd 2007, 22.

⁴⁶ В. Чоловић (2019), 114.

⁴⁷ Н. Мрвић-Петровић, З. Петровић, А. Филиповић, *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штете*, Београд 2000, 112.

⁴⁸ Члан 28 ЗООС.

⁴⁹ Ј. Салма, „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 83.

Овде ћемо се осврнути и на питање која врста непажње осигураника, код настанка осигураног случаја, мора бити покривена осигурањем, а која не. Крајња непажња осигураника мора имати покриће, јер би у супротном, оно било веома ограничено, што не би одговарало сврси осигурања, чиме би се довело у питање и закључење оваквих уговора о осигурању. Што се тиче грубе непажње све зависи од околности у којима је настао осигурани случај.⁵⁰

У сваком случају, клаузуле о искључењу из осигурања имају дејство само између осигуравача и осигураника, што значи да трећа лица имају право потраживања по основу настале штете.⁵¹ Како смо рекли, битно је разрешити дилему да ли између стања, односно понашања осигураника или возача и саме штете постоји узрочна веза или не.⁵² Наравно, овде треба имати на уму одговорност возача под другим основима.

9. ЗАКЉУЧАК

Губитак права из обавезних осигурања морамо посматрати, како са становишта испуњења обавеза од стране осигураника која су предвиђена општим условима осигурања, тако и са становишта испуњења обавеза која су дефинисана другим правилима. Осим тога, губитак права из осигурања произлази из понашања осигураника који није поштовао правила на која се обавезао потписивањем полисе осигурања. Сигурно је да он мора да сноси санкцију за неовлашћено предузимање радњи, као и за неадекватно понашање у вези са осигураним случајем. Са друге стране, оштећено лице никако не би смело да сноси последице понашања осигураника. Посебно морамо посматрати однос осигураника и осигуравача, а посебно осигуравача и општећеног. Оштећени има право на накнаду и то право не може зависити од понашања осигураника. Губитак права из осигурања, у том смислу, везујемо само за осигураника, уз разликовање пропуста које је начинио, као и његовог односа према осигураном случају.

⁵⁰ J. Pak, 217.

⁵¹ J. Pak, 257.

⁵² *Ibid.*

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Gisca, Veronica, Marić, Marcle A., “Legal characters of the insurance contract”, *Polsko –Ukraińskie Studia Interdyscyplinarne*, 2023, nr. 4 (11);
2. Đorđević, Slavko, Samardžić, Darko, *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom Zakona (VVG)*, IRZ, Beograd 2014;
3. Cohen, Alma, Dehejia, Rajeev, “The effect of automobile insurance and accident liability laws on traffic fatalities”, *The Journal of the Law and Economic* 47 (2), February 2004;
4. Ikić, Zoran, „Definisanje odgovornosti osiguravača u auto-kasko osiguranju“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2013;
5. Мрвић-Петровић, Наташа, Петровић, Здравко, Филиповић, Александар, *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штете*, Београд 2000;
6. Николић, Никола, *Уговор о осигурању*, Београд 1957;
7. Pak, Jasna, *Pravo osiguranja*, Beograd 2011;
8. Petrović, Zdravko, Čolović, Vladimir, Mrvić-Petrović Nataša, *Obavezna osiguranja u saobraćaju i naknada štete*, Službeni glasnik, Beograd 2010;
9. Robinette, Christopher J., Wachtel Dani, “Raising compulsory automobile insurance minimum amounts: a case study from the United States”, *Insurance Review* 4/2019 / *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 4/2019;
10. Салма, Јожеф, „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011;
11. Slavnić, Jovan, „Gubitak prava iz osiguranja autoodgovornosti prema novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju s sporna pitanja“, *Revija za pravo osiguranja* 1/2011, Beograd 2011;
12. Sokal, Vojislav, „Štete isključene iz osiguranja od odgovornosti sopstvenika motornih vozila“, *Odgovornost i osiguranje u drumskom saobraćaju*, Beograd 1974;
13. Čolović, Vladimir, *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte)*, Beograd 2007;
14. Чоловић, Владимир, „Клаузуле код осигурања од одговорности као инструмент заштите осигуравача“, *Правна ријеч* 59/2019, Бања Лука 2019;
15. Šulejić, Predrag, *Osiguranje od građanske odgovornosti*, Beograd 1967;
16. Šulejić, Predrag, *Pravo osiguranja*, Beograd 2005.

Правни извори

1. Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability (Codified version), *Official Journal* L 263, 7.10.2009, 11–31;
2. Directive (EU) 2021/2118 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 amending Directive 2009/103/EC relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, *Official Journal* L 430, 2.12.2021, 1–23;
3. Закон о обавезном осигурању у саобраћају Републике Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 51/09, 7811, 101/11, 93/12 и 7/13 – одлука УС;
4. Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/03 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/20;
5. Закон о уговорима о осигурању Немачке – ЗУОН, Gesetz über den Versicherungsvertrag – VVG, 23.11.2007. (*Сав. сл. гласник* I, 2631), измене и допуне у складу са чл. 2 Закона од 20.09.2013. (*Сав. сл. гласник* И, 3642), измене и допуне у складу са чл. 15 од 17.08.2017. (*Сав. сл. гласник* И, 3214), измене и допуне у складу са чл. 2 Закона од 30.11.2019. (*Сав. сл. гласник* И, 1942, 1945).

Интернет извори

1. Van Schoubroeck, Caroline, „Анализа европских уједначених правила о осигурању од аутоодговорности“, Уговор о осигурању од аутоодговорности, [file:///C:/Users/Vlada/Downloads/aida-2022-23-ch10%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Vlada/Downloads/aida-2022-23-ch10%20(2).pdf);
2. Ćurković, Marijan, Ključ u bravici – vlasnik bez kasko naknade, 24. 2. 2025; <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?23171>, 10. 5. 2025;
3. Ćurković, Marijan, Obvezno osiguranje od automobilske odgovornosti: Bježanje s mjesta prometne nesreće nije razlog za regres osiguratelja prema osiguraniku – 2. 3. 2023; <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?22057>, 11. 5. 2025.

Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.

Law Faculty of the Union University in Belgrade

LOSS OF RIGHTS FROM COMPULSORY TRAFFIC INSURANCE

Summary

The loss of rights from compulsory traffic insurance is related to inadequate and unauthorized use of the motor vehicle, the correctness of the motor vehicle, for which the owner of the motor vehicle, i.e. the insured, is responsible, then the driver's license, imposed fines for traffic violations, the insured's influence on the insured event, i.e. the traffic accident, as well as the behavior of the insured after the traffic accident. These cases are conditions for exclusion from insurance, i.e. situations when the insurance company, i.e. the insurer will not be obliged to compensate the damage to the insured, i.e. when it will be able to file a recourse claim against the insured for the amount paid to the third injured party. The aforementioned must also be provided for in the general insurance conditions. These cases refer only to the clearly defined responsibility of the insured who had an impact on the event itself, which means that other circumstances will not be taken into account when deciding on the loss of insurance rights. The paper raises the question of whether the loss of rights from insurance is against the principle of fairness. The author defines that the said authorization is justified, only if the insured acted with intent or gross negligence. The paper also discusses the role of the insured in a possible dispute that is conducted in relation to the traffic accident.

Key words: *Loss of rights; Liability insurance; Insured; Insurer; Insured case.*

Professor Irini A. Stamatoudi, LL.D.

Faculty of Law, University of Nicosia, Cyprus

USE AND ABUSE OF MORAL RIGHTS PROTECTION UNDER GREEK LAW

Moral rights' protection is a basic component of copyright law, and special emphasis is given to it under the continental law systems. Usually, these systems provide for a broad system of protection in this respect with safety valves. This implies that moral rights are automatically applicable (no need for assertion), inviolable, and only transferable through inheritance. Also, some of them never expire. However, this system is subject to certain limitations, either explicitly stated in the law or derived from general law, contracts, or other concurrent rights. Article 281 of the Greek Civil Code provides for such an instance. According to it, "the exercise of a right shall be prohibited if such exercise obviously exceeds the limits imposed by good faith or morality or by the social or economic purpose of the right". This prohibition of the "abuse of right" would apply if a specific moral right were exercised contrary to the purpose for which it has been recognized, most notably, contrary to the purpose of maintaining respect for the author's personality. Other persons' rights may also limit the exercise of the author's moral right, and in such cases the doctrine of the abuse of rights may also be invoked. This paper will provide for cases in which an abuse of rights may be invoked against the application of the moral rights of authors.

Key words: Copyright; Continental Copyright Law; Moral Rights; Abuse of Rights; Limitations to Moral Rights.

1. COPYRIGHT PROTECTION IN GREECE

1.1. Historical background

The first law which was enacted in the area of copyright, after the foundation of the modern Greek State in 1830,¹ was the Penal Law of

Irini A. Stamatoudi, stamatoudi.i@unic.ac.cy.

¹ The modern Greek State was founded in 1830 after the Liberation War against the

1834. This law provided for criminal sanctions against the illegal reprinting of printed works.² No provisions concerning moral rights were included. Act No. 3483 of 1909 was subsequently adopted, especially to protect copyright in dramatic works. Again, no provisions on moral rights were introduced. Act No. 2387 of 1920 was then enacted to provide the first complete protection of copyright. Although this Act did not deal with moral rights comprehensively, it introduced, for the first time in Greek law, the right of disclosure (Art. 1 of the Act), the right of paternity (Art. 13 of the Act), and the right of integrity (Art. 15 of the Act). This 1920 Act was amended many times up until 1944 and was supplemented by many further provisions on specific matters in separate laws even after that.

The present Copyright Act came into effect on March 3, 1993, the date of its publication in the Official Gazette of the Greek Government and has been amended since then on several occasions. The 1993 Act supersedes all prior provisions in statutes and decrees concerning copyright and covers the whole field of copyright and neighbouring rights alike. The 1993 Act also implemented almost all the provisions of the directives which the European Union was contemplating or had adopted in the field of copyright and neighbouring rights at the time the Act was passed. Further amending legislation has since been passed,³ largely implementing EU directives.⁴

Greece is also a member to the international conventions in the area of copyright and related rights providing for moral rights protection.⁵

Turkish occupation.

² Penal Law of 1834, Articles 432 and 433. This law was abolished in 1950, being then superseded by a new Penal Code, which does not contain any provisions on copyright.

³ See Act No. 2173/1993; Act No. 2218/1994; Act No. 2435/1996; Act No. 2557/1997; Act No. 2819/2000; Act No. 3049/2002, Art. 14; Act No. 3057/2002, Art. 81; Act No. 3524/2007; Act No. 3905/2010 (also amending Presidential Decree No. 311/1994 on the Statutes of the Hellenic Copyright Organization [OPI]); Act No. 4212/2013, implementing the amended Term Directive and the Orphan Works Directive into Greek law; Act No. 4481/2017, implementing the Collective Rights Management (CRM) Directive; Act No. 4514/2018; Act No. 4531/2018, under which the institutions of the Commissioner for Reorganization and of the Special Service of exceptional rights management have been established; Act No. 4540/2018; Act No 4605/2019.

⁴ For systematic treatises in Greek, identified here by translating their titles into English, see G. A. Koumantos, *Copyright Law*, Ant. Sakkoulas, Athens 2002; M. D. Marinos, *Copyright Law*, Ant. Sakkoulas, Athens 2004; L. Kotsiris, *Copyright Law*, Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2005; D. Kallinikou, *Copyright Law and Related Rights*, P.N. Sakkoulas, Athens 2008; *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009; K. Christodoulou, *Copyright Law*, Nomiki Vivliothiki, Athens 2018; *Collective Management of Copyright* (ed. I. Stamatoudi), Nomiki Vivliothiki, Athens 2020.

⁵ By Act No. 5257/1931 Greece ratified the Berne Convention as revised in 1928 in Rome, with certain reservations, which did not relate to moral rights.⁵ It also ratified the Berne Convention as revised in 1948 in Brussels and in 1971 in Paris, with no reservations

Greek copyright law follows the monistic theory,⁶ belongs to the civil law tradition and offers a strong moral rights protection.

1.2. The Greek Copyright Act (No 2121/1993)

According to the principle which underlies Greek copyright law, namely that a creator of a work can only be a natural person and that copyright initially vests in the author (or director of a film), moral rights, forming part of copyright, can only be vested in the natural person who created the work. They cannot be vested in legal entities such as companies. This is by reason of the fact that moral rights are there to indicate and protect the particular personal bond existing between the author and his work. In that sense, an author has as many moral rights as works.⁷

Foreign authors whose countries of origin are members of the Berne Convention are given the same protection in Greece as Greek authors or Greek works (the principle of national treatment). Such protection is independent of the existence of protection in the country of origin of the work (the principle of the independence of protection).⁸ Thus, even if the work of an English author is not protected by a particular moral right in the UK (e.g. right of retraction),⁹ its author may still invoke the right under Greek law for acts having taken place in Greece. Performers are also entitled to moral rights in relation to their performances, which are, however, more limited in scope and duration as compared to those of authors.¹⁰

whatsoever, by the Presidential Decree 3565/1956 and by Act No. 100/1975 respectively. Greece also ratified the 1952 Geneva Convention by Law Decree 4254/1962. It also ratified the 1996 WIPO Copyright Convention and the 1996 WIPO Performances and Phonograms Treaty by Laws 3184/2003 and 3183/2003 respectively. Greece has also ratified other Conventions in the area such as the TRIPs Agreement and the 1971 Geneva Convention, which however, do not contain any moral rights provisions. For Greek legislation see (in Greek): *Copyright Law, National and Community Legislation and International Conventions* (ed. I. Stamatoudi), Nomiki Vivliothiki, Athens 2007.

⁶ Although Greek copyright law follows the monistic theory, according to which copyright forms one right with two sets of (sub--) rights, economic rights and moral rights, it has however maintained the position that moral rights are absolute rights, non-transferable *inter vivos* and - though separate - still closely linked to the right to one's personality: L. Kotsiris, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009, 9–10.

⁷ Court of First Instance, Iraklio, Decision No. 553/2003.

⁸ If, however, a Member State to the Berne Convention provides for a longer term than the minimum prescribed by the Convention and the work ceases to be protected in the country of origin, protection may be denied in that Member State.

⁹ Either because such moral right does not exist in the UK (as it is the case with the right of retraction) or because the scope of this moral right differs in the UK from that in Greece.

¹⁰ Copyright Act, Art. 50. Greek law introduced moral rights for performers well before they were introduced at international level by the WIPO Performances and Phonograms

1.3. Prerequisites for copyright protection

As regards the prerequisites for copyright protection, Art. 1 of the 1993 Act makes it clear that “copyright” within the meaning of Greek law must be understood in the continental European sense of “author’s right”.¹¹ To start with, it declares that copyright includes two types of rights: economic rights, that is, the author’s prerogatives to control the exploitation of his work, and moral rights, that is, the author’s prerogatives with regard to his personal interests in the work. Furthermore, copyright initially vests only in the author, that is, the natural person who created the work, without his having to satisfy any formalities. Finally, both economic and moral rights are exclusive in that the author may assert them against anyone who violates them.¹²

Greek law imposes no formalities as preconditions of copyright.¹³ Nor does it impose any requirement that a work be fixed.

The Copyright Act, according to Art. 2(1), protects as a work “any original creation”. The statute, however, does not define the notions or criteria either of “originality” or of “creativity”. Traditionally, a work that expresses the personality of its author has been considered to be original. A current formulation of the traditional criterion calls for originality to be assessed on the basis that statistically unique elements present in the work are indices of creativity.¹⁴ As one decision puts it, a work meets the requisite criteria of protectability if another author, under similar circumstances and with the same aim in mind, would not reasonably reach the same creative outcome or if the work at issue presents an individual particularity or a modicum of creativity such that the work can be distinguished from everyday productions or from other similar and known works.¹⁵ Yet, according to the Court of Justice of the EU recent case law, the notion of originality has been interpreted in a uniform and autonomous manner throughout the EU.¹⁶ In this context a work is protected insofar it is original, originality

Treaty (1996).

¹¹ See the contrast with UK law on the issue of moral rights. I. Stamatoudi, “Moral rights of authors in England: the missing emphasis on the role of creators”, *Intellectual Property Quarterly* 4/1997, 478.

¹² This is discussed further below.

¹³ Copyright Act, Art. 6 (2).

¹⁴ See, e.g. Supreme Court, Decision No. 118/2006 (finding originality in a study submitted to a contest on the basis of its ostensibly creative elements).

¹⁵ Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003. I. Stamatoudi, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, 31.

¹⁶ Case C-5/08, *Infopaq International* (2009) ECR I-6569 [27]; Case C-34/10 *Brüstle* (2011) ECR I-09821 [25]; and Case C-510/10, *DR and TV2 Danmark*, published in the

being the sole prerequisite for protection. A work is original if it is its author's own intellectual creation, i.e. if the author has made upon its creation free and creative choices and has stamped the work with his personal touch.¹⁷

2. PRESENT NATIONAL LEGISLATION ON MORAL RIGHTS

2.1. Nature of rights, beneficiaries, and duration of protection

2.1.1. Nature of rights

The Copyright Act, in Art. 1(1), starts by explicitly declaring that copyright is made up of both economic and moral rights. This approach has been preferred although these distinct rights manifest many differences between them: for instance, economic rights are contractually transferable, whereas moral rights are not. The legislative intent was to ensure national treatment for foreign authors, as provided by the Berne Convention, also with regard to moral rights.

Generally, moral rights protect the personal interests of the author in his work. These rights are, therefore, of the same nature, though not of the same content, as the "right in one's own personality", which Art. 57 of the Greek Civil Code recognizes and which, *inter alia*, includes the rights to

electronic Reports of Cases: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106320/en/?rec=RG&jur=C&anchor=201204C0076#201204C0076 [33], last visited 11 March 2025, as referred to in Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* [39], published in the electronic Reports of Cases: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106320/en/?rec=RG&jur=C&anchor=201207C0127, last visited 11 March 2025. See also, Case C-357/98, *Yiadom* (2000) ECR I-9265 [26], Case C-245/00, *SENA* (2003) ECR I-1251 [23] and Case C-306/05, *SGAE* (2006) ECR I-11519 [31].

¹⁷ Case C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* (2009), judgment of 16 July 2009 ECR I-656; Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy* (2011) ECR I-9083; Case C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and others* (2013) ECR I-12533; Case C-604/10, *Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others* (2012), published in the electronic Reports of Cases: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106320/en/?rec=RG&jur=-C&anchor=201203C0031, last visited 11 March 2025; Case C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury* (2010) ECR I-13971; Case C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd* (2012), published in the electronic Reports of Cases: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106320/en/?rec=-RG&jur=C&anchor=201205C0081#201205C0081, last visited 11 March 2025. For the notion of originality in the EU see I. Stamatoudi, "Originality under EU Copyright Law", *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (ed. P. Torremans), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton 2017, 57 and I. Stamatoudi, "'More' Originality for Cypriot Copyright Law according to the CJEU's Case Law", *The Cyprus Review* 1/2018, 207–231.

privacy and to personal reputation.¹⁸ It is not clear whether one can invoke simultaneously the protection afforded by the "right in one's own personality" and that of moral rights. The jurisprudence, as well as the academic literature, are divided in this respect.¹⁹ The prevailing view is that the two rights are entirely separate and in many respects different and, as a result, the "right in one's own personality" can only be invoked in those instances where the prerequisites for the application of the moral rights protection are not met.²⁰ No other causes of action apply to moral rights protection, as Law 2121/1993 provides for a specialized and comprehensive protection in this area.

The Greek Copyright Act in Art. 4²¹ refers to five illustrative, but not exhaustive, moral rights vested in authors: the right of disclosure, the right of paternity, the right of integrity, the right of retraction and the right of access to the work. Moral rights (i.e. a limited right of paternity and a limited right of integrity in their works compared to authors) in relation to performers and their performances are set out exhaustively in Art. 50 of

¹⁸ For a general review of the Greek case law concerning the right to respect for personality, see A. Georgiades, M. Stathopoulos, *Annotated Civil Code*, vol. 1, Sakkoulas, Athens 1978, notes 2–10 to Art. 57.

¹⁹ See Supreme Court, Decision No. 171/1957. But cf. Court of Appeal, Athens, Decision No. 8138/2000 (holding that the prerequisites for the application of the "right to one's personality" do not always coincide with those of authors' moral rights).

²⁰ M. D. Papadopoulou, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, 143–145.

²¹ Art. 4 (Moral Rights): "(1) The moral rights shall confer upon the author notably the following rights: a) to decide on the time, place and manner in which the work shall be made accessible to the public (publication); b) to demand that his status as the author of the work be acknowledged and, in particular, to the extent that it is possible, that his name be indicated on the copies of his work and noted whenever his work is used publicly, or, on the contrary, if he so wishes, that his work be presented anonymously or under a pseudonym; c) to prohibit any distortion, mutilation or other modification of his work and any offence to the author due to the circumstances of the presentation of the work in public; d) to have access to his work, even when the economic right in the work or the physical embodiment of the work belongs to another person; in those latter cases, the access shall be effected with minimum possible nuisance to the rightholder; e) in the case of a literary or scientific work, to rescind a contract transferring the economic right or an exploitation contract or license of which his work is the object, subject to payment of material damages to the other contracting party, for the pecuniary loss he has sustained, when the author considers such action to be necessary for the protection of his personality because of changes in his beliefs or in the circumstances. (2) With reference to the last case of the preceding paragraph, the rescission shall take effect after the payment of the damages. If, after the rescission, the author again decides to transfer the economic right, or to permit exploitation of the work or of a like work, he must give, in priority, the former other contracting party the opportunity to reconstitute the old contract with the same terms or with terms similar to those which were in force at the time of the rescission. (3) The moral rights shall be independent from the economic rights and shall remain with the author even after the transfer of the economic rights."

the Greek Copyright Act.

The list of five moral rights in the Greek Copyright Act is only indicative and by no means exhaustive. This means that the author may invoke aspects of his personal interests in his work even if these aspects do not come expressly within the scope of moral rights set out in the Act. Such an example might be false allegations as to the circumstances of creation of a work.²² Moral rights are absolute in the sense that they may be asserted against anyone and may be violated by anyone and are exclusive in the sense that they belong only to the author. As explicitly provided in the first sentence of Art. 12(2) of the Copyright Act, the author may not, in principle, transfer them, although they may be subjected to contractual limitations.²³

Although moral rights descend to an author's heirs, they may not, in principle, be transferred *inter vivos*. They also cannot be waived. This limitation results from the character of the right as protecting interests that intimately concern the personality of the author. In particular, moral rights are independent of the economic copyright and remain vested in the author even after all the economic rights have been transferred to others.²⁴

2.1.2. Beneficiaries of protection

Moral rights, of course, vest in the author as the natural person who has created a work of the mind. Even authors of computer software, which are assimilated to literary works, are granted moral rights just like any other author. In the case of an anonymous or pseudonymous work, where under Greek law²⁵ the publisher of such a work initially holds the copyright, the publisher may exercise some moral rights, for example, the right of integrity and the right to prevent a third party from falsely claiming to be the author, but only to the extent justified by the publisher's capacity as a fictive author.²⁶

Just as they have neighbouring rights, performing artists have limited moral rights as regards their performances.

The Copyright Act provides the same civil remedies against violations of moral rights as for infringement of economic copyright, while some – violations may also trigger criminal penalties.

²² G. A. Koumantos, 248.

²³ This is discussed in more detail below.

²⁴ Copyright Act, Art. 4 (3). See also Court of Appeal, Athens, Decision No. 5866/2003; Court of Appeal, Athens, Decision No. 7458/1999.

²⁵ Copyright Act, Art. 11.

²⁶ *Ibid.*, Art. 11 (2).

2.1.3. Duration of moral rights

The duration of moral rights is equal to that of copyright, namely generally for 70 years after the death of the author calculated from the 1st January of the year following the event of his death.²⁷

After the author's death, the right to assert moral rights devolves on his heirs,²⁸ who may exercise the rights subject to certain limitations.²⁹ Most notably, the heirs are bound to exercise the rights in accordance with the intent of the author, as expressed in his lifetime or will.³⁰ After the end of the term of protection, the State, represented by the Minister of Culture, may exercise some of the component rights included in moral rights, namely the right of attribution of authorship and the right to safeguard the integrity of the work.³¹ These two rights are perpetual.

The duration of performers' moral rights is disputed. Greek law is rather ambiguous on this point, since it does not clarify what the exact duration is.³² Hence, different views have been asserted. The prevailing view, however, is that performers' moral rights last at least as long as the performer's lifetime. After their death³³ their rights devolve on their immediate³⁴ heirs for as long as their heirs live.³⁵

²⁷ *Ibid.*, Art. 29 (1).

²⁸ This is also the only possibility where moral rights as a whole can be transferred according to the Greek Copyright law: Court of First Instance, Athens, Decision No. 5743/2000; Court of First Instance, Athens, Decision No. 32992/1997.

²⁹ Copyright Act, Art. 12 (2): "The moral rights shall not be transferable between living persons. After the death of an author, the moral rights shall pass to his heirs, who shall exercise the rights in compliance with the author's wishes, provided that such wishes have been explicitly expressed."

³⁰ See, e. g. Court of First Instance, Athens, Decision No. 5743/2000 (holding that the heirs of a music composer could preclude the public performance of the composer's compositions in a theatrical play where there was the danger that these compositions could be mixed with others' compositions of a style regarding which the dead author had expressed reservations). But cf. Court of First Instance, Athens, Decision No. 36247/1999.

³¹ Copyright Act, Art. 29 (2).

³² Art. 50 (Moral right): "(1) During their lifetime, performers shall have the right to full acknowledgment and credit of their status as such in relation to their performances and to the right to prohibit any form of alteration of their performances. (2) After the death of a performer that person's moral right shall pass to his heirs. (3) The provisions of Article 12 (2) and Article 16 of this Law shall be applicable *mutatis mutandis* to the moral right of performers."

³³ Even if the 50-year term of protection of their performances has expired.

³⁴ I.e. the first generation of heirs.

³⁵ N. Kyprouli, in L. Kotsiris, I. Stamatoudi, 890–891.

2.2. The Five Types of Moral Rights

2.2.1. Right of disclosure

Article 4(1)(a) provides that an author has the right “to decide on the time, place and manner in which the work shall be made accessible to the public (publication)”. The author thus has the right to determine the time, place, and way in which a work will be made accessible to the public for the first time and any subsequent time after that³⁶ as well as whether the work should be published in the first place.³⁷ The publication of a work without the author’s authorization or consent does not exhaust the author’s right of disclosure.³⁸ In this context, the 1993 Act uses the Greek term usually translated by “publication” and understood in the broad sense of making the work accessible to the public in any way³⁹ with the author’s consent.⁴⁰ The publication of the work does not form a necessary prerequisite in order for a work to be protected, i.e. unpublished works are also protected. Thus, the publication of a work (finished or unfinished) or extracts of it on the Internet is not permitted without the author’s consent. The same applies in relation to the publication of a work in a printed format or the

³⁶ It includes any new publication of the work which takes place in a new form or in a different way. See Supreme Court, Decision No. 1010/2002, and Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1669/2003.

³⁷ See Court of Appeal, Athens, Decision No. 8138/2000; Court of First Instance, Athens, Decision No. 2122/2004; Court of First Instance, Athens, Decision No. 20669/1998; Court of First Instance, Athens, Decision No. 11923/1998; Court of First Instance, Athens, Decision No. 32992/1997.

³⁸ M. D. Papadopoulou, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens-Thessaloniki 2009, 151.

³⁹ Publication can take place in a number of ways, such as publication in print, digital publication, lecture, announcement, broadcast through television or radio, by performing the work, showing it in a gallery and so on. In other words, all the modes of the economic exploitation of the work constitute publication within the meaning of the moral right of disclosure.

⁴⁰ It goes without saying that it is either the author who makes the work available to the public or a third person or entity which has acquired the author’s consent (e.g. a publisher): Court of Appeal, Athens, Decision No. 8138/2000; Court of First Instance, Athens, Decision No. 11923/1998. The author’s consent may be found expressly in a contract or may be derived from the circumstances, e.g. the handing by a composer of a demo CD over to a phonogram company in order for the latter to listen to a new work does not give the company the right to make it available to the public (Supreme Court, Decision No. 238/1995). On the contrary, if a film director hands over to the producer of the film a copy containing the final cut of his work, then it is presumed that the producer can proceed with its publication (KG NJW--RR 1986, 608—Paris--Texas by Wim Wenders LG München I, ZUM 2000, 416—Down under). In any case the transfer of ownership in a medium (e. g. CD, DVD, book) cannot be taken as the transfer of any rights in its contents unless there is an express provision to this effect between the author and the new owner of the medium (Court of First Instance, Athens, Decision No. 32992/1997).

republishing of a work in a printed format via an electronic medium such as a DVD. Thus, the reproduction of an artistic work, which was created for the purposes of an advertising poster, on phonocards was found to infringe the author's right of disclosure⁴¹ as was also the sporadic publication on the Internet of a book without the author's consent.⁴²

The notion of "public" is understood as encompassing any circle of persons larger than the narrow circle of family and friends, or larger than the immediate social environment. Some examples from the jurisprudence are as follows: the showing of an advertising film for the purposes of a contest amongst a closed circle of persons was not considered to constitute publication of the work;⁴³ the reproduction of a work by way of 50 sample copies, in order for the final version of the book to be approved for publication, the sample copies not being made available for sale in bookshops and which people could not buy and read, was also not considered to constitute publication.⁴⁴ Generally, for this purpose it is irrelevant whether the work is made available to a large or a small group of people; even the *possibility* of the public having access to the work suffices for the purposes of the law (e.g. where a film is shown on television but no one watches it).⁴⁵ It is further argued that the reconstruction and subsequent publication of a work, which has been discarded (or dismantled and thrown away) by its author, may also infringe the author's moral right.⁴⁶ The right of disclosure also encompasses the right of the public announcement of the work. This is particularly important with regard to films where the producer⁴⁷ usually wants to choose the precise time when to announce the film (by way of presenting small extracts of it) to the public for advertising purposes before the film is made available to the cinemas.⁴⁸

⁴¹ Court of First Instance, Athens, Decision No. 2122/2004.

⁴² Court of First Instance, Athens, Decision No. 1639/2001.

⁴³ Court of First Instance, Athens, Decision No. 24610/2004.

⁴⁴ Court of First Instance, Athens, Decision No. 20669/1998.

⁴⁵ M. D. Papadopoulou, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, 146.

⁴⁶ L. Kotsiris, 124, and Cour d'Appel, Paris, March 6, 1931, D. P. 1931, 88 – *Camoin* Cour de Cass. December 13, 1995, RIDA, 169/1996, 307 – *Colette Granier de Cassagnac*.

⁴⁷ According to Art. 9 of the Greek Copyright Act, the principal director of an audiovisual work is considered to be the author.

⁴⁸ M. D. Papadopoulou, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens-Thessaloniki 2009, 147 and TGI de Paris, January 17, 1999, RIDA, 181/1999, 331.

2.2.2. Right of paternity

2.2.2.1. Authors

Article 4(1)(b) provides that the author has the right “to demand that his status as the author of the work be acknowledged and, in particular, to the extent that it is possible, that his name be indicated on the copies of his work and noted whenever his work is used publicly, or, on the contrary, if he so wishes, that his work be presented anonymously or under a pseudonym”. Thus, the author has the right to have his creative contribution to his work recognized. In particular, the author is specifically entitled to have his name mentioned on published copies or the original of the work and in connection with any public showing or display of the work or, in the alternative, to keep the work anonymous or to use a pseudonym. If the author chooses not to reveal his identity then the term of protection of the work cannot be calculated as usual, i.e. 70 years from the death of the author. In this case, Art. 11(1) applies, according to which “any person who lawfully makes available to the public anonymous or pseudonymous works is deemed as the initial holder of the economic and moral right towards third parties. When the true author of the work reveals his identity, he shall acquire the above-mentioned rights in the condition they are in, as a result of the actions of the fictitious rightholder.” In this event, the moral rights belong to the fictitious rightholder to the extent justified by his actual capacity (Art. 11(2)).⁴⁹ If so, the term of protection of the work will be calculated based on the date the work was lawfully made available to the public.⁵⁰

The Greek Copyright Act also refers explicitly to a number of cases where specific provisions in relation to a right of attribution apply, such as in cases of translation (where the translator’s name must be clearly indicated on the main title page of the work),⁵¹ publication of photographs (where

⁴⁹ This latter prerequisite (“justified by its actual capacity”) means that the fictitious rightholder cannot exercise those rights which are linked to the author of the work (e.g. claim to be acknowledged as the author of work) since he is not the author. He can only exercise moral rights for the benefit of the work and not his own benefit. A. Papadopoulou, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, 311.

⁵⁰ Art. 31 (1): “In the case of anonymous or pseudonymous works, the term of copyright shall last for seventy (70) years calculated from 1st January of the year after that in which the work is lawfully made available to the public. However, if, during the said period, the author discloses his identity or when the pseudonym adopted by the author leaves no doubt as to his identity, then the general rules shall apply.”

⁵¹ Copyright Act, Art. 34 (2). See also Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1322/1997; Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 66/1995; Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No.

the name of the photographer should always be mentioned on the work)⁵² and authors of theatrical plays (whose name should always be indicated in relation to the advertising of their works).⁵³ This right should be distinguished from the author's right to deny the paternity of a work on the basis of artistic or personal reasons or generally to have his name removed from a work that is not his work.⁵⁴ This latter right is not considered under Greek law to form part of the paternity right. It is rather considered to be an aspect of one's right to one's personality and as such can be invoked on the basis of the provisions of the Greek Civil Code.

The name of the author should be indicated on the work (or copies of the work) whenever the work is used publicly to the extent that this is possible and in the appropriate manner depending on the type of work in question and the mode of disclosure of the work (e.g. if a work is announced on the radio, the name of the author should be mentioned by the announcer). If the work is presented in a digital format without being attached to any medium, then the acknowledgment of the author's name should take place orally or in some other manner which is appropriate in the circumstances.⁵⁵ The name of the author should be announced in a comprehensible manner or be easily readable (e.g. an indication of the author's name with very small letters in a hidden part of the work does not suffice).⁵⁶

2.2.2.2. Performers

The act of paternity is also provided for performers. The Act provides that "[d]uring their lifetime, performers shall have the right to full acknowledgment and credit of their status as such in relation to their performances".⁵⁷ As with authors, this right is also subject to the dictates of logic, practice and customs in the field. That means that the names of the actors participating in a film should be mentioned in the opening and closing titles and the names of singers should be given in a concert programme. On the other hand, it is not usual for the names of the members

8753/1995.

⁵² Copyright Act arts 38(4) and 72 (5). Court of First Instance, Athens, Decision No. 2122/2004. For more details see I. Stamatoudi, "Photographers' rights in photographs published in Mass Media", *Journalists and Mass Media Publishers: Copyright Issues* (ed. I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009, 263.

⁵³ Copyright Act, Art. 72 (2).

⁵⁴ Court of First Instance, Athens, Decision No. 1478/1997.

⁵⁵ G. A. Koumantos, 259; L. Kotsiris, 126. See also Court of First Instance, Athens, Decision No. 3343/1999; Court of First Instance, Athens, Decision No. 1357/1997. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1478/1997.

⁵⁶ Court of First Instance, Athens, Decision No. 1293/1987.

⁵⁷ Copyright Act, Art. 50 (1).

of an orchestra to be mentioned on the cover of the CD or during a broadcast: such a claim on the part of the performers would be considered abusive.

2.2.3. Right of integrity

2.2.3.1. Authors

Article 4(1)(c) provides that an author has the right "to prohibit any distortion, mutilation or other modification of his work and any offence to the author due to the circumstances of the presentation of the work in public". Thus the author has the right to object to any distortion, mutilation, or other modification of a work, as well as in respect of any prejudice arising out of the conditions of dissemination or presentation of the work to the public.⁵⁸ There are no limitations on the kind of modifications (distortions or mutilations) that fall within the scope of the relevant provision (Art. 4(1)(c)) and the impact these modifications may have on the author's image. This means that any modification, even if it may be considered to be favourable as regards the author or his work, is not permissible under the right of the integrity. In this respect, the integrity right of authors under Greek law is much wider than the integrity right guaranteed under Art. 6bis of the Berne Convention since -prejudice to the author's honour or reputation is not required.

Examples of infringement of various types of works are set out below.

Musical works. Some examples of infringement of the right of integrity in relation to musical works are the following: the shortening of musical works, a change of title, a change of rhythm,⁵⁹ and the use of parts of the musical work in a documentary film⁶⁰ or in an advertisement, if the work was initially commissioned for another purpose.⁶¹ However, it is not considered an infringement of the integrity rights of either the composer of the music, the author of the lyrics or the original performer if the same musical work is -performed by another performer with a different instrumentation.⁶²

Photographs. Photomontage may also be considered an infringement

⁵⁸ Copyright Act, Art. 4 (1) (c). See Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001.

⁵⁹ Court of First Instance, Athens, Decision No. 1293/1987.

⁶⁰ Court of Appeal, Athens, Decision No. 7458/1999.

⁶¹ Court of Appeal, Athens, Decision No. 143/2004; Court of Appeal, Patras, Decision No. 352/2005.

⁶² Court of First Instance, Athens, Decision No. 14751/1996.

of the photographer's integrity right.⁶³

Works of architecture. With reference to works of architecture, there is often a clash between the rights of the owner of the building and the architect's integrity right. This clash is solved by a weighing of the interests of the relevant parties in each case, taking into account a number of factors such as the extent to which the character of the work is utilitarian, the customs in the field, the good faith of the parties,⁶⁴ financial considerations (including changes which have been made in order for the owner to diminish the costs of the construction), public order, security, and technical reasons or changes, which are dictated by necessity or practice.⁶⁵ However, the guiding principle (which is derived from the spirit of the law and the case law in the area) is that the particular character of the building should be maintained whilst any changes or modifications should cause the least possible dilution of this character.⁶⁶ A few examples from the case law are as follows: the addition of an extra floor to a hotel was not found to spoil the style of the building and was also considered necessary for financial reasons, as it would increase the owner's income and save him from financial disaster.⁶⁷ In the case of the Olympic Village built for the 2004 Games, it was held that the Olympic Committee owning the buildings of the Village could make changes dictated by practical needs, even though such changes would constitute substantial alterations, which were subject to the architect's right of integrity.⁶⁸ It is also argued that even the destruction of a building is allowed if there are important reasons dictating it.⁶⁹ Such decisions are fact-specific, and the courts have decided both for and against architects.⁷⁰

Deterioration or destruction of work. A controversial issue is the extent to which a third party--owner of the medium/carrier of the work (e.g. the painting, the statue, the photograph, etc.) may without the creator's consent let it deteriorate or even destroy it if he so wishes. In these cases a

⁶³ Court of First Instance, Athens, Decision No. 2122/2004.

⁶⁴ Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001.

⁶⁵ Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 13300/2004; Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003; Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001; Court of First Instance, Athens, Decision No. 4714/1971.

⁶⁶ Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003.

⁶⁷ Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 13300/2004; Court of First Instance, Athens, Decision No. 4714/1971.

⁶⁸ Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001.

⁶⁹ G. A. Koumantos, 265.

⁷⁰ Compare Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 13300/2004 (not accepting changes to a work that violated the architect's moral right), with Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003 (accepting changes to the work by reason of the functional needs of the owners).

weighing of the interests of the parties applies. In cases where multiple copies of a work already exist, e.g. books, copies of statues, etc. the owner's interests should prevail. If unique works of art are in question, the creators' interests will probably prevail. Such cases are when the work is of a very significant cultural value or when its preservation and care are provided for by the letter or the purpose of the contract between the creator and the owner of the work. In these cases, it is argued that the right to ownership (in favour of the owner of the medium) prevails over the right of integrity; the latter is limited by the provisions on abuse of rights.⁷¹ It could also be argued that the destruction of a work is not a "modification" within the scope of the relevant article. In any case, the owner of any work (in the sense of the medium) may always make changes or modifications to the work, no matter how extensive they are, as long as the work remains in his private sphere and is not published or communicated to third parties. According to the Greek law, anyone is allowed to produce derivative works by carrying out changes to an original work. It is, however, the *exploitation* of such derivative work (if the original author's consent is not there), which is prohibited.

The situation is different if someone chooses to create a work on someone else's property (e.g. graffiti on someone's walls). The illegal character of the creation does not affect the act of creation as such.⁷² In these cases, the owner of the property has the right to wipe off or otherwise destroy the work whereas he has no right to exploit it or make changes to it.⁷³

Use in different context. The notions of "distortion, mutilation and modification" refer not only to an actual tampering with the content of the work itself but also encompass instances where the work is presented in a context which is prejudicial to the author's image or does not meet his beliefs. As can be seen from what follows, the circumstances of the presentation of a work (with regard to time, place, context, etc.) play a significant role.

The right against prejudicial dissemination has been found to be violated where a work was used for publicity purposes without the author's consent; where a musical composition was executed badly;⁷⁴ where, in cases of the public performance of a work during a theatrical play, other musical works of a different style were performed, which the deceased

⁷¹ M. D. Papadopoulou, 163.

⁷² TGI Paris, October 13, 2000, RIDA, 195/2003, 280.

⁷³ M. D. Papadopoulou, 164. See also BGH NJW 1995, 1556 – *Mauer Bilder*, 1997 IIC, 282.

⁷⁴ See, respectively, Court of First Instance, Athens, Decision No. 7642/1977; Court of Appeal, Athens, Decision No. 7545/1982.

composer had expressly stated should not be performed alongside his music. The integrity right may equally be violated where an art work is placed at a site which contradicts its purpose or spirit, or where the work is unjustifiably transferred to a place other than its original site.⁷⁵ Other examples include the use of a religious song in an erotic scene,⁷⁶ or the use of a musical work in a pornographic film or in an inappropriate context such as the entrance of a boxer into an arena,⁷⁷ the publication of musical works together with works of musical groups belonging to the neo--fascist or extreme right wing,⁷⁸ the publication of a scientific work in a pornographic magazine,⁷⁹ the use of a work for advertising purposes,⁸⁰ the publication of a work on the Internet in a context which was insulting to the author's personality and reputation,⁸¹ the removal of a statue to a place other than the one for which it was initially intended (site--specific art),⁸² and so on. If the work is exhibited in a public place, the public interest and the interest of the State will also be taken into consideration.

Audiovisual works. The law provides for a specific regime of protection for audiovisual works and related rights. According to Art. 34(1), the creation of an audiovisual work is deemed to be completed when the master from which copies for exploitation are to be made is approved by the author. No alteration, abridgment or other modification should be made to this definitive form of the audiovisual work without the author's prior consent. Authors of individual contributions to an audiovisual work may exercise their moral rights only in relation to the definitive form of the work, as approved by the author.

2.2.3.2. Performers

As for performers, Art. 50(1) stipulates that they "have the right... to prohibit any form of alteration of their performances". When comparing the wording used for authors and the one used for performers, the performer's right of integrity is more limited. More specifically, in the case of per-

⁷⁵ See Counsel of State, Decision No. 1465/1954, Themis, 1955; Court of Appeal, Dodo--ni, Decision No. 47/1956.

⁷⁶ TGI Paris, May 5, 1991, JCP 92 II 21919, *Daverat*. Note that a Greek court is likely to follow the decisions of other EU courts.

⁷⁷ LG München, ZUM 1993, o *Fortuna*.

⁷⁸ OLG Frankfurt, GRUR 1995.

⁷⁹ OLG München NJW, 1996, 135, *Herrenmagazin*.

⁸⁰ Court of Appeal, Athens, Decision No. 143/2004; Court of Appeal, Athens, Decision No. 9040/2002, Greek Justice; Court of First Instance, Athens, Decision No. 7642/1977.

⁸¹ Court of First Instance, Athens, Decision No. 1639/2001.

⁸² Counsel of State, Decision No. 1465/1954; Court of First Instance, Athens, Decision No. 15489/1992, Court of Appeal, Decision No. 47/1956.

formers, the words “distortion, mutilation or other modification” and “any offence to the author due to the circumstances of the presentation of the work in public” are not used. It is only alterations which are prohibited. The notion of alteration seems to include distortions, mutilations or modifications of the performance as long as they are severe, harm the work or reduce its importance or aesthetic style. These alterations may also be made to the medium containing the performance.⁸³ By way of illustration, an actress’ right of integrity was held to be infringed where pornographic scenes from another film were added to a DVD containing a film in which she participated, whilst the cover of the DVD mentioned the words “Greek Erotic Cinema”; in this way her acting was misrepresented.⁸⁴

2.2.4. Right of retraction/withdrawal

Article 4(1)(e) provides that the author has the right “in the case of a literary or scientific work, to rescind a contract transferring the economic right or an exploitation contract or license of which his work is the object, subject to payment of material damages to the other contracting party, for the pecuniary loss he has sustained, when the author considers such action to be necessary for the protection of his personality because of changes in his beliefs or in the circumstances”. The author thus has the right to rescind contracts that transfer or license⁸⁵ economic rights in literary or scientific works, when this is necessary to protect his personality in the event of subsequent significant changes⁸⁶ in his own personal convictions (e.g. scientific, religious, political or ethical convictions) or in other relevant external circumstances. “External circumstances” means objective circumstances, which do not relate to the idiosyncrasy of the author, such as a war, a political crisis or a new discovery.⁸⁷ In such a case, the rescission comes into effect as soon as the author pays the holder of the rights in question for any resulting damage. However, if the author later intends to exploit the same or a similar work himself or to transfer rights in it, he must first offer this prior holder of rights the opportunity of entering a contract simi-

⁸³ Court of Appeal, Athens, Decision No. 7458/1999. See also N. Kyprouli, in L. Kotsiris, I. 889.

⁸⁴ Court of First Instance, Athens, Decision No. 9090/2006.

⁸⁵ Both exclusive and non-exclusive licenses are covered.

⁸⁶ Small or unimportant changes in convictions are not covered by this provision. These changes should also be able to be perceived by the public. In other words, only changes which would substantially affect the author’s personality if the work were to be exploited or continued to be exploited are covered.

⁸⁷ Personal disputes between the author and the other contracting party as well as financial reasons relating to the exploitation of the work are not covered.

lar to the one he rescinded.⁸⁸ The change in conviction or in external circumstances required by law must be proved by the author. He may, for instance, submit the new discovery which renders his work outdated or scientifically wrong, or submit prior and later works of his own which demonstrate the changes in his convictions and so on.

The rescission takes effect after the payment of damages and it takes effect *ex nunc*. The author has to pay all the expenses the other contracting party has incurred up to that time (known in Greek civil law as "positive damage") but not the earnings the latter would have obtained in the future from the exploitation of the author's work. Any income incurred in the past from the exploitation of the work cannot be claimed by the author, since the rescission has effect only for the future. The use of the work, as so far published, communicated to the public or otherwise exploited, is subject to the usual copyright exceptions provided in the law (e.g. one may use short extracts of the work for criticism purposes).

2.2.5. *Right of access*

Article 4(1)(d) provides that the author notably has the right "to have access to his work, even when the economic right in the work or the physical embodiment of the work belongs to another person; in those latter cases, the access shall be effected with minimum possible nuisance to the rightholder". The author thus has the right to obtain access to unique embodiments of a work even if other persons own the economic copyright in the work or have personal property interests in these embodiments. In such a case, access must take place in a way which causes the smallest possible inconvenience to the owner of rights or of the embodiments.⁸⁹

Although the law does not expressly restrict the right to works of unique embodiment, it is presumed that this is the case, given that the author can easily have access to works reproduced in multiple copies. In such cases, the exercise of this right would be considered abusive. Works considered to be of unique embodiment are essentially works of visual arts such as paintings, sculptures and so on. However, these provisions seem to apply to other works as well, such as works of architecture, musical works or works of literature, if they are contained in unique manuscripts. Works in multiple copies are, however, also covered to the extent that the author no longer has any copies in his possession.⁹⁰

The law does not specify the reasons for which a creator may require

⁸⁸ Copyright Act, Art. 4 (1) (e).

⁸⁹ Copyright Act, Art. 4 (1) (d) and 4 (2).

⁹⁰ M. D. Papadopoulou, 166.

access to his work. In this sense, any reason would be considered legitimate, including access for personal pleasure, enjoyment or inspiration or for the economic exploitation of the work. The creator may require access to the work for himself or for a third party, e.g. the creator sends a photographer to take a picture of his work.

Access, as mentioned above, must take place in a way that causes the least possible inconvenience to the owner of the economic rights or of the embodiments. This, in turn, means that it should be done at a time which is convenient to both the owner and the creator, and even that the creator may have to wait a substantial time, for example, where the work has been moved to another place, is undergoing preservation or the owner is ill. The creator cannot use his right abusively, e.g. by visiting the place where the work is situated too often, staying too long or bringing with them a large working crew. What is more, the creator cannot require access to parts of the work they have not created themselves (for instance, an interior decorator cannot require access to the rooms they have not decorated themselves).⁹¹

3. EXERCISE OF MORAL RIGHTS

The general scope of moral rights does not, in itself, mean that these rights are not subject to limitations. We have already looked into some examples in the sections where the various moral rights were explained. These limitations may arise from general law, from contracts or other concurrent rights. In Greek law moral rights are also limited by the purpose of the exploitation contract or the employment contract, by the application of the provisions on abuse of rights, as well as by reason of a weighing of interests.

3.1. The theory of the purpose of the contract

According to article 15(4) “[i]f the extent and the means of exploitation which the transfer concerns or for which the exploitation or the exploitation license is agreed are unspecified, it shall be deemed that the said acts refer to the extent and the means that are necessary for the fulfilment of the purpose of the contract or license”. This provision reflects the theory of the purpose of the contract according to which only those rights are transferred to the licensee as necessary for the fulfillment of the contract.

An equivalent provision exists in the Greek Copyright Act that deals with works that employed authors create on the job. With regard to such

⁹¹ L. Kotsiris, 133.

works, the law draws a distinction between employment in the private sector and employment by the State or other public entities. In the case of private employment, economic copyright in works created by the employee on the job is *ipso iure* transferred to the employer only to the extent necessary to fulfil the aim of the employment contract.⁹² In the other case, the whole economic component of copyright in works created by civil servants in fulfilment of their duties is transferred to the employer.⁹³ The employment contract may, by its own terms, increase or decrease the scope of the rights to exploit the work that are reserved by the author or vested in the employer.⁹⁴ A similar but broader rule is provided in accordance with the Software Directive. The entire economic copyright in a computer program made by an employee in the execution of his duties or following his employer's instructions are to be exercised by the employer absent an agreement to the contrary.⁹⁵

Although the theory of the purpose of the contract is relevant for economic rights only, since moral rights cannot be transferred, it is alleged in the literature⁹⁶ that it has repercussions on moral rights, too, as otherwise it would have been impossible for one to exercise the economic rights transferred to her or to him by operation of the law or by contract if this exercise is blocked on the basis of the moral rights' protection. For example, one gets rights to certain designs, and although it is a designs museum, it cannot exhibit them without the designer's consent. One could come to an equitable legal solution not only on the basis of the purpose of the contract

⁹² Copyright Act, Art. 8, as amended by Act No. 2557/1997. But, for audiovisual works, see § 4[1] *supra* and § 4[3][b][ii] *infra*. See also Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1701/2015 (the unauthorized republication of an instruction manual for disease prevention written by a publishing company's employee infringing the employee's copyright for while the copyright was automatically transferred to the employer this was only to the extent necessary to fulfill the purpose of the economic exploitation of the work, and the further acts exceeded those determined as "necessary" for the fulfillment of the contractual mandate and were without the employee's authorization).

⁹³ For a case in which this rule was not applied to neighboring rights of public-service performers, see § 9[1] *infra*.

⁹⁴ See Supreme Court, Decision No. 498/2019 (concerning the extent of the rights transferred to the employer in the case of an employment contract; more specifically, the Court confirmed that -as provided under Art. 8 of the Greek Copr. Act- only those economic rights that are necessary for the fulfilment of the purpose of the contract shall be transferred to the employer, unless otherwise provided by the contract)

⁹⁵ Copr. Act, Art. 40

⁹⁶ M-D. Papadopoulou, "The exercise of moral rights in digital libraries", *Chronicles of Private Law* 2007, 173; O. Garoufalia, *Infringement of moral rights and the right to personality in the digital environment*, Nomiki Vivliothiki, Athens 2009, 20 et seq.; A. Despotidou, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens-Thessaloniki 2009; Court of Appeal, Athens, Decision No. 631/1990; Court of First Instance, Athens, Decision No. 11923/1998.

but also on the basis of the interpretation of it in good faith⁹⁷ or on the legal basis of abuse of rights, that we shall discuss later on.

3.2. Consent and contractual limitations

One cannot waive his moral rights under Greek law.⁹⁸ However, as has already been seen, it is possible to *consent* to certain acts or omissions,⁹⁹ which otherwise would be considered as an infringement of their moral rights. Yet, in order for this consent to be valid, it should be express, specific and it should be only in writing.¹⁰⁰ *Custom and practice* may also form a basis for limiting moral rights.¹⁰¹ A particular example is set out below in relation to the paternity right. Examples in relation to the five types of rights are also set out below.

3.2.1. Right of disclosure

Although Greek Copyright Law permits contracts in relation to the exploitation of future works as long as these contracts are limited in time or scope,¹⁰² such contracts may not contain provisions regarding the exercise of the right of disclosure (i.e. where, when and how the work will be disclosed); this right remains with the author.

Once the author has agreed with a third party how, when and where his

⁹⁷ Arts. 200 and 288 Greek Civil Code (on good faith and business usages).

⁹⁸ Although it has been argued that waiver in relation to some of the rights in relation to some of the works, existing or future ones, is possible. See O. Garoufalia, 25 et seq. and M. D. Marinos, 202.

⁹⁹ Copyright Act arts 14 and 16. Article 16 (Consent of the Author as Exercise of the Moral Right): "The granting of consent by an author for an action or an omission which would otherwise constitute an infringement of his moral right shall be deemed to be a form of exercise of his moral right, and shall be binding upon him". See Court of Appeal, Athens, Decision No. 631/1990. Waiver of the enforcement of a moral right against a particular person, rather than of the moral right itself, is allowed or may be implied from a contract: Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001. See also Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 5872/1997.

¹⁰⁰ Article 14 (Form of Contracts and Licenses): "Acts dealing with the transfer of economic rights, with the assignment or licensing of the right of exploitation *and with the exercise of the moral right* shall be null and void, unless they are concluded in writing. Nullity may be invoked only by the author." Consent in relation to performers' moral rights should also be given in writing. Copyright Act, Art. 50 (a) [*Emphasis added*].

¹⁰¹ Where musical compositions and lyrics may be performed by any performer. Court of First Instance DEE 1998, 843, where an author cannot prevent a performer from executing his works on the basis of his moral rights.

¹⁰² See Art. 13 (5) which prohibits exploitation contracts in relation to all future works: "The contract or license may under no circumstance confer any right over all the future works of the author, and shall never be deemed to also refer to forms of exploitation which were unknown on the date of the contract."

work will be exploited and thus disclosed (by way of a transfer of copy-right or an exclusive license), he is then bound by it. The same applies for the third party who has undertaken to exploit the author's work on the basis of a transfer of rights or an exclusive license. If he fails to do so, the author has the right either to request the third party to proceed with the publication of his work or to withdraw from the contract. He may also ask for compensation if the other party fails intentionally to proceed with the publication or exploitation of the work.¹⁰³ There has also been a case where despite the fact that an author failed (and did not respond to the publisher's invitations) to come and sign the copies of his book, as he was entitled by the law, he then decided to turn legally against the publisher for distributing these copies without his signature. Such a claim was found to be abusive although it did not strictly speaking pertain to the right of disclosure.

3.2.2. *Right of paternity*

As the Greek Copyright Act has been interpreted by the courts, there also may be limitations to the paternity right dictated by the custom and practices in a particular commercial domain. Examples are advertising spots, operating instructions, utensils and mass production products (e.g. chairs, lamps, cars¹⁰⁴ and so on).¹⁰⁵

As with other moral rights, the exercise of the paternity right may also be limited on the basis of the author's consent or agreed contractual limitations. However, these limitations should not impinge on the central core of this right. Even though it is not entirely clear what this central core is, it is accepted that the author's moral and personal bond with his work should not be seriously jeopardized or irreparably infringed.¹⁰⁶ An example would be the case where the author leaves it up to the publisher to decide how his name should be indicated on the book and the publisher decides to mention the author's name on the back cover with very small, almost illegible letters. This would clearly infringe the author's paternity right. As regards "ghostwriters", it is not entirely clear whether a "ghostwriter" may legally renounce his right to have his name mentioned on a work, which he writes in the name of a third party.¹⁰⁷ The prevailing view is that such a contract

¹⁰³ G. A. Koumantos, 322; M. D. Marinos, 264; L. Kotsiris, 124.

¹⁰⁴ In relation to cars see Cour d'Appel, Paris, November 22, 1983 - *Barrault v Citroen*. A Greek court may take such decisions into consideration when deciding a case.

¹⁰⁵ This conclusion could also be reached solely on the basis of the application of the provisions on the abuse of rights (i.e. Art. 281 Greek Civil Code) without referring to the customs in a particular field (Court of First Instance, Athens, Decision No. 14751).

¹⁰⁶ Court of First Instance, Athens, Decision No. 1444/1935.

¹⁰⁷ Some commentators consider it as infringing public policy. See G. A. Koumantos,

is valid, based on the author's consent.¹⁰⁸ It can also be compared to those cases where a Minister's or Prime Minister's consultant drafts all of his speeches and public announcements for him.

3.2.3. *Right of integrity*

The integrity right may be limited as a result of the author's consent.¹⁰⁹ Such consent may be expressed (e.g. given in writing in relation to a particular act) or arise implicitly out of a contract for the exploitation of the work, as when a particular mode of exploitation has been agreed between the author and a third party such that the author allows certain acts for the exploitation to become possible¹¹⁰ (e.g. the publication of a story in a newspaper in parts selected by the editor of the newspaper), or be derivable from the particular circumstances of the case (i.e. the kind of the use and the work). Any limitations, even if contractually agreed, must however be very specific and will be interpreted according to customs in the field, good faith and competing interests. Not all modifications are permitted. The factors taken into account include the utilitarian nature of the work, whether it was created by a freelance or a dependent author,¹¹¹ the economic rights involved, the form of exploitation at issue and so on.

The right of integrity also applies in relation to uses of the work, which are permitted on the basis of the exceptions to copyright. Thus, for example, where people with visual disabilities are allowed to use a work without the author's consent, they still have to respect the author's moral rights. Limitations apply in these cases only in so far as to make the exception operative.

Other examples are where an author may agree to allow alterations to his work or to make use of his right of access to a work only under certain conditions (e.g. a writer may allow his publisher to omit parts of his work before publication or a buyer of a painting may enter a contract with the painter preventing him from having access to his work more often than once every two years). That means in practice that although an author cannot waive his moral rights, he can however consent to use of his work in

257; L. Kotsiris, 126.

¹⁰⁸ Court of Appeal, Athens, Decision No. 6478/1981. See also CA, Paris, June 10, 1986, RIDA, 133/1987; CA, Paris D. Jur. 1993; Cour de Cass. RIDA, 174/1997.

¹⁰⁹ Art. 16: "The granting of consent by an author for an action or an omission which would otherwise constitute an infringement of his moral right shall be deemed to be a form of exercise of his moral right, and shall be binding upon him."

¹¹⁰ Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 5606/1963.

¹¹¹ In relation to journalists see, A. Papadopoulou, "The Journalist as an author and moral rights protection", *Journalists and Mass Media Publishers: Copyright Issues* (ed. I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009, 11.

such a way and to such an extent that in some (rare) cases this may in practice amount to a waiver with regard to particular aspects of moral rights.¹¹² For instance, an author, in effect, partially renounces the moral right to determine when and how to disseminate a work when they enter a contract with a -publisher -allowing the publication of the work.

Although contractual limitations on the exercise of moral rights are allowed, these permitted limitations are not unlimited, i.e. they cannot reach the point where the core of the author's moral rights is touched upon. It is not clear from the academic literature or the jurisprudence precisely what this "core" is. Nevertheless, commentators agree that a contractual limitation relating to moral rights which goes beyond this limit will be null and void, as infringing public morality.¹¹³ For example, the author may ask that a work may be published without any mention of his name, although a contractual term obligating him not to reveal his name after publication would in principle be void.

3.2.4. *Right of retraction*

As with any other moral right, the author cannot waive his right of retraction of the work. Neither can he accept contractual limitations as to how and when and in which cases or on the basis of what prerequisites to exercise his right, nor any provisions substantially increasing the compensation due, if such limitations are considered to render the right difficult to exercise.¹¹⁴

3.2.5. *Right of Access*

The same applies for the right of access, where an author cannot waive this right although she or he may accept conditions under which to exercise it. These conditions are also dictated by the law, which provides that "*access shall be effected with minimum possible nuisance to the right holder*" (Art. 4(1)(d)). That means that the right of access should be exercised in

¹¹² Article 16 (Consent of the Author as Exercise of the Moral Right): "The granting of consent by an author for an action or an omission which would otherwise constitute an infringement of his moral right shall be deemed to be a form of exercise of his moral right, and shall be binding upon him." See Court of Appeal, Athens, Decision No. 631/1990. Waiver of the enforcement of a moral right against a particular person, rather than of the moral right itself, is allowed or may be implied from a contract: Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001. See also Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 5872/1997.

¹¹³ For "public morality" see arts 178–170 of the Greek Civil Code. See also M. D. Papadopoulou, in L. Kotsiris, I. Stamatoudi 139, with references to G. A. Koumantos, 257; L. Kotsiris, 251; M. D. Marinos, 203; D. Kallinikou, 158; L. Kotsiris, 121, and others.

¹¹⁴ G. A. Koumantos, 271; M. D. Marinos, 199.

such a way so as not to cause undue inconvenience to the proprietor of the embodiment of the work.¹¹⁵

3.3. Abuse of moral rights

Article 281 of the Greek Civil Code states that: "*The exercise of a right shall be prohibited if such exercise obviously exceeds the limits imposed by good faith or morality or by the social or economic purpose of the right*".¹¹⁶ This prohibition of the "abuse of right" would apply if the exercise of a specific moral right was attempted contrary to the purpose for which it was originally provided for in the law, most notably, contrary to the purpose of maintaining respect for the author's personality (e.g. the exercise of the moral right of disclosure to prevent the publication of a work by a publisher to whom the author has already provided a license to publish).¹¹⁷ Thus, an abuse of right is invoked mainly when moral rights are invoked by the author or his heirs for reasons other than the ones, they are supposed to serve, e.g. for economic or financial reasons rather than for the protection of the author's personal interests in the work. In general, any exercise of the (moral) right that does not abide with its social¹¹⁸ and economic purpose,¹¹⁹ goes well above the limits set by good faith and morals, and is invoked with a view to inflict damage on the other party, should be reviewed as being abusive. Examples of abusive conduct are the ones examined below.¹²⁰

¹¹⁵ See, e.g. Court of First Instance, Athens, Decision No. 36247/1999.

¹¹⁶ Article 25 (3) of the Greek Constitution can be invoked to the same end. See A. Georgiades, M. Stathopoulos, 268). There is also a specific provision in the Greek Copyright that refers to abusive conduct in relation to films. Article 23: Reproduction of Cinematographic Works: "*In cases where the holder of the economic right abusively withholds consent for the reproduction of a cinematographic work of special artistic value, for the purpose of preserving it in the National Cinematographic Archive, the reproduction shall be permissible without his consent and without payment, subject to a decision by the Minister of Culture, taken in conformity with the prior opinion of the Cinematography Advisory Council.*" Although this refers to the reproduction of cinematographic works, it has repercussions on the moral right of divulgation.

¹¹⁷ These provisions also apply to performers' moral rights.

¹¹⁸ A characteristic example in this respect is the denial of an author for his works to be published in a collection for works for the benefit of the public (under Governmental Order) since this was supposed to defy the social interests. Court of First Instance, Athens, Decision No. 6678/1969.

¹¹⁹ Court of First Instance, Athens, Decision No. 25686/1995 where the termination of a publishing contract by an author was found to be abusive since the book was still on the market and her monies were paid with no problem.

¹²⁰ See A. Georgiades, M. Stathopoulos, Art. 281. For French law see C. Caron, "Abus de droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit special et du droit commun en droit civil français", *RIDA* 4/1998, 35.

It should be noted here that in the area of moral rights the exercise of a right is assessed both on subjective as well as on objective grounds meaning that on the one hand the view of the author (since it is his work that is at issue) is taken into account, e.g. when an act is considered as impinging on his right of integrity.¹²¹ On the other hand, abusive conduct needs to be assessed on an objective basis, too, so that one may be capable of conceiving the act as a conduct that goes beyond good faith, morals and defies the socioeconomic purpose of the right.

3.3.1. Contradictory behaviour and weakening of rights

By contradictory behaviour we mean any behaviour that does not logically follow from a person's previous behaviour on the same matter, and which for this reason it impinges on the other party's rights, as these rights have been in the meantime acquired on the basis of the first person's behaviour.¹²² Such a behaviour may have as a further consequence the weakening of the holders' rights.

This is a case where one (although he was entitled by law) he did not take any legal action against someone for a considerable amount of time so as to create to that other person the impression that he would not enforce or invoke his rights. This applies in cases where one by invoking his rights overturns a situation with negative consequences for the other party.¹²³ Here again the situation created should be due to the first person's (now invoking his rights) prior behavior.¹²⁴ An example has been where one has created an advertising spot for a company and has been paid for that. Although the company was using the film for two years and he was in full knowledge of it, he then decided to turn against the company for not having concluded with him a written contract (as the law provides in these instances). The Court found that the author's conduct was abusive.¹²⁵

¹²¹ I. Spyridakis, *Papers on Civil Law*, Athens 2004, 67.

¹²² A. Papadopoulou, *Author's moral right of integrity on his work*, Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 1997, 120. See also Court of Appeal, Athens, Decision No. 931/2000 (this case concerned related rights); Court of First Instance of Patras 2885/2008.

¹²³ Court of Appeal of Athens, Decision No. 8263/2007, where the Court came to the conclusion that failing to enforce your right for an extended period alone does not suffice for your action to be held abusive. See also Court of Appeal of Athens (Multimember Panel), Decision No. 606/2003, and Supreme Court, Decision No. 2101/1984, Supreme Court, Decision No. 971/1998, Supreme Court, Decision No. 502/1996, Supreme Court, Decision No. 190/1993 and Supreme Court, Decision No. 1569/1983.

¹²⁴ Supreme Court, Decision No. 7/2002; Supreme Court, Decision No. 1142/2002, Court of Appeal of Patras, Decision No. 1019/2004.

¹²⁵ Supreme Court, Decision No. 1009/2007.

3.3.2. *Useful/Utilitarian works*

When an action is assessed for abusiveness the nature of the work is also taken into account. The more artistic the work is the less intrusion in the work is tolerated. That means that utilitarian, functional and useful works are approached taking into account third parties' rights (i.e. the possessors of the embodiments of the works, the users and so on).

A characteristic example in this respect are works of architecture, databases and software. An architect's request to have all names of all co-authors mentioned in each and every use of the work was found abusive since the co-authors could have invoked their rights themselves.¹²⁶ Also changes in the facet of the building were allowed despite the architect's opposite view and his claim that his integrity right had been infringed. The Court found that the building was not meant as a work of art but rather as a work to cover practical needs. Therefore, in a weighing of interests the rights of the owners prevailed as the changes were made to meet practical needs that emerged after the building was constructed. Usages and good faith were also taken into account.¹²⁷ In another interesting case the architects of the Olympic Village in Greece were against the change of use of the buildings that were originally built to accommodate the athletes of the Olympic Games 2004. The State decided to transform the buildings into houses and give them to families. The Court found that the architects' allegations were abusive since a) when they decided to participate in the original competition they accepted all terms and conditions, b) they also accepted the term that their plans could be used by the organizers as they saw fit and in combination with other plans and ideas and c) the fact that they were fully remunerated.¹²⁸ In another case changes to the building for aesthetical reasons were found to have gone beyond good faith, morals and the socioeconomic purpose of the right and therefore the architect's right of integrity was found to be infringed. This was not the case for changes dictated for practical reasons.¹²⁹ In all these cases the legal basis of 'abusiveness' was found as a means of a weighing of interests and led to the general (but not formal) rule that changes in architectural buildings dictated by need and practicability are allowed. Yet, no changes are allowed for aesthetical reasons alone.

¹²⁶ Court of First Instance of Athens 276/2001.

¹²⁷ Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003.

¹²⁸ Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001.

¹²⁹ Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 13300/2004; Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003; Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001; Court of First Instance, Athens, Decision No. 4714/1971.

As regards works of the visual arts, in the case of a statue that was ordered for a particular Athenian central square (Omonoia) (site specific art) and which had to be transferred to another square, a lot smaller and not central, the Court found that the removal, which was due to construction work for the Metro, was justified on grounds of the public interest.¹³⁰

3.3.3. Co-authors' rights

Abusive conduct has also been found in the case of co-authored works. A characteristic example in this respect are collaborative works. In principle, licensing or other transfers of copyright in a collaborative work as a whole require the unanimous consent of all co-authors of the work. However, Article 281 of the Civil Code prohibits abusively exercising any right, that is, asserting it outside "the limits imposed by good faith or morality or by the social and economic purpose of the right,"¹³¹ while Articles 200 and 288 of the Greek Civil Code impose good faith in contractual and similar dealings. Thus, if a co-author abusively or otherwise in bad faith refuses to consent to a transfer agreed to by another or other co-authors, a court may provide appropriate relief.¹³² Special provisions of the Copyright Act govern the allocation of rights in audiovisual works, a special case of joint works.¹³³ Article 281 of the Civil Code may apply to cases in which such works are at issue as well.¹³⁴ Other examples are where a composer of a song invokes his moral right in order to prevent the lyricist from exercis-

¹³⁰ Court of First Instance, Athens, Decision No. 15489/1992.

¹³¹ For another example of this provision, see § 7[2] *infra*. See, e.g., Court of First Instance, Athens, Decision No. 36247/1999 (finding abuse where the exercise of one co-author's moral right prevented the other co-author from exercising his moral and economic rights in the work); Supreme Court, Decision No. 1009/2007 (finding abuse where a person who had written the scenario, directed and produced a film for a chain of restaurants and had delivered copies to them for their promotional purposes, subsequently sought to prevent them using the film for such purposes on the basis of the lack of an agreement in writing as Greek law normally requires for valid licensing agreements). See also Court of First Instance, Athens, Decision No. 11923/1998, and Supreme Court, Decision No. 1251/2003.

¹³² See, e.g., Court of First Instance, Thessaloniki, Decision No. 39982/2005 (finding to be in bad faith, and disallowing, such refusal to consent by a student who had coauthored a book with a university professor, given that both had orally agreed to publish it with a specific publishing house and, as well, to have the student's name follow the professor's in the credits for the authors).

¹³³ See § 4[3][b][ii] *infra*.

¹³⁴ See, e.g., Court of First Instance, Athens, Decision No. 36247/1999 (where the heir of a film composer invoked a dead composer's moral right in order to prevent the public performance of his music in a theatrical play as part of extracts of the film to be included in the play, the Court found that such a refusal was abusive because, on the one hand, it prevented the joint owner of copyright in the film from exercising his economic rights in it and, on the other, the composer had never objected to the inclusion of his songs in a theatrical performance).

ing his economic rights (i.e. exploiting) in the song¹³⁵ and where one co-author of a literary work prevents on the basis of his moral rights the other one from exploiting the work both as a hard copy as well as in a digital manner.¹³⁶

4. CONCLUSIONS

The moral rights system is particularly strong in Greece and it confers on authors a rather comprehensive protection in relation to their personal interests in their works. In the context of this regime, moral rights are absolute and exclusive rights, some of which never expire, and none of which can be waived, contracted out of or transferred *inter vivos*. On the face of it, it looks like an inflexible regime of protection when it comes to users of works. However, moral rights are subject to limitations, which are dictated either by the author's consent (which may take the form of a contractual provision) or by reasons of practice, customs in the field,¹³⁷ the purpose of the exploitation contract or the employment contract, application of the provisions on abuse of rights, as well as by reason of a weighing of interests. In this perspective, the strictness of Greek copyright law in this area is in practice relaxed, while the judicial or other final outcome is suitable both to deal with everyday realities and to serve the interests of authors and performers.

¹³⁵ See Court of First Instance No. 36247/1999. See also Supreme Court, Decision No. 1009/2007; Court of Appeal, Athens, Decision No. 931/2000; Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 276/2001.

¹³⁶ Court of Appeal of Athens, Decision No. 8263/2007 (the fact that 2 years went by without the rightholder invoking his rights does not suffice as such for his conduct to be held abusive. There should have been additional circumstances that have led the other party believe that the rightholder will not invoke his right so as when he invokes it a situation would have to be overturned, which was however created under specific circumstances and applied for a long period of time so that the change of this situation is damaging for the other party and clearly goes against the principles of good faith, morals and the social and the economic purpose of the right). Court of First Instance of Thessaloniki 39982/2005 (where a work has been created in collaboration between the professor and the student whereas the student was denying authorization).

¹³⁷ Court of First Instance, Athens, Decision No. 14751/1996, where the putting into the market of a musical performance of the original song by another producer on the basis of a license provided by the original authors of the song (although the rights in them had been transferred to another producer and he had not consented to this musical performance) was not found to be abusive as it was dictated by a custom in the field. Court of First Instance of Athens 36247/1999, where an heir's conduct of prevent the public performance of songs having been performed in known films and theatrical plays was found abusive.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Caron, Christophe, “Abus de droit d’auteur. Une illustration de la confrontation du droit special et du droit commune en droit civil français”, *RIDA* 4/1998;
2. Christodoulou, Konstantinos, *Copyright Law*, Nomiki Vivliothiki, Athens 2018;
3. *Collective Management of Copyright* (ed. I. Stamatoudi), Nomiki Vivliothiki, Athens 2020;
4. *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009;
5. Despotidou, Anna, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009;
6. Garoufalia, Olga, *Infringement of moral rights and the right to personality in the digital environment*, Nomiki Vivliothiki, Athens 2009;
7. Georgiades, Apostolos, Stathopoulos, Michael, *Annotated Civil Code*, vol. 1, Sakkoulas, Athens 1978;
8. Kallinikou, Dionysia, *Copyright Law and Related Rights*, P.N. Sakkoulas, Athens 2008;
9. Kotsiris, Lambros, *Copyright Law*, Sakkoulas Editions, Athens-Thessaloniki 2005;
10. Kotsiris, Lambros, in *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009;
11. Koumantos, Giorgos A., *Copyright Law*, Ant. Sakkoulas, Athens 2002;
12. Law Decree 4254/1962;
13. Marinos, Michael-Theodore, *Copyright Law*, Ant. Sakkoulas, Athens 2004;
14. Papadopoulou, Anthoula, “The Journalist as an author and moral rights protection”, *Journalists and Mass Media Publishers: Copyright Issues* (ed. I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009;
15. Papadopoulou, Anthoula, *Author’s moral right of integrity on his work*, Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 1997;
16. Papadopoulou, Maria Daphne, “The exercise of moral rights in digital libraries”, *Chronicles of Private Law* 2007;
17. Spyridakis, Ioannis, *Papers on Civil Law*, Athens 2004;
18. Stamatoudi, Irini, “‘More’ Originality for Cypriot Copyright Law according to the CJEU’s Case Law”, *The Cyprus Review* 1/2018;
19. Stamatoudi, Irini, “Moral rights of authors in England: the missing emphasis on the role of creators”, *Intellectual Property Quarterly* 4/1997;
20. Stamatoudi, Irini, “Originality under EU Copyright Law”, *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (ed. P. Torremans), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton 2017;
21. Stamatoudi, Irini, “Photographers’ rights in photographs published in Mass Media”, *Journalists and Mass Media Publishers: Copyright Issues* (ed. I. Stamatoudi), P.N. Sakkoulas, Athens – Thessaloniki 2009.

Legal documents

1. Act No 4605/2019;
2. Act No. 2173/1993;
3. Act No. 2218/1994;
4. Act No. 2435/1996;
5. Act No. 2557/1997;
6. Act No. 2819/2000;
7. Act No. 3049/2002;
8. Act No. 3057/2002;
9. Act No. 3524/2007;
10. Act No. 3905/2010;
11. Act No. 4212/2013, implementing the amended Term Directive and the Orphan Works Directive into Greek law;
12. Act No. 4481/2017, implementing the Collective Rights Management (CRM) Directive;
13. Act No. 4514/2018;
14. Act No. 4540/2018;
15. Presidential Decree No. 311/1994 on the Statutes of the Hellenic Copyright Organization;
16. BGH NJW 1995, 1556 - *Mauer Bilder*, 1997 IIC;
17. Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (2012);
18. Case C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and others* (2013), ECR I-12533;
19. Case C-245/00, *SENA* (2003) ECR I-1251;
20. Case C-306/05, *SGAE* (2006) ECR I-11519;
21. Case C-34/10, *Brüstle* (2011) ECR I-09821;
22. Case C-357/98, *Yiadom* (2000) ECR I-9265;
23. Case C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury* (2010) ECR I-13971;
24. Case C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd* (2012), Judgment of 2 May 2012;
25. Case C-5/08, *Infopaq International* (2009) ECR I-6569;
26. Case C-510/10, *DR and TV2 Danmark*;
27. Case C-604/10, *Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others* (2012);
28. Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy* (2011) ECR I-9083;
29. Counsel of State, Decision No. 1465/1954;
30. Cour d'Appel, Paris, November 22, 1983 - *Barrault v Citroen*;
31. Court of Appeal of Athens (Multimember Panel), Decision No. 606/2003;
32. Court of Appeal of Athens, Decision No. 8263/2007;
33. Court of Appeal of Patras, Decision No. 1019/2004;
34. Court of Appeal, Athens, Decision No. 143/2004;
35. Court of Appeal, Athens, Decision No. 5866/2003;
36. Court of Appeal, Athens, Decision No. 631/1990;
37. Court of Appeal, Athens, Decision No. 6478/1981;

38. Court of Appeal, Athens, Decision No. 7458/1999;
39. Court of Appeal, Athens, Decision No. 7545/1982;
40. Court of Appeal, Athens, Decision No. 8138/2000;
41. Court of Appeal, Athens, Decision No. 9040/2002;
42. Court of Appeal, Athens, Decision No. 931/2000;
43. Court of Appeal, Dodoni, Decision No. 47/1956;
44. Court of Appeal, Patras, Decision No. 352/2005;
45. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1669/2003;
46. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1322/1997;
47. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 66/1995;
48. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 8753/1995;
49. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1701/2015;
50. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 5606/1963;
51. Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 5872/1997;
52. Court of First Instance (Multimember Panel), Thessaloniki, Decision No. 13300/2004;
53. Court of First Instance, Athens, Decision No. 11923/1998;
54. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1293/1987;
55. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1357/1997;
56. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1444/1935;
57. Court of First Instance, Athens, Decision No. 14751/1996;
58. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1478/1997;
59. Court of First Instance, Athens, Decision No. 15489/1992;
60. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1639/2001;
61. Court of First Instance, Athens, Decision No. 2028/2003;
62. Court of First Instance, Athens, Decision No. 20669/1998;
63. Court of First Instance, Athens, Decision No. 2122/2004;
64. Court of First Instance, Athens, Decision No. 24610/2004;
65. Court of First Instance, Athens, Decision No. 25686/1995;
66. Court of First Instance, Athens, Decision No. 276/2001;
67. Court of First Instance, Athens, Decision No. 32992/1997;
68. Court of First Instance, Athens, Decision No. 3343/1999;
69. Court of First Instance, Athens, Decision No. 36247/1999;
70. Court of First Instance, Athens, Decision No. 4714/1971;
71. Court of First Instance, Athens, Decision No. 5743/2000;
72. Court of First Instance, Athens, Decision No. 6678/1969;
73. Court of First Instance, Athens, Decision No. 7642/1977;
74. Court of First Instance, Athens, Decision No. 9090/2006;
75. Court of First Instance, Iraklio, Decision no. 553/2003;
76. Court of First Instance, Patras, Decision No. 2885/2008;

77. Court of First Instance, Thessaloniki, Decision No. 39982/2005;
78. LG München, ZUM 1993, *o Fortuna*;
79. OLG Frankfurt, GRUR 1995;
80. OLG München NJW 1996, *Herrenmagazin*;
81. Presidential Decree 3565/1956;
82. Supreme Court, Decision No. 1009/2007;
83. Supreme Court, Decision No. 1010/2002;
84. Supreme Court, Decision No. 1142/2002;
85. Supreme Court, Decision No. 118/2006;
86. Supreme Court, Decision No. 1251/2003;
87. Supreme Court, Decision No. 1569/1983;
88. Supreme Court, Decision No. 171/1957;
89. Supreme Court, Decision No. 190/1993;
90. Supreme Court, Decision No. 2101/1984;
91. Supreme Court, Decision No. 238/1995;
92. Supreme Court, Decision No. 498/2019;
93. Supreme Court, Decision No. 502/1996;
94. Supreme Court, Decision No. 7/2002;
95. Supreme Court, Decision No. 971/1998;
96. TGI Paris, May 5, 1991, JCP 92 II 21919, *Daverat*;
97. The Greece Copyright Act;
98. The Greek Constitution.

Проф. др Ирина А. Стаматуди

Правни факултет Универзитета у Никозији

УПОТРЕБА И ЗЛОУПОТРЕБА ЗАШТИТЕ МОРАЛНИХ ПРАВА У ГРЧКОМ ПРАВУ

Сажетак

Заштита моралних права је основна компонента ауторског права, а посебан нагласак јој се даје у континенталним правним системима. Обично ови системи пружају широк систем заштите у том погледу, уз прописивање неких ограничења. То подразумијева да су морална права аутоматски примјенљива (нема потребе за потврђивањем), неповредива и преносива само путем наслеђивања. Такође, нека од њих никада не престају. Међутим, овај систем подлијеже одређеним ограничењима, оним експлицитно наведеним у закону или изведеним из темељних принципа права, уговора или других конкурентских права. Члан 281 грчког Грађанског законика предвиђа такав случај. Према овом акту, „вршење права је забрањено ако оно очигледно прелази

границе које намеће добра вјера или морал или друштвена или економска сврха права“. Та забрана „злоупотребе права“ би се примјенивала ако би се одређено морално право вршило супротно сврси за коју је признато, а посебно супротно сврси одржавања поштовања личности аутора. Права других лица такође могу ограничавати вршење ауторовог моралног права, и у таквим случајевима се може позвати и на доктрину злоупотребе права. Овај рад ће објаснити случајеве у којима се злоупотреба права може позвати против примјене моралних права аутора.

Кључне ријечи: *Ауторско право; Континентално ауторско право; Морална права; Злоупотреба права; Ограничења моралних права.*

*Full Professor, Principal Research Fellow Jelena Ćeranić Perišić,
LL.D.*

Institute of Comparative Law, Belgrade

PROTECTION OF COLOR TRADEMARKS IN COMPARATIVE LAW – A CASE STUDY OF THE CHRISTIAN LOUBOUTIN TRADEMARK¹

In today's competitive marketplace, color trademarks have emerged as a particularly controversial aspect of intellectual property law, blurring the line between aesthetic appeal and source-identifying functionality. This paper explores the legal viability of color trademarks through the lens of comparative law, focusing on the landmark case of Christian Louboutin's red sole trademark. The paper first outlines the theoretical and legal framework, focusing on the legal requirements for the registration of color as a trademark (primary and secondary meaning), as well as the doctrine of aesthetic functionality. It then turns to the Christian Louboutin case, which serves as a focal point for exploring the legal challenges in asserting trademark rights over a single color in the fashion industry. By analyzing key judicial decisions from the United States, the European Union, and India, the study examines how different legal systems interpret and apply the concepts of distinctiveness, secondary meaning, and aesthetic functionality.

Key words: Color trademark; Christian Louboutin trademark; Aesthetic Functionality; Comparative law; Case law.

Jelena Ćeranić Perišić, ceranicj@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1465-510X>.

¹ This work is a result of research within the project “Adapting the Legal Framework to Social and Technological Changes with a Special Focus on Artificial Intelligence”, carried out in 2025 by the Institute of Comparative Law with financial support from the Ministry of Science, Technological Development and Innovation (contract number 451-03-136/2025-03/200049).

1. INTRODUCTORY REMARKS

According to domestic, legally established legal terminology, a trademark is the name for the subjective right of industrial property, which has as its object of protection a designation (sign, mark) by which the trademark holder identifies their product or service in economic transactions in order to distinguish it from the same or similar goods or services of another entity.²

In today's competitive market, product branding has evolved to include not only names and logos, but also non-traditional elements such as shape, packaging, and even color.³ Among these, color trademarks⁴ represent one of the most controversial forms of intellectual property protection, as they blur the line between aesthetic expression and legally protected brand identity.

The issue of distinctiveness—specifically, whether a particular color can serve as a source identifier for consumers—emerges as a central challenge. Unlike words or graphic symbols, colors are limited in number and are often perceived as decorative or functional rather than indicative of origin. This raises a critical legal and commercial question: under what conditions can a color acquire secondary meaning and be eligible for trademark protection?

The most comprehensive answer to this question can be provided through an analysis of judicial decisions in the legal disputes initiated by Christian Louboutin across the globe. His attempt to protect a specific shade of red applied to the soles of high-heeled shoes has sparked global legal debate. Since analyzing the case law in all countries where Christian Louboutin has pursued litigation over infringement of his color trademark would exceed the scope of this paper, three representative jurisdictions from comparative law have been selected for analysis: the United States, the European Union, and India. Court decisions in the United States, the European Union, and India have taken notably different approaches to the issue, each grappling with the balance between brand protection and fair competition.

The aim of this paper is to examine the viability of color trademarks in contemporary intellectual property law, using a comparative approach. Drawing on theoretical foundations and landmark judicial decisions, the

² S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 139.

³ J. Ćeranić Perišić, *Odgovornost internet posrednika za povredu žiga*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 11.

⁴ B. Vlašković, „Trodimenzionalni žigovi i žigovi u boji”, *Pravo i privreda* 7–9/2011, 833–844.

analysis seeks to understand whether color, as a brand element, can and should be afforded legal protection in the evolving global marketplace.

The subsequent sections begin with an examination of the theoretical and legal framework, focusing on the legal requirements for the registration of color as a trademark (primary and secondary meaning), as well as the doctrine of aesthetic functionality. This is followed by a detailed analysis of comparative jurisprudence in the case of Christian Louboutin. Special attention is given to the differences in the approaches of the USA, EU, and India toward color trademarks.

2. THEORETICAL AND LEGAL FRAMEWORK

The chapter devoted to the theoretical and legal framework will begin by examining the legal requirements for registering a color as a trademark (primary and secondary meaning), followed by an analysis of the concept and application of aesthetic functionality, and concluding with a review of relevant international sources, including the TRIPS Agreement and the Paris Convention.

2.1. Legal Requirements for Registering Color as a Trademark (primary and secondary meaning)

In trademark law, color has traditionally been considered a non-traditional mark. To be registered as a trademark, a color must meet the general legal requirements of distinctiveness, which include either inherent distinctiveness or acquired distinctiveness (secondary meaning).⁵ In other words, distinctiveness may be shown either by proof that the mark is itself inherently distinctive, or by showing that the mark has acquired, through use, secondary meaning in the public eye.⁶ Inherent distinctiveness refers to a color that is uniquely and instantly identifiable with a product or service, without any additional evidence of consumer recognition. However, this is a rare occurrence, as most colors are naturally descriptive or ornamental and do not immediately convey a particular source.

In most cases, color marks rely on secondary meaning to gain protection. Secondary meaning occurs when a color, through prolonged and exclusive use in commerce, comes to signify a particular brand or source to

⁵ D. E. Moir, “Trademark Protection of Color Alone: How and When Does a Color Develop Secondary Meaning and Why Color Marks Can Never Be Inherently Distinctive”, *Touro Law Review* 2/2011, 407–433.

⁶ Factors that are relevant in determining secondary meaning include: advertising expenditures, consumer studies linking the mark to a source, unsolicited media coverage of the product, sales success, attempts to plagiarize the mark, and the length and exclusivity of the mark's use.

consumers.⁷ This can be demonstrated through various means, such as extensive advertising, consumer surveys, and recognition by the public. In the case of Christian Louboutin's Red Sole, for example, the brand sought to prove that the color red on the sole of their high-heeled shoes had acquired secondary meaning, making it distinctively associated with the Louboutin's brand.

2.2. Aesthetic Functionality – Concept and Application

With the rise of branding and marketing, firms started using trade dress such as product features or packages to identify themselves. Some firms claim an exclusive trademark right on their trade dress. However, granting a trademark right to some trade dresses might hinder competition. For example, if one firm claims trademark on the heart-shaped candy box, it will prevent others from using the same package to compete in the Valentine's Day sweets market.⁸ So U.S. courts developed a doctrine called aesthetic functionality to avoid the competition hindrance consequence. Aesthetic functionality refers to the situation where a trade dress has the aesthetic value and consumers buy the product largely due to that value. Once a court decides a trade dress, such as the heart-shaped box, is aesthetically functional, the trade dress cannot be a trademark owned by any one firm, and every firm can use it in the market. U.S. courts use aesthetic functionality as a legal ground to reject trademark protection of a trade dress when granting such protection would unfairly disadvantage competitors.⁹

“The aesthetic functionality doctrine is situated in an area of substantial overlap between the three branches of intellectual property: patent, copyright, and trademark. Due to this overlap, courts have found doctrine to be confusing and difficult to apply. However, the goals trademark law illuminate the role of the aesthetic functionality doctrine within intellectual property law and suggest how it should be applied. Principal purpose of trademark law is to prevent consumers from mistakenly purchasing goods from the wrong manufacturer.”¹⁰

Therefore, one of the main challenges in protecting color marks is the aesthetic functionality doctrine. Aesthetic functionality argues that certain

⁷ D. E. Moir.

⁸ X. Wang, “Aesthetic Functionality at a Crossroads: What a Troublesome Doctrine Can Learn from Its Past”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 3/2020, 359.

⁹ A. Hocking, A. Desmousseaux, “Why Louboutin Matters: What Red Soles Teach Us about the Strategy of Trade Dress Protection”, *Trademark Reporter* 6/ 2015, 1337–1388.

¹⁰ C. Farmer, “Red in the Eye of the Beholder: The Case for Aesthetic Functionality”, *Berkeley Technology Law Journal* 28/2013, 781.

design elements, including color, may not be eligible for trademark protection if their use is primarily aesthetic and contributes to the product's attractiveness, rather than functioning as a source indicator.

The aesthetic functionality doctrine is grounded in the idea that granting exclusive trademark rights over aesthetic features could impede competition, especially in industries like fashion, where creativity and design are essential to success. If a color is considered functional in enhancing the aesthetic appeal or desirability of a product, it might not qualify for trademark protection. The U.S. Supreme Court's decision in *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.* (1995)¹¹ set an important precedent, ruling that color can serve as a trademark if it is used in a way that identifies the source of goods and is not essential to the use or purpose of the product.

“Aesthetic functionality is best conceived as a subcategory of the functionality doctrine. The functionality doctrine is a legal mechanism that serves to insulate from trademark protection those useful features that, if exclusively owned, might allow a single manufacturer to gain a monopoly over an entire industry. Aesthetic functionality represents one permutation of this doctrine and stands for the notion that certain design features may be competitively valuable-and thus ineligible for trademark protection because of their particular ability to generate consumer appeal.”¹²

2.3. Relevant International Sources (TRIPS, Paris Convention)

Internationally, color trademarks are subject to a variety of legal frameworks. The TRIPS Agreement (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)¹³ sets minimum standards for the protection and enforcement of intellectual property rights, including trademarks. Under Article 15 of the TRIPS Agreement, members are required to provide protection for distinctive signs, and color marks are treated as one of the potential categories of protection. However, the flexibility of national laws allows for differences in how color trademarks are treated.

The Paris Convention for the Protection of Industrial Property¹⁴ from 1883, another key international agreement, focuses on ensuring that trademarks (including colors) are protected as part of the overall intellectual property framework. It establishes principles for the protection of trade-

¹¹ *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc.*, 514 U.S. 159, 115 S.Ct. 1300, [1995].

¹² M. E. Parmenter, “Louboutins and Legal Loopholes: Aesthetic Functionality and Fashion”, *Pepperdine Law Review* 4/2013, 1047.

¹³ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm, 15 Jun 2025.

¹⁴ The Paris Convention for the Protection of Industrial Property, <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>, 15 Jun 2025.

marks, although it does not provide specific guidelines on color trademarks. As such, the application of color as a trademark can vary significantly from country to country, influenced by both national laws and international treaties.

3. CASE STUDY: CHRISTIAN LOUBOUTIN

The analysis of the Christian Louboutin case begins with an examination of the emergence of the red sole as a brand, and continues with the review of major legal disputes related to the infringement of the Christian Louboutin color trademark in comparative jurisprudence. Representative case law from the United States and the European Union are examined, along with more recent case law from India, which is particularly noteworthy for incorporating artificial intelligence into the discourse on color trademark protection.

3.1. The Emergence of the Red Sole as a Brand

Over the years, French shoe fashion designer, Christian Louboutin, developed the signature mark of coloring the outer sole of the women's shoes he designed in a particular shade of red.

The recognizable red soles of Christian Louboutin, in Pantone 18 Chinese Red, were created by chance while the designer was working on a prototype. He saw his assistant painting her nails and was inspired to take a bottle of nail polish and paint the underside of a pair of shoes. Since he created his iconic red soles 33 years ago (in 1992), they have become synonymous with the brand and its creator.

“Though many people cannot pronounce his name correctly (*Lu-bu-TAHn*), his signature red sole is instantly recognizable. When Hollywood starlets cross red carpets and high fashion models strut down runways, and heads turn and eyes drop to the celebrities' feet, lacquered red outsoles on high-heeled, black shoes make a glamorous vivid statement.”¹⁵ Today, it's hard to imagine any glamorous event or fashion show without Louboutin's red soles.

The red sole became a symbol of exclusivity and high-end fashion, and over time, Louboutin sought to protect this distinctive feature legally. In 2008, Louboutin applied for a trademark for the red sole, and his application was granted in several jurisdictions. “A colored sole so famous that the shoe designer has owned a US trademark for red soles on the bottom of

¹⁵ F. Grillo, “Aesthetic functionality: can a single colour on a fashion item act as a trademark?”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2/2013, 155.

the footwear since 1 January 2008.”¹⁶ The trademark registration in the United States became a pivotal part of the brand’s strategy to maintain the unique appeal of its footwear. Louboutin’s red sole was recognized not just as a color, but as a trademark that had acquired secondary meaning in the minds of consumers, signifying a high-end product linked to a particular brand.

Following the growing reputation of Christian Louboutin shoes as a fashion statement, other shoemakers were inspired by the design of an outer sole in a particular shade of red. In response, Louboutin initiated various trademark infringement suits around the world, and different defenses were raised by the alleged infringers.

3.2. The United States of America – Christian Louboutin S.A. v Yves Saint Laurent America

In the United States, color trademarks are recognized under Section 2(f) of the Lanham Act, which allows for the registration of a mark that has acquired secondary meaning in the marketplace. As established in cases such as *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*,¹⁷ the Supreme Court in the U.S. held that colors could function as trademarks if they identify and distinguish the source of goods.

The dispute between Christian Louboutin and Yves Saint Laurent America (YSL) began in 2011 when YSL launched a line of monochromatic red shoes, featuring red soles identical to Louboutin’s signature red. Louboutin filed a lawsuit against YSL, claiming that their use of the red sole on a red shoe violated Louboutin’s trademark rights, resulting in confusion among consumers. Louboutin sought a preliminary injunction to halt irreparable harm to its brand and to forestall the potential destruction of its world famous, federal registered Red Outsole Mark.¹⁸

In the District Court (Southern District of New York),¹⁹ the judge ruled that Louboutin’s red sole mark could not be protected because the red sole was an aesthetic feature of the product and not a functional element. The court also determined that granting exclusive rights to a color (especially one used in fashion) would hinder competition by limiting designers’ creative freedom. The court further emphasized that the aesthetic appeal of

¹⁶ *Ibid.*, 156.

¹⁷ *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc.*, 514 U.S. 159, 115 S.Ct. 1300, [1995].

¹⁸ F. Grillo, 156.

¹⁹ *Christian Louboutin S.A. v YVES SAINT LAURENTAMERICA, INC.*, 778 F. Supp. 2d 445, S.D.N.Y., 2011.

color in fashion played an important role in competition and that no single color could be monopolized as a trademark in the fashion industry.²⁰

“Holding that a 'single colour for fashion items' is never subject to protection, the District Court carved out an exception to the protection afforded to colour trademarks by the Lanham Act and by the Supreme Court in *Qualitex*. It has created a distinction without a difference and it has derived the rule not from any prior cases, but from its own premise that, by (questionable) analogy to great painters, designers in the fashion industry may not be deprived of access to any colour or shade of colour in their work of devising new designs for fashion apparel and accessories. What is more, the Court's *a priori* rule lacks any support in the Lanham Act or in the law of trademarks. On the contrary, the law requires a fact-specific analysis of the particular design/device in the context in which it operates as a source identifier to determine whether there is undue hindrance of competition. Put another way, the benefits to commerce of trademark protection must be balanced against any limitations on competitors; if the hindrance to competition is small or *de minimus*, trademark rights will be upheld.”²¹

Expressing discontent with the court's ruling, Louboutin's lawyers appealed the decision of the District Court in October 2011.

The Second Circuit Court of Appeals, however, reversed the District Court's decision in part. The appellate court agreed that the red sole was not an essential or functional element of the shoe but instead was used to identify the brand. The court found that Louboutin's red sole mark had acquired secondary meaning, as evidenced by consumer recognition and the association of the red sole with Louboutin's brand. However, the court also held that the mark could not extend to situations where the red sole was used in a monochromatic red shoe (as in YSL's case), because consumers did not associate the red sole with Louboutin in that context. The appellate court modified the scope of Louboutin's trademark protection, limiting it to situations where the red sole contrasts with the upper of the shoe.

Louboutin's own consumer surveys show that when consumers were shown the YSL monochrome red shoe, of those consumers who misidentified the pictured shoes as Louboutin-made, nearly everyone cited the red sole of the shoe, rather than its general red colour. The record demonstrates that Louboutin has not established secondary meaning in an application of

²⁰ R. A. Debrow Cornett, “Seeing Red: A Critical Analysis of Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc”, *Alabama Law Review* 2/2013, 539–565.

²¹ F. Grillo, 159–160.

a red sole to a red shoe, but only where the red sole contrasts with the 'upper' of the shoe.²²

“Pursuant to Section 37 of the Lanham Act, the Court of Appeal has therefore modified the Red Sole Mark and has instructed the Director of the Patent and Trade Office to limit its registration to only those situations in which the red lacquered outsole contrasts in colour with the adjoining 'upper' of the shoe.”²³

This decision emphasized the importance of consumer perception and the role of secondary meaning in the protection of non-traditional trademarks like color. While Louboutin’s red sole was deemed distinctive and protectable in the context of contrasting shoes, the decision also reflected the balancing act courts must perform between protecting brand identity and ensuring competition remains fair in industries where aesthetics play a significant role.

In the case of *Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent*, the Second Circuit Court of Appeals ruled that Louboutin’s trademark was valid only when the red sole contrasted with the upper part of the shoe. This reflects the U.S. legal system’s nuanced approach, where color can be a trademark only if it meets the criteria for distinctiveness, and the context in which the color is used is key to determining whether it functions as a source identifier.

One unique feature of U.S. trademark law is the aesthetic functionality doctrine, which holds that a feature of a product that is aesthetically desirable and crucial to its competitive success may not be protected by trademark law. However, this doctrine was not applied to Louboutin’s red sole, as the court found no functional advantage in the red color itself.

3.3. The European union – Christian Louboutin and Christian Louboutin Sas v van Haren Schoenen BV

Following the growing reputation of Christian Louboutin shoes as a fashion statement, other shoemakers all over the world, including the EU, were inspired by the design of an outer sole in a particular shade of red. In response, Louboutin initiated various trademark infringement suits around the EU, and different defenses were raised by the alleged infringers.

One of the most important infringement suits was initiated in Netherland in May 2013, and its significance lays in the fact that the Dutch court decided to stay the proceedings and refer the matter to the CJEU for a preliminary ruling.

²² *Ibid.*, 161.

²³ *Ibid.*

As for the merits of the dispute, Louboutin claimed trademark infringement by the Dutch shoemaker Van Haren. In defense, Van Haren raised the provision of the then-relevant Article of the 2008 Trademarks Directive, which defines signs that cannot constitute a trademark: “Signs which consist exclusively of: (...) the shape which gives substantial value to the goods.”²⁴ In other words, Van Haren raised the defense of aesthetic functionality.

Given the importance of this legal question, the Dutch court decided to stay the proceedings and refer the matter to the CJEU for a preliminary ruling.²⁵

Very wisely, the Advocate General initially discussed how Christian Louboutin's mark is to be characterized. While it was previously mostly described as a mere color mark, the Advocate General described the mark as a sign consisting of the shape of the goods and sought protection for a color in relation to that shape. As a side note, the mark may be even more precisely described as a position mark in a certain color, i.e., that the outer sole is kept in a certain red that is defined by the Pantone color code.²⁶

Regarding the core issue of the case—whether such trademark is prohibited by aesthetic functionality according to the 2008 Trademarks Directive—the Advocate General suggested that such findings must exclusively relate to the intrinsic value of the shape and must not take into account the attractiveness of the goods flowing from the reputation of the trademark or its proprietor.²⁷

To put it differently, the fact that Christian Louboutin persuaded the fashion world to associate an outer sole of a woman's shoe in a particular shade of red with him cannot be to his detriment. He could have chosen yellow, blue, or green, but he chose this particular shade of red.²⁸

It was quite a surprise that the decision of the Great Chamber gave even broader protection to Christian Louboutin's trademarks. It simply stated in a rather short decision that a sign consisting of a color applied to the sole of a high-heeled shoe does not consist exclusively of a *shape*, within the meaning of the 2008 Trademarks Directive. In other words, the

²⁴ Article 3, subs. (1), letters (e) (iii) of the Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *OJ L* 299, 8.11.2008.

²⁵ Case C-163/16, *Christian Louboutin and Christian Louboutin Sas v van Haren Schoenen BV* of 12 June 2018.

²⁶ CJEU Confirms that Louboutin's Red Outer Sole Can Be a Trademark, <https://www.jonesday.com/en/insights/2018/07/cjeu-confirms-that-louboutins-red-outer-sole-can-b>, 16 Jun 2025.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

court regarded Christian Louboutin’s trademarks as mere color marks, therefore not a color mark relating to a particular shape and thus not falling within the named provision.

However, the CJEU decision only postpones the interesting issue of further defining *aesthetic functionality*. The Trademarks Directive of 2015²⁹ states that “signs which consist exclusively of the shape, *or another characteristic*, which gives substantial value to the goods” cannot be a trademark. By adding the wording “or another characteristic”, nontraditional trademarks other than three-dimensional trademarks may now fall under this provision. Therefore, for any trademarks under the 2015 Trademarks Directive, the issue of aesthetic functionality had to be revisited.

The ruling from the CJEU raised important issues about the limits of color trademarks in fashion. While it recognized that colors can serve as a distinctive mark, it set a high threshold for proving that the use of a single color could be associated with a single brand. This decision has sparked further discussions in the EU about the viability of color trademarks in fashion, particularly when compared to the more flexible approach taken by the U.S. legal system.

In the European Union, the protection of color trademarks has been more restrictive. Under the EU Trade Mark Regulation, the Court of Justice of the European Union has set a high bar for color marks, requiring them to demonstrate not only that the color is distinctive but also that it is capable of distinguishing the goods of one enterprise from those of another.

The EU’s emphasis on distinctiveness is even more pronounced in the context of fashion. Unlike the U.S., where Louboutin was able to establish secondary meaning for his red sole, the CJEU determined that the use of color alone was not enough to justify trademark protection. This illustrates the EU’s stricter interpretation of what constitutes a valid trademark and the higher level of evidence required to prove distinctiveness.

Additionally, the EU’s trademark law reflects a balance between protection and competition, where the courts are cautious about granting exclusive rights to colors that could stifle competition in creative industries

²⁹ Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) [2015] *OJ L* 341/21 (since 30 September 2017 no longer in force).

like fashion. In fact, EU law tends to view color as an aesthetic feature, which must be carefully scrutinized to ensure it does not unduly limit the creativity of other designers.

3.4. Court Decision in India – Shutiq Case and the Role of AI-Evidence

India’s approach to color trademarks is still evolving, but recent cases such as the Shutiq case indicate that India is increasingly looking to international standards for guidance. While India recognizes color as a potential trademark, its Trade Marks Act (1999) requires that the color must have acquired distinctiveness in the market before it can be registered.³⁰ As in the U.S., secondary meaning is essential, but India’s legal system also introduces an element of market competition and the influence of consumer perceptions.³¹

In the Shutiq case, the Indian courts examined whether a color mark could be monopolized without significantly hindering competition. The case involved the use of a specific color pattern by a local designer, who sought to prevent a competitor from using a similar design. This is similar to the aesthetic functionality doctrine in the U.S., where courts assess whether granting trademark protection for a color could stifle competition. India has also started incorporating artificial intelligence (AI) and digital tools in its analysis, helping courts better understand consumer perceptions and trends in color branding. The case highlighted the growing importance of artificial intelligence and digital tools in trademark disputes, with AI being used to analyze consumer perceptions and track brand recognition. The Shutiq case demonstrated that color trademarks in India are increasingly subject to technological advancements, and AI-based evidence may play a role in establishing secondary meaning and consumer recognition of color marks.³²

However, India’s approach is still developing, and there is less established case law compared to the U.S. and the EU. Nevertheless, India’s growing market for fashion and design-related trademarks means that the country is likely to see more cases related to color trademarks in the near

³⁰ P. Kaushik, Nisha, “The Role of Trademarks in the Fashion Industry”, *Jus Corpus Law Journal* 4 2/2024, 48–59

³¹ S. Sainath, “A Critical Comparative Analysis of the Contemporary Challenges Revolving Non-Conventional Trademarks and Its Registerability in India and the USA”, *Indian Journal of Law and Legal Research* 4/2022, 1–19.

³² *Ibid.*

future, with courts continuing to adapt the existing framework to the nuances of the fashion industry.³³

4. CONCLUSION

The primary objective of trademark law is to enable consumers to identify and select products based on consistent quality, while simultaneously safeguarding the producer’s goodwill within the marketplace. The capacity of a mark to distinguish the source of goods is not established by designers—whether in the fashion industry or other consumer product sectors—but rather by consumer perception. In the absence of such an association between a color or design and a specific brand or origin, the design cannot function as a trademark. “But, to give a concrete example, if I – as consumer – recognize red soles as emanating from Louboutin, yellow arches as identifying a McDonald’s restaurant, a red pocket tab signifying Levi’s jeans, plaid as indicating Burberry trench coat and a blue box as indicating jewellery from Tiffany, then the colour and design has reached its goal, it does indeed act as a trademark.”³⁴

The concept of color as a trademark remains viable and relevant in modern trademark law, but its protection must be approached with careful consideration of the distinctiveness of the color, its aesthetic functionality, and its impact on competition. The U.S. has established a relatively flexible framework for color trademarks, while the EU remains more restrictive, ensuring that color marks are only granted in truly distinctive cases. India, with its evolving trademark landscape, is likely to adopt more robust protection as it continues to align with international standards.

For color trademarks to be sustainable, the law must ensure that it strikes a balance between enabling brand recognition and avoiding monopolies that restrict competition. Future developments in AI and the digital market may further shape how color trademarks are understood and applied, allowing for more nuanced and fair decisions that account for the changing nature of consumer behavior and global competition.

³³ *Ibid.*

³⁴ F. Grillo, 165.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Ćeranić Perišić, Jelena, *Odgovornost internet posrednika za povredu žiga*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020;
2. Debrow, Cornett, A. Rhojonda, “Seeing Red: A Critical Analysis of Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc”, *Alabama Law Review* 2/2013;
3. Grillo, Federica, “Aesthetic functionality: can a single colour on a fashion item act as a trademark?”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2/2013;
4. Farmer, Christina, “Red in the Eye of the Beholder: The Case for Aesthetic Functionality”, *Berkeley Technology Law Journal* 28/2013;
5. Hocking, H. Anne, Desmousseaux, Anne, “Why Louboutin Matters: What Red Soles Teach Us about the Strategy of Trade Dress Protection”, *Trademark Reporter* 6/2015;
6. Kaushik Priya, Nisha, “The Role of Trademarks in the Fashion Industry”, *Jus Corpus Law Journal* 4 2/2024;
7. Marković, Slobodan, Popović, Dušan, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013;
8. Diane, E. Moir, “Trademark Protection of Color Alone: How and When Does a Color Develop Secondary Meaning and Why Color Marks Can Never Be Inherently Distinctive”, *Touro Law Review* 2/2011;
9. Parmenter, E. Margot, “Louboutins and Legal Loopholes: Aesthetic Functionality and Fashion”, *Pepperdine Law Review* 4/2013;
10. Sainath, Sumedha, “A Critical Comparative Analysis of the Contemporary Challenges Revolving Non-Conventional Trademarks and Its Registrability in India and the USA”, *Indian Journal of Law and Legal Research* 4/2022;
11. Vlašković, Božin, „Trodimenzionalni žigovi i žigovi u boji”, *Pravo i privreda* 7–9/2011;
12. Wang, Xiaoren, “Aesthetic Functionality at a Crossroads: What a Troublesome Doctrine Can Learn from Its Past”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 3/2020.

Legal documents

1. Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *OJL* 299, 8.11.2008;
2. Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark and repealing Commission Regulation (EC)

No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) [2015] *OJ L* 341/21 (since 30 September 2017 no longer in force).

Court decisions

1. *Qualitex Co. v Jacobson Products Co., Inc.*, 514 U.S. 159, 115 S.Ct. 1300, [1995];
2. *Christian Louboutin S.A. v YVES SAINT LAURENT AMERICA, INC.*, 778 F. Supp. 2d 445, S.D.N.Y., 2011;
3. Case C-163/16, *Christian Louboutin and Christian Louboutin Sas v van Haren Schoenen BV* of 12 June 2018.

Internet sources

1. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm, 15 Jun 2025;
2. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property, <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>, 15 Jun 2025;
3. CJEU Confirms that Louboutin's Red Outer Sole Can Be a Trademark, <https://www.jonesday.com/en/insights/2018/07/cjeu-confirms-that-louboutins-red-outer-sole-can-b>, 16 Jun 2025.

Проф. др Јелена Ђеранић Перишић, редовни професор, научни
саветник

Институт за упоредно право, Београд

ЗАШТИТА ЖИГА У БОЈИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – СТУДИЈА СУДСКЕ ПРАКСЕ У ВЕЗИ СА ЖИГОМ *CHRISTIAN LOUBOUTIN*

Сажетак

На савременом конкурентном тржишту, жигови у боји представљају посебно контроверзан аспект права интелектуалне својине, јер замагљују границу између естетске привлачности и функције означавања порекла производа. Овај рад истражује правну одрживост жигова у боји кроз призму упоредноправне судске праксе у предмету који се односи на црвени ђон обуће *Christian Louboutin*. У уводном делу рада излаже се теоријски и правни оквир регистрације жигова у боји, укључујући појмове примарног и секундарног значења, као и доктрину естетске функционалности. Затим се анализира судска пракса у предмету *Louboutin* као полазна тачка за разматрање ширег спектра правних изазова у вези са заштитом права на коришћење боје као жига у модној индустрији. Кроз анализу судских одлука у Сједињеним Америчким Државама, Европској унији и Индији, рад испитује како различити правни системи тумаче и примењују принципе дистинктивности, секундарног значења и естетске функционалности.

Кључне речи: *Жиг у боји; Жиг Christian Louboutin; Естетска функционалност; Упоредно право; Судска пракса.*

Full Professor Tadeusz Zembrzusi, LL.D. Hab.

Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, Republic of Poland

SANCTIONS FOR ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS IN POLISH CIVIL PROCEEDINGS

The abuse of law phenomenon, including cases of abusing procedural law, has been attracting the attention of legal scholars and practitioners for years, legal traditions or experience of individual states notwithstanding. The definition of abuse of procedural rights in Polish civil proceedings has been tied to the obligation of related parties and participants to proceed in conformity to the principle of fairness (honeste procedere). Classifying a specific action as abuse of procedural rights should trigger a forceful judiciary response. Two types of sanctions have been provided for as applicable in judicial proceedings wherein conduct qualifiable as violation of procedural law has been identified: litigatory and fiscal sanctions, respectively.

Applied immediately upon discovery, litigatory sanctions have been designed to counteract adversely evaluated actions engaged in by parties to proceedings. They are enforced against specific processual institutions (such as a motion to exclude a judge, or complaint filed contrary to its intended purpose). Upon discovery of such a procedural measure, its legal effect is nulled. The other sanction type is primarily quasi-penal in nature. In the final trial resolution phase, parties may face specific financial consequences (such as a fine or obligation to reimburse any legal fees and expenses, the outcome of proceedings regardless).

Key words: Abuse of law; Abuse of procedural rights; Civil proceedings; Sanctions for the abuse of law; Litigatory sanctions – ineffectuality of a processual measure; Fiscal sanctions – fine or obligation to cover any legal fees and expenses.

1. INTRODUCTION

The abuse of law concept is a multifaceted theme with multiple cultural and axiological references.¹ Progressive rise in the complexity of legal relations, increasing societal awareness, ongoing changes in civic mentality, and the influence of other non-normative factors all contribute to the growing phenomenon of individuals abusing their authority in ways opposing its original purpose. The use of law – specific provisions of the law – inconsistently with the legislator's intent, and/or with the science of law or legal practice, while responded to disparagingly, continues to be repeated by one entity after another, all driven by desire to exercise own rights and interests before courts of law. The phenomenon of abusing law, procedural law included, has been attracting the attention of scholars of law for years, the legal tradition or experience of individual states notwithstanding, the concept itself scrutinised by civil, criminal² and administrative law specialists alike.

Individual states have been attempting to resolve the issue through assorted solutions on the normative, doctrinal, and/or case law-related level. The above justifies comparative legal studies, and reaching for the experience of other countries and legal systems basing on different goals and assumptions. Some legal orders apply constitutional-level regulations, while others reach for regulations based on general clauses concerning abuse of procedural rights – or regulations wherein doctrine and case law are combined to form a concept of procedural law abuse determined by the interpretation of specific provisions. Such reflections are observable in European and non-European legal orders alike.³

A comparison of regulations and legal practice across German-speaking countries with regard to procedural law abuse yields a full array of solutions – from complete absence of norms, the concept rejected both in doctrine and case law (Austria), to attempts at establishing the institution in doctrine through a somewhat stunted regulation (Germany), and rules as elaborate as they are comprehensive (Switzerland). In principle, legislations of French-speaking countries include detailed regulations concerning the abuse of procedural rights. Legal orders of Iberian Peninsula countries, on the other hand, are rather restrained in terms of regulating the

¹ J. Kaczor, "Nadużycie prawa i obejście prawa w ujęciu teoretycznoprawnym", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022, 30.

² Given the nature of regulations involved, criminal law proceedings are considerably more cautious and restrained when it comes to procedural law abuse.

³ M. Taruffo, "Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness", (ed. M. Taruffo), *Kluwer Law International*, The Hague – London – Boston 1999, passim.

concept in question.⁴ Be that as it may, all share the assumption of the judiciary and parties to a case being obliged to conform to rules of honest and loyal proceedings, in a reflection of the *bona fides* substantive law concept.⁵

While responded to in Polish adjudication on multiple occasions, the phenomenon of procedural law abuse has only seen any legislative interference several years ago, prompting lawyers to seek answers to questions regarding the actual essence behind abuse of law, and sanctions tying in with individual parties' conduct considered undesirable for reasons of the underlying purpose, instrumentalization of procedural rules or institutions, or processual responsibilities.

It goes without saying that classifying a specific act as abuse of procedural rights should trigger a forceful judiciary response. The question remains open as to whether and what kind of judicial measures catalogue ought to be set up in a procedural act of law, and how far-reaching solutions incorporated into procedural law should and could be. The purpose of this paper is to showcase the Polish experience, including a catalogue of legal solutions and the effectuality of sanctions designed to prevent and curb forms of parties' conduct qualified as abuse of procedural authority.

2. ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS IN POLISH CIVIL PROCEEDINGS

Early analyses of the phenomenon of law abuse in Polish civil proceedings date back to the 1930s. Already then, it was ascertained that "*while it is conceivable that parties do not apply the judicial process form for non-procedural purposes and refrain from using subversive measures in court proceedings, certain ways of handling proceedings or the use of certain measures should in themselves be considered immoral*".⁶ It was pointed out that untethered capacity for initiating and conducting civil litigation can open doors to abuse of procedural authority.⁷ Yet the idea of codifying the prohibition of procedural authority abuse was abandoned,⁸

⁴ A. Grebieniow, "Nadużycie uprawnień procesowych w ustawodawstwach innych państw", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022, 46.

⁵ K. Gajda-Roszczyńska, "Nadużycie prawa w europejskim prawie procesowym cywilnym", *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (eds. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019, 524.

⁶ M. Allerhand, *Podstęp w procesie*, Lviv 1907, 326.

⁷ E. Waśkowski, *Podręcznik procesu cywilnego*, Vilnius 1932, 169.

⁸ The introduction of a regulation obliging parties to exercise their rights in conformity to the goodwill principle was considered in the 1960s. K. Piasecki, "Nadużycie praw procesowych przez strony", *Palestra* 11/1960, 22.

the burden of developing the concept as such shifted onto case law.⁹ A fragmented approach to the phenomenon of procedural law abuse prevailed for years, financial sanctions tied to cost of proceedings-related rulings the most extreme measure applied.¹⁰ It was, however, pointed out time and again that tolerance for parties taking advantage of their rights in any way they see fit is hardly reconcilable with the right to fair trial protected under the Constitution – or with international law standards.¹¹ In informal terms, the injunction on abusing abuse authority was derived from the essence (purpose) of procedural law, right to fair trial, and principles of civil proceedings – rules of formalism and due process in particular.¹²

A definition of law abuse (abuse of procedural rights) was only incorporated into Polish law in 2019,¹³ i.e. once jurisprudence had developed specific measures to prevent the abuse of procedural rights. The definition has been linked to the parties and participants' duty of conforming to the rule of fair judicial proceedings (*honeste procedere*).¹⁴ Pursuant to Article 4¹ of the Code of Civil Procedure,¹⁵ "*parties or participants to proceedings shall not make use of any entitlement laid out in the rules of procedure contrary to the purpose for which it has been established (abuse of procedural rights)*". The provision applies to all rights without any restriction or exclusion.¹⁶ The catalogue of procedural actions classifiable as procedural law abuse is open, remarkably broad and innumerable.¹⁷ Courts of law shall in each case determine the desired processual purpose achievable as a

⁹ Supreme Court judgement of May 23rd 2013, Ref. No. II CSK 250/12, OSNC 1/2014, item. 8; Supreme Court resolution of December 11th 2013, Ref. No. III CZP 78/13, OSNC 9/2014, item 87; Supreme Court judgement of July 27th 2018, Ref. No. V CSK 384/17, LEX No. 2525421.

¹⁰ J. Gudowski, "Nadużycie prawa procesowego cywilnego w postępowaniu rozpoznawczym (in ampliore contextu)", *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (eds. P. Grzegorzczuk, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019, 27.

¹¹ K. Osajda, "Nadużycie prawa w procesie cywilnym", *Przegląd Sądowy* 5/2005, 67.

¹² T. Cytowski, "Procesowe nadużycie prawa", *Przegląd Sądowy* 5/2005, 86.

¹³ Law of July 4th 2019 amending the Code of Civil Procedure Law and selected other laws (*Journal of Laws* 2019, item 1469).

¹⁴ K. Weitz, "Nadużycie „prawa” procesowego cywilnego", *Polski Proces Cywilny* 1/2020, 11.

¹⁵ Code of Civil Procedure Law of November 17th 1964 (uniform text: *Journal of Laws* 2023, item 1550, as amended). Hereinafter referred to as "the CCP".

¹⁶ E. Gapska, "Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. I – Klauzula generalna", *Monitor Prawniczy* 15/2019, 818.

¹⁷ R. Obrębski, "Nadużycie uprawnień procesowych w zakresie środków zaskarżenia w postępowaniu cywilnym", *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (eds. P. Grzegorzczuk, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019, 147.

result of action taken by the given party. Subsequently, the purpose behind the given processual institution shall be related to the party's actual goal. To that end, the intent and objective individual entities were driven by shall be assessed. Finding to the effect of abuse shall involve an evaluation of exercising procedural authority to aforesaid purpose.¹⁸

Parties and participants to judicial proceedings are expected to act with integrity, fairness and loyalty,¹⁹ the absence of which perceived adversely by the Polish legislator. Procedural law abuse shall nonetheless be separated from acting *contra legem*. Actions contradicting procedural law provisions shall not be interpreted as abuse as defined by the regulation quoted herein. Abuse of law classification shall only be conferred upon action taken within the limits of law – processually lawful – yet for reprehensible reasons.²⁰

The processual design of procedural law abuse pursuant to Article 4¹ of the CCP references the general morality and good practice clause specified in Article 3 of the CCP. According thereto, parties and participants to proceedings are obliged to take procedural measures in conformity to rules of morality and good practice, provide truthful clarifications regarding any circumstances of the case without omission, and give evidence as required.

Norms ensconced in Article 3 and Article 4¹ of the CCP, respectively, are fundamentally different. The former has been phrased in the form of an order, the latter – of a prohibition. When pondering the connection between the two, it becomes significant that while Article 3 of the CCP commands that procedural measures be taken in conformity to rules of morality and good practice, Article 4¹ of the CCP alludes to conduct involving the use of authority extended in proceedings-related regulations in ways incompatible with the purpose to which they were established.

Aforementioned differences notwithstanding, it is notable that the concept of abusing procedural rights has in Polish law been linked to specific conduct of parties to judicial proceedings – which conduct, despite conforming to formal requirements listed in procedural law, shall in specific circumstances be disqualified as found to be contradicting ethical standards and/or principles of procedural law. Conversely, procedural law abuse shall not relate to measures taken by the judiciary.²¹

¹⁸ T. Zembrzusi, "Nadużycie prawa procesowego de lege lata", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022, 156.

¹⁹ A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warsaw 2012, 535.

²⁰ A. Kubas, "Nadużycie prawa procesowego – próba oceny ostatnich zmian legislacyjnych", *Palestra* 11–12/2019, 169.

²¹ M. G. Plebanek, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warsaw 2012, 545.

3. TYPES OF SANCTIONS APPLIED IN CASE OF PROCEDURAL LAW ABUSE

While defining the essence of procedural law abuse or identifying the need for prohibiting related conduct raises no doubt, defining appropriate sanctions for breaching procedural law has proven to be a major difficulty.²² Matters giving rise to differences in the legal scholars' community include the question of whether establishing a general procedural sanction is expedient and at all possible. Sanctions diverse in form and nature – repressive and preventive alike – can certainly be considered. It is noteworthy that Article 4¹ of the CCP only comprises a definition of procedural law abuse, the provision listing no sanctions whatsoever, respective regulations having been shifted to other Code of Civil Procedure provisions.

Isolated sanctions are currently under consideration in the context as well – as response measures restricted to specifically defined procedural authority abuse cases only. Polish law provides for two types of sanctions applicable in judicial proceedings wherein conduct qualifiable as violation of procedural law has been identified: litigatory and fiscal sanctions.

Applied immediately upon discovery, litigatory sanctions are designed to counteract adversely evaluated actions engaged in by parties to proceedings. They are enforced against specific processual institutions. Upon discovery of such a procedural measure, its legal effect is nulled. The other sanction type is primarily quasi-penal in nature. In the final trial resolution phase, parties may face specific financial consequences. The disposition of provisions concerning the two sanction types is founded on separate hypotheses – the court may apply both mechanisms to a single act qualified as procedural rights abuse.

4. LITIGATORY SANCTIONS

The general mechanism of penalising adversely evaluated actions engaged in by parties to judicial proceedings can be of varied design. One could embrace the procedural measure ineffectiveness construct; consider the mechanism of conferring non-existent (*non-existens*)²³ measure status upon the action in question; reference the institution of proceedings invalidity,²⁴ or develop "*non-typical inadmissibility*"²⁵ notions. In Polish pro-

²² T. Ereciński, "Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym, Tezy i wstępne propozycje do dyskusji", *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (eds. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019, 18.

²³ J. Mokry, "Czynności procesowe podmiotów dochodzących ochrony praw w postępowaniu cywilnym", *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo* 1507/1993, 56.

²⁴ T. Zembrzuski, *Nieważność postępowania w procesie cywilnym*, Warsaw 2017, 157.

²⁵ T. Ereciński, 17.

cedural law, the latter has prevailed. The judiciary have been equipped with a tool designed to eliminate procedural outcomes of dishonest, undue and disloyal conduct.²⁶ In this particular case, the intent involved improvements to the swiftness of proceedings in their entirety.²⁷ In contrast to the sanction of dismissal (traditionally linked to inadmissibility), the Law provides for an outcome of "*leaving in the case file with no further action*".

When reaching for litigatory sanctions, the court shall not take action considered a typical aftereffect of a measure applied in a way compatible with its intent, the underlying action not influencing further proceedings in any way. The party's demand will be recognised as not having been filed at all.²⁸ In other words, outcomes expected by the party who had decided to take reprehensible action shall be ignored by continuing with proceedings as if the action had never been taken. This construct breaks with a solution well-established in civil proceedings, assuming the judicial duty to rule on every motion filed by a party or participant to proceedings.²⁹ The assumption that each and every motion of a party thereto should be reflected in a positive or negative decision measure has prevailed in civil proceedings to date.

The litigatory sanction is isolated in nature, applying to four procedural measures initiated once a specific demand has been filed: 1) motion to exclude a judge for the exclusive reason of circumstances associated with an evidence-related judicial ruling, or resubmitted with regard to the same judge and identical underlying circumstances (Article 53¹ of the CCP); 2) resubmitted motion for legal aid, i.e. for the appointment of an attorney or legal advisor *ex officio*, should the party rely on circumstances identical to those which had justified the previous motion having been rejected (Article 117² of the CCP); 3) motion to rectify, supplement or interpret a judgement, filed with exclusive intent to delay proceedings, thus interpreted once a second or successive application has been submitted by the same party in respect of the same judgement (Article 350¹ of the CCP); 4) second or successive complaint filed by the same party in respect of the same decision, and/or a complaint filed in respect of a decision issued in the aftermath of actions resulting from the same party having filed a previous complaint (Article 394³ of the CCP).

²⁶ K. Weitz, 35.

²⁷ M. Dziurda, "Kierunki wykładni obowiązujących przepisów k.p.c. o nadużyciu prawa procesowego", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022, 189.

²⁸ T. Zembrzusi, (2022), 165.

²⁹ A. Jakubecki, "Sankeje za nadużycie uprawnień procesowych w Kodeksie postępowania cywilnego", *Palestra* 11–12/2019, 194.

This catalogue is limited to cases specifically listed therein, the limitation strictly applied and prohibiting any analogies to other actions taken by parties and unspecified by law – as it has been accepted that extending the non-effectuality sanction of "*leaving in the case file with no further action*" to circumstances which have not been clearly regulated would make procedural law unpredictable, non-transparent and uncertain.³⁰

Classifying a procedural action as procedural authority abuse and leaving a motion unexamined requires no separate decision or justification. Respective judicial notification responsibilities have been regulated in detail as well. The party to proceedings will be notified of the inadmissibility of a motion (to exclude a judge; to appoint an attorney or legal advisor; to rectify, supplement or interpret a judgement) or complaint once only. The solution is designed to relieve the court of its duty to respond to successive actions taken by a party whose intent is to obstruct proceedings as a result of continuing to take measures repeated and rejected.

Prima facie it may seem that applying the sanction of leaving a respective motion described in a pleading unexamined is incompatible with the due process principle, potentially giving rise to a risk of the party being deprived of the capacity to protect its rights.³¹ Yet judicial practice has not revealed cases of procedural sanctions having been applied in a grossly defective manner once it was established that a party had abused its procedural rights. Courts tend to resort to the mechanism with caution and restraint. Arbitrariness or excess discretion in applying a severe procedural sanction should not be feared.

5. FISCAL SANCTIONS

General litigatory sanction apart, the Polish legislator has sought "*to establish a sanction non-litigious in nature (legal cost- and interest-related), effective in detailed and general prevention*",³² with intent to introduce a mechanism which – while incapable of eliminating procedural outcomes of actions recognised as procedural rights abuse – should encourage parties to cease and desist when it comes to disloyal, dishonest or undue conduct in judicial proceedings.

³⁰ A. Kubas, 170.

³¹ T. Zembrzuski, "Pozbawienie możliwości obrony praw strony w orzecznictwie Sądu Najwyższego", *Jus est a iustitia appellatum. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu* (ed. M. Tomalak), Warsaw 2017, 573.

³² Justification of the draft Law amending the Code of Civil Procedure Law and selected other laws – (document No. 3137, *Sejm* of the 8th parliamentary term), <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3137>, 33.

Injunctions in response to procedural rights abuse do not assume uniformity of fiscal consequences, as it would be impossible to define a single, unvarying, adequate sanction applicable to diverse symptoms of such violations. As a result, Polish procedural law has been expanded to include as many as four potential procedural mechanisms. Pursuant to Article 226² §2 of the CCP, should the court find that a party has abused procedural rights, it may, in its final ruling in the case: 1) fine the party found guilty of abuse; 2) regardless of the case outcome, account for proportionate delay in trial caused by aforesaid procedural law abuse, and order the party at fault to reimburse a part of the costs of proceedings in excess of the amount indicated by the case outcome, up to and including the full costs of proceedings; 3) on request of the opposing party: a) award costs of proceedings due from the party at fault, the amount increased to reflect the upsurge in the opposing party's case-related workload as a result of abuse of procedural rights;³³ b) increase the interest rate on the amount awarded from the party whose abuse of procedural rights caused a delay in trial, to reflect the time of delay.³⁴ While the fiscal sanction catalogue is limited to cases specifically listed therein (enumerated),³⁵ it does not exclude the capacity for claiming compensation from the opposing party, pursuant to general rules of remedying damage caused by procedural rights abuse.

Pursuant to Article 226² §1 of the CCP, whenever a party's conduct shall – in view of the circumstances of the case – suggest that procedural law has been abused, the court shall instruct such party with regard to being potentially subjected to aforementioned measures. Instructing the party potentially abusing procedural law is a *sine qua non* condition for fiscal sanctions to be applied, the instructions preventive rather than sanction-related in nature. Their intent is to make the party in question aware of a breach of the *honeste procedere* principle, and the risk of facing consequences as a result; that said, any such consequences shall only be defined once proceedings are closed. The measure of instructing the party should be sequential, i.e. applied once a specific breach of rights has been established. The party gains relevant knowledge as a result, learning of the possible consequences of specific actions. A rational analysis of aforesaid information ought to result in the party discontinuing questionable actions, and prevent further conduct diagnosed as procedural rights abuse.³⁶

³³ By no more than twice the original amount.

³⁴ By no more than twice the original rate.

³⁵ Fiscal sanctions arise from other regulations as well. Article 103 of the CCP provides for the option of ordering the party at fault to reimburse all and any costs resulting from negligent and/or manifestly improper conduct.

³⁶ T. Zembrzusi, (2022), 179.

Once it is found that cautioning the party at fault has yielded a desirable outcome, the court should refrain from applying sanctions in its final ruling in the case. Should, however, the party persist in pursuing measures diagnosed as procedural rights abuse with no regard for judicial instructions, individual sanctions ought to be applied.³⁷ A decision regarding the application of fiscal sanctions forms part of the final ruling in the case.

The use of the word "may" as it appears in Article 226² §2 of the CCP assumes the discretionary nature of judicial assessment with regard to resorting to measures specified therein. The successive decision to apply fiscal sanctions, their gradation and severity should account for the delay caused by action of the party at fault. Sanctions can be applied in cumulation, the court's assessment pending. The court shall be obliged to expand its final ruling to include a detailed explanation of the exact conduct with regard to which the party had been instructed, and which in the opinion of the court had met procedural law abuse criteria. The oppressive nature of the analysed institution justifies a conclusion that the use of sanctions ought to be prudent, any doubts resolved in favour of the party potentially exposed to adverse consequences of processual measures taken.

6. IN CLOSING

The judicial process can operate properly and smoothly within a specific context and in conformity to exact rules, the obligation to respect the law necessitating the existence of formalism linked to a duty to interpret legal provisions strictly and with great precision, and apply regulations recognised as the source of rights extended to all parties concerned.³⁸ It seems that dishonest, disloyal and/or undue conduct on behalf of parties and/or participants to judicial proceedings should be mainly prevented by formalism in procedural law.³⁹ The secondary institution of procedural law abuse might be worth reaching for, said institution arising from a belief that procedural law ought to be moral, just, and reflective of a certain axiological system.⁴⁰

In consequence, the very existence of the norm ensconced in Article 4¹ of the CCP or the *honeste procedere* postulate does not warrant due process or integrity in parties or participants' conduct. The presence of an order or prohibition should tie in with a system of sanctions adequate and effective in equal measure, the latter's absence rendering the ban on abus-

³⁷ A. Jakubecki, 190.

³⁸ T. Zembrzusi, (2022), 151.

³⁹ T. Zembrzusi, „Formalizm procesowy a skutki wadliwego oznaczenia pisma procesowego spełniającego wymagania środka zaskarżenia”, *Przegląd Sądowy* 1/2018, 5.

⁴⁰ T. Ereciński, 11.

ing authority illusory, precluding due judicial proceedings as a result. The use of sanctions for procedural law abuse is relatively rare in Polish judicial practice. Notwithstanding the above, it may well be assumed that their codification has been and will to a certain extent be restricting action taken by parties for reasons and to purposes other than those listed in procedural legislation. It can be expected that the catalogue of provisions explicitly introducing further litigatory sanctions for specific conduct constituting procedural law abuse will be expanded in the not-too-distant future.⁴¹

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Allerhand, Maurycy, *Podstęp w procesie* (Subversion in Proceedings), Lviv 1907;
2. Cytowski, Tytus, "Procesowe nadużycie prawa" (Procedural Abuse of Law), *Przegląd Sądowy* 5/2005;
3. Dziurda, Marcin, "Kierunki wykładni obowiązujących przepisów of the CCP o nadużyciu prawa procesowego" (Interpretative Directions of CCP Provisions with Regard to Procedural Law Abuse), *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (Preventing Abuse of Procedural Authority in Judicial Proceedings) (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022;
4. Ereciński, Tadeusz, "Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym, Tezy i wstępne propozycje do dyskusji" (Procedural Law Abuse in Civil Proceedings. Theses and Tentative Discussion Theme Proposals), *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (Abuse of Civil Procedural Law) (eds. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019;
5. Gajda-Roszczyńska, Katarzyna, "Nadużycie prawa w europejskim prawie procesowym cywilnym (Abuse of Law in European Civil Procedural Law)", *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (Abuse of Civil Procedural Law) (eds. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019;
6. Gapska, Edyta, "Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. I – Klauzula generalna" (Preventing Procedural Law Abuse in the Amended Code of Civil Procedure. Part I – General Clause), *Monitor Prawniczy* 15/2019/15;
7. Grebieniow, Aleksander, "Nadużycie uprawnień procesowych w ustawodawstwach innych państw" (Procedural Law Abuse in Other States' Legislative Systems), *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień pro-*

⁴¹ M. Dziurda, (2022), 221.

- cesowych w postępowaniach sądowych* (Preventing Abuse of Procedural Authority in Judicial Proceedings) (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022;
8. Gudowski, Jacek, "Nadużycie prawa procesowego cywilnego w postępowaniu rozpoznawczym (in ampliore contextu)" (Abuse of Procedural Civil Law in Declaratory Proceedings (in ampliore contextu)), *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (Abuse of Civil Procedural Law) (eds. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019;
 9. Jakubecki, Andrzej, "Sankcje za nadużycie uprawnień procesowych w Kodeksie postępowania cywilnego" (Sanctions for Procedural Rights Abuse under the Code of Civil Procedure), *Palestra* 11–12/2019;
 10. Kaczor, Jacek, "Nadużycie prawa i obejście prawa w ujęciu teoretycznoprawnym" (Abuse and Evasion of Law in Legal Theory), *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (Preventing Abuse of Procedural Authority in Judicial Proceedings) (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022;
 11. Kubas, Andrzej, "Nadużycie prawa procesowego – próba oceny ostatnich zmian legislacyjnych" (Abuse of Procedural Law – an Attempt at Assessing Recent Legislative Amendments), *Palestra* 11–12/2019;
 12. Łazarska, Aneta, *Rzetelny proces cywilny* (Due Civil Process), Warsaw 2012;
 13. Mokry, Józef, "Czynności procesowe podmiotów dochodzących ochrony praw w postępowaniu cywilnym" (Procedural Measures Applied by Entities Seeking Protection of Rights in Civil Proceedings), *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo* 1507/1993;
 14. Obrębski, Robert, "Nadużycie uprawnień procesowych w zakresie środków zaskarżenia w postępowaniu cywilnym" (Abuse of Procedural Rights in the Area of Appeal Measures in Civil Proceedings), *Nadużycie prawa procesowego cywilnego* (Abuse of Civil Procedural Law) (eds. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler), Warsaw 2019;
 15. Osajda, Konrad, "Nadużycie prawa w procesie cywilnym" (Abuse of Law in Civil Proceedings), *Przegląd Sądowy* 5/2005;
 16. Piasecki, Kazimierz, "Nadużycie praw procesowych przez strony" (Abuse of Procedural Rights by Parties to Proceedings), *Palestra* 11/1960;
 17. Plebanek, Maciej, Grzegorz, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym* (Procedural Law Abuse in Civil Proceedings), Warsaw 2012;
 18. Taruffo, Michael, "Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness", (ed. M. Taruffo), *Kluwer Law International*, The Hague – London – Boston 1999;
 19. Waśkowski, Eugeniusz, *Podręcznik procesu cywilnego* (Civil Proceedings Textbook), Vilnius 1932;
 20. Weitz, Karol, "Nadużycie „prawa” procesowego cywilnego" (Abuse of Procedural Civil Law), *Polski Proces Cywilny* 1/2020;

21. Zembrzusi, Tadeusz, "Formalizm procesowy a skutki wadliwego oznaczenia pisma procesowego spełniającego wymagania środka zaskarżenia" (Procedural Formalism v. Defective Designation of Pleadings Meeting Appeal Measure Requirements), *Przegląd Sądowy* 1/2018;
22. Zembrzusi, Tadeusz, "Nadużycie prawa procesowego de lege lata" (Procedural Law Abuse de lege lata), *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (Preventing Abuse of Procedural Authority in Judicial Proceedings) (ed. J. Kosonoga), Warsaw 2022;
23. Zembrzusi, Tadeusz, *Nieważność postępowania w procesie cywilnym* (Invalidity of Civil Proceedings), Warsaw 2017;
24. Zembrzusi, Tadeusz, "Pozbawienie możliwości obrony praw strony w orzecznictwie Sądu Najwyższego" (Depriving Parties of the Capacity to Defend their Rights in Supreme Court Case Law), *Ius est a iustitia appellatum. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu* (Ius est a iustitia appellatum. Commemorative Volume Dedicated to Professor Tadeusz Wiśniewski) (ed. M. Tomalak), Warsaw 2017.

Проф. др Тадеуш Зембрзуски

Правни факултет Универзитета у Варшави, Република Пољска

САНКЦИЈЕ ЗА ЗЛОУПОТРЕБУ ПРАВА У ПОЉСКОМ ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

Феномен злоупотребе права, укључујући случајеве злоупотребе процесног права, годинама привлачи пажњу правних стручњака и практичара, без обзира на правну традицију или искуство појединачних држава. Дефиниција злоупотребе процесних права у пољском парничном поступку везана је за обавезу странака и учесника да поступају у складу са принципом правичности (*honeste procedere*). Класификација одређене радње као злоупотребе процесних права требало би да покрене снажан судски одговор. Предвиђене су двије врсте санкција које се примјењују у судским поступцима у којима је утврђено понашање које се квалификује као повреда процесног права: парничне и фискалне санкције.

Примјењене одмах по откривању, парничне санкције су осмишљене да се супротставе негативно оцијењеним радњама које предузимају странке у поступку. Оне се спроводе против одређених процесних институција (као што је захтјев за искључење судије или тужба поднијета супротно њеној сврси). По откривању такве процесне мјере, њено правно дејство се поништава. Друга врста санкција је првенствено квази-казнене природе. У фази коначног рјешавања судског спора, странке се могу суочити са одређеним финансијским последицама (као што су новчана казна или обавеза надокнаде било каквих судских трошкова и издатака, без обзира на исход поступка).

Кључне ријечи: *Злоупотреба права; Злоупотреба процесних права; Парнични поступак; Санкције за злоупотребу права; Парничне санкције – неефикасност процесних мјера; Фискалне санкције – новчана казна или обавеза надокнаде било којих судских трошкова и издатака.*

Full Professor Tina Pržeska, LL.D.
Assistant Professor Tea Lalevska, LL.D.

University "Ss. Cyril and Methodius" in Skopje, Faculty of Law Iustinianus Primus, Republic of North Macedonia

PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHTS IN MACEDONIAN CIVIL LAW AND ITS PRACTICAL IMPLICATIONS

Macedonian civil law, similar to continental European systems, recognizes the concept of abuse of rights. In Macedonian civil law, this concept is embodied in the prohibition of the abuse of rights. The prohibition of the abuse of rights, at its essence, entails a ban on the inappropriate exercise of rights. This paper aims to analyze the regulation concerning the prohibition of the abuse of rights to highlight its role in shaping the limits of freedom when exercising civil law rights. In analyzing the prohibition of the abuse of rights, the paper also aims to demonstrate a clear distinction between this prohibition and the concepts of illegality and torts. Furthermore, considering the practical implications of the prohibition of the abuse of rights, the paper will focus on how this concept is understood and applied in judicial practice.

Key words: Civil law; Property law; Abuse of rights; Torts; Illegality.

1. INTRODUCTION

The Prohibition of the abuse of rights in modern civil law legal systems is implemented to provide a reasonable limitation of the freedom to exercise civil law rights guaranteed by the laws and regulations. Abuse of rights is prohibited in the civil law, even though the free initiative is a core principle, because there needs to be a social balance between individual interests. This is rooted in the idea that rights recognized by civil law can have a socially beneficial function. The prohibition of the abuse of rights is set to ensure that individuals will exercise their rights in their interest,

Tina Pržeska, t.przeska@pf.ukim.edu.mk, ORCID: 0000-0002-3476-2789.

Tea Lalevska, t.lalevska@pf.ukim.edu.mk, ORCID: 0009-0000-8899-0958.

whilst being mindful of the rights of others. Ultimately, everyone should strive to avoid exercising their rights in a manner that is extremely detrimental to the rights of others.

In the attempt to theoretically frame the concept of abuse of rights, scholars have offered different definitions of what constitutes abuse of rights. According to one such definition, the abuse of rights is "improper exercise of one's right that causes damages to third parties".¹ The impropriety is centered around the function and purpose for which the right has been recognized by law. Therefore, if a person exercises his or her right in a manner that doesn't serve the purpose for which the right has been granted and that results in damages for a third party, then that person is considered to have committed an abuse of rights. It is important to underline that the impropriety in exercising one's right does not include illegal actions. On the contrary, abuse of rights exists when the right is exercised within the limits determined by laws, but contrary to the purpose for which this right was recognized by the laws.

There are also definitions of abuse of rights that are more descriptive about what is considered an improper exercise of rights. According to one such definition abuse of rights is "exercising a right contrary to the purpose for which the right has been recognized and protected or contrary to social morals or an exercise of rights that is unusual or useless and causes damages by endangering the rights of others or by creating some sort of discomfort for others".²

Some definitions of abuse of rights focus on the behaviour of the person exercising his or her right. According to those definitions, abuse of rights is a behaviour that resembles an exercise of one's right that, in given circumstances, is perceived as contrary to the morals, its purpose, or the *bona fide* principle and leads to damages for third parties.³ The behaviour that is perceived as abuse of rights, according to this definition, can take on

¹ See: P. Живковска, Т. Пржеска, *Граѓанско право – општ дел*, Европа 92, Скопје 2021, 348; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Увод у граѓанско право*, Пунта, Ниш 2018, 352; О. Станковић, В. В. Водинелић, *Увод у граѓанско право, шесто неизмењено издање*, Номос, Београд 2007, 222; А. Gams, Lj. М. Ђurović, *Uvod u građansko pravo, opšti deo, trinaesto, novim propisima prilagođeno izdanje*, Savremena administracija, Београд 1985, 309.

² Д. Попов, *Граѓанско право, општи део, нето измењено и допуњено издање*, Нови Сад 2007, 301.

³ S. Vukadinović, *Građansko pravo, opšti deo, priručnik za pravosudni ispit*, Pravni fakultet Univerzitet Union, Београд 2021, 55; V. V. Vodinić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava, četvrto izdanje*, Službeni glasnik, Београд 2020, 306.

many forms, such as useless, disproportional, improper, immoral, contradictory, unjust, chicanery, or purposeless.⁴

When defining the abuse of rights, some scholars also introduce the element of intent. According to these definitions, the abuse of rights requires "improper exercise of one's right with the intent to cause damage to third parties".⁵ These types of definitions shed light on the subtlety of the act of abuse of right. Even though a certain behaviour of a person may resemble an act of exercising one's right, it could still be unacceptable under a set of circumstances, due to the presence of the intent to cause damages to another, to harass another, etc.⁶

What we can derive from all these different definitions of abuse of rights is that they are essentially variations of the two well-known concepts of abuse of rights, the subjective and the objective.

The subjective concept of abuse of rights was introduced by the French politician Georges Ripert. It is largely based on the idea of individual responsibility.⁷ This is why the subjective concept of abuse of rights requires intent to cause damages on the part of the person exercising his or her rights. Since the intent to cause damages is a crucial element of the subjective concept of abuse of rights, if such intent does not exist, then there can be no abuse of rights. However, as scholars have noted, this type of rigid concept limits the application of the prohibition of the abuse of rights in practice because not every action on the part of the person exercising his or her right will be taken exclusively with the intent to cause damages to another.⁸ As it is pointed out, one can do both, exercise his or her right for personal gain, and also in a manner and with the intent to simultaneously cause damages to another. This is why, later on, the subjective concept of abuse of rights not only included the intent to cause damages, but also included actions that are contrary to the *bona fide* principle, or contrary to a set purpose.⁹

⁴ More about the development of the institute of abuse of rights, see: V. V. Vodinelić, 305.

⁵ А. Групче, *Имотно (граѓанско право), Општ дел*, Култура, Скопје 1976, 275.

⁶ See: И. Бабић, *Увод у граѓанско право и стварно право, девето измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд 2021, 205.

⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Anthologie du Droit, LGDJ, France 1926; М. Поповић, „Борба за право, злоупотреба права и одговорност као морални појмови“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996, 3.

⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, *Граѓанско право, општи део, друго измењено и допуњено издање*, Ниш 1995, 276; Д. Попов, 300; Н. Перић, *Теорија злоупотреба права и граѓанско законодавство*, Геца Кон, Београд 1912, 26.

⁹ Р. Живковска, Т. Пржеска, 353; V. V. Vodinelić, „Konkretizivanje zabrane zloupotrebe prava“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996, 45; М. Vedriš,

Unlike the subjective concept of abuse of rights, the objective concept of abuse of rights focuses solely on the act of abuse.¹⁰ The act is considered to be abusive if it is contrary to the purpose for which the right has been established, regardless of whether there is or there isn't an intent to cause damage. If the act of exercising one's right is contrary to a set purpose and leads to damages for third parties, then such an act is perceived to be an abuse of rights. By shifting the focus to the act that constitutes abuse of rights, the objective concept of abuse of rights enables a broader application of the prohibition of the abuse of rights in practice. It also provides a level of protection of rights against this type of infringement that aligns with the idea of socially responsible exercise of one's rights. Ultimately, as scholars note, it protects individual and public interests.¹¹

The common thread between these two concepts is the fact that they require the existence of damages to third parties as a basis for the person abusing his or her right to be held liable.

The prohibition of the abuse of rights is a legal instrument that sets limits on the freedom to exercise civil law rights and prevents abusive actions that are to the detriment of the rights of others.¹² Its function is to contribute to reaching the social and moral standards in the exercise of civil law rights, which leads to setting a fair balance between public and private interests. It is worth noting that this function is not exclusively attributed to the prohibition of the abuse of rights. Many civil law institutes share the same function, which is why it is important for a distinction to be made between the abuse of rights, illegality, and torts.¹³ Abuse of rights should not be confused with illegality. Abuse of rights refers to an act of exercising one's right that is not explicitly prohibited by law. A person can abuse his or her right even though that person acts completely according to the laws. What makes otherwise legal acts be considered as abusive is the fact that it is improper to the extent that it causes damage to the rights of others. Illegality, on the other hand, comes into play when a person breaks the law and acts contrary to what the law prescribes as permissible. It needs to be pointed out that the illegality exists every time the law has been broken, even though there are no direct damages to the rights of oth-

P. Klarić, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb 2003, 227–228.

¹⁰ *Ibid.*, 354.

¹¹ More about this, see: R. Kovačević Kuštrimović, „Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava”, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996, 20–21.

¹² See: M. Pavčik, „Subjektivno pravo i njegovo vršenje”, *Zbornik za teoriju prava*, Beograd 1981, 146.

¹³ More about the distinction between the abuse of right and the other institutes, such as illegality and torts, see: P. Живковска, Т. Пржеска, 355–357; И. Бабић, 206; Р. Ковачевић, М. Лазић, 352.

ers. Illegality in its essence violates public interest, so the damage in this situation is more abstract in nature because it harms the public good and not individual private interests. Abuse of rights should not be confused with torts, either. Tort is a civil wrong resulting from an illegal act that is a direct cause of damages to a particular person.¹⁴ What abuse of rights and torts have in common is the consequence. Both the tortious act and the abusive act are directly linked to the damages that a third party has suffered. However, in the case of tort, the harmful act is illegal, and in the case of abuse of rights, the harmful act is not illegal but rather improper.

As some scholars rightfully note, abuse of rights should not be regarded as a form of defrauding the law (*in fraudem legis*).¹⁵ There are some common features between the act of abuse of rights and the act of defrauding the law, because both acts cannot be deemed illegal because they don't break any established rules of conduct. The difference between the act of abuse of rights and the act of defrauding the law is in the fact that the abuse of rights is the direct cause for damages the third party suffers, while the act of defrauding the law is intended to benefit the person who is committing the act with the purpose of avoiding certain legal consequences that the law in question imposes upon that person. This is why defrauding the law does not result in damages for third parties, but it does harm the public interest and the public good that the law was established to protect by imposing duties and obligations on individuals.

2. EMERGENCE OF THE CONCEPT OF ABUSE OF RIGHTS IN CIVIL LAW

The concept of abuse of rights is relatively new, considering that it emerged at the end of the 19th and the beginning of the 20th century. However, the idea of harming others while exercising individual rights had its conception in the Roman Law, even though it was never explicitly expressed as abuse of rights or abusiveness.¹⁶

Looking back into Roman law, the source from which most contemporary civil law institutes have emerged, we note that at the time, the possibility for a person to be held liable for damages caused to a third party while exercising their right was hard to grasp. According to the principles upheld in Roman Law, everyone was free to exercise their rights in any way they deemed fit, as long as they did not act contrary to the governing

¹⁴ About the tort and its contents, see: Р. Живковска, Т. Пржееска, 232–234.

¹⁵ See: Z. P. Rašović, *Stvarno pravo, drugo izdanje*, Beograd 2005, 107.

¹⁶ See: Р. Живковска, Т. Пржееска, 350.

laws.¹⁷ The idea of civil law rights being centered around the person who is granted unlimited freedom to exercise those rights left little to no room for the concept of abuse of rights. This individualistic-centered view on how rights should be exercised was expressed in the maxims "*Qui suo iure utitur, neminem laedit* – The one who uses their right, harms no one" and "*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* – No one seems to act with deceit who uses their rights".¹⁸ However, that doesn't mean that Roman law lacked any standards on how rights should be exercised to achieve a greater good.¹⁹ Such standards were expressed in the Roman praetorian law "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – The precepts of the law are these: to live honourably, to not harm another, to give everyone their due".²⁰ The set standards attest to the fact that dishonest and/or harmful behaviour or lack of equity in exercising one's rights was not tolerated. Some scholars point out that certain types of abuse of rights were even explicitly prohibited in the classic Roman law, such as the chicanery exercise of rights.²¹ They also note that judicial practice was known to sanction abusive behaviour among parties regarding the exercise of their rights.²²

During the Middle Century, there was no notable development of the concept of abuse of right. However, basic limitations on exercising one's rights were established primarily in neighbour relations.²³ Neighbour law is known to regulate how owners should exercise their property rights on real estate, whilst being mindful not to cause harm or inconvenience to other real estate owners who are in their proximity.²⁴ Maybe not explicitly, but this set of rules rests on the idea that real estate owners should not overreach in exercising their rights since that could be harmful to others. This idea is present in the concept of abuse of right as well, only on a more general level.

¹⁷ M. Jovanović, „Da li Gaj i neki drugi pravници svedoče zloupotrebi prava“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996, 78–92; D. D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Savremena Administracija, Beograd 1984, 155; Д. Попов, 299.

¹⁸ M. Jovanović, 78–92.

¹⁹ More about this, also see: B. Eisner, M. Horvat, *Rimsko pravo*, Nakladni Zavod Hrvatske, Zagreb 1948, 235.

²⁰ D. D. Stojanović, 157.

²¹ See: M. Jovanović, 80.

²² Р. Ковачевић Куштримовић, 277; М. Марковић, "La théorie de l'abus des droit comparé", *Thèse*, Devant la Faculté de Droit de L' Université de Lyon, Pour le Doctorate en Droit, Paris 1936, 84.

²³ Р. Живковска, Т. Пржеска, 351.

²⁴ About the neighbour law, see the paper: Р. Живковска, Т. Пржеска, "Соседско право – *De lege lata* и *De lege ferenda*", *Правник, Здружение на правниците на Република Северна Македонија* 343/344, Скопје 2020.

In the 19th century, and especially in the 20th century, when capitalism and the free-market economy were on the rise, the need for balancing between individual interest and public interest became an important social, economic, and legal issue. The individual-centered concept of civil law rights was downgraded while the importance of the socially responsible exercise of one's rights was promoted. This created the perfect climate for the development of the concept of abuse of rights. The most important role in the development of the concept of abuse of rights is attributed to the teachings of the French legal scholar Léon Duguit about the social function of rights.²⁵ The premise of his teachings was that every right has two functions: individual, which caters to personal interest, and social, which caters to public interest. For these two functions to be fulfilled, the freedom in exercising rights needs to be limited and directed toward social goals. The teachings of Rudolf von Jhering about the purpose of the law are also considered to be equally important for the development of the concept of abuse of rights.²⁶ According to his teachings, the law is created to simultaneously protect personal interest and also the greater good, i.e., the public interest.²⁷ Notably, these ideas are at the core of the concept of abuse of rights, regardless of whether it is based on the subjective or objective theory of abuse of rights.

Socialist legal systems in the 20th century also adopted the concept of abuse of rights that was created in capitalist societies. However, socialist legal systems connected the concept of abuse of rights with the need for protecting socialist society and socialist ideology.²⁸ The prohibition of the abuse of rights was considered to be a general limit on the freedom to exercise civil law rights. It prohibited the exercise of one's right contrary to

²⁵ See: L. Duguit, *Les transformation generales du droit prive depuis le Code Napoleon*, Paris 1920, 21, cited in О. Станковић, В. В. Водинелић, 224–226; Р. Карл, *Социјална функција правних института*, Култура, Београд 1960, 168; М. Konstantinović, „Zabрана zlopotrebe prava i socijalizacija prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1925, 182; R. Cvetiћ, „Kriterijumi za utvrđivanje zlopotrebe prava“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1960, 72.

²⁶ О. Станковић, В. В. Водинелић, 221; R. Jhering, „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn“, *6 Jherings Jahrbücher* 1863, 122–123.

²⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 355; М. Лазић, „Генералне клаузуле и злоупотреба права, осврт на схватање проф. Миливоја Марковића“, *Српски цивилисти*, Ниш 1995, 226; М. Marković, „Zloupotreba prava“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava uzdženog rada*, Том III, Београд 1978, 1008.

²⁸ See: Р. Живковска, „Институција злоупотреба на правата – нејзино уредување и примена во СФРЈ“, *Годишник на Правниот факултет*, Том XXXIII, Скопје 1988/89, 453–461; D. Stojanović, „Zloupotreba prava u obligacionim odnosima“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996, 895.

the purpose for which that right was established and recognized by the socialist society and contrary to the socialist morality.

3. THE CONCEPT OF ABUSE OF RIGHTS IN THE MACEDONIAN CIVIL LAW

The concept of abuse of rights is recognized in Macedonian civil law, and it is legislatively expressed through the prohibition of the abuse of rights found both in the Ownership and Other Real Rights Act of 2001 (Ownership Act),²⁹ and the Obligations Act of 2001.³⁰

- According to the Ownership Act, the prohibition of the abuse of right is regarded as one of the general limitations of the right of ownership. In article 9, paragraph 2, the Ownership Act states that "It is prohibited for the ownership right to be exercised contrary to the purpose for which this right has been established and recognized and contrary to society's morals". As we can see from the cited provision, the Ownership Act prohibits exercising the right of ownership in a manner that is without a purpose or in a manner that contradicts established social morality. The criteria for evaluating the existence of abuse of rights according to the Ownership Act are strictly objective. It focuses on the purpose of the right and whether the act of exercising the right serves the set purpose or not. Violating the established morality while exercising the right of ownership is also considered an abuse of rights. The Ownership Act does not require an intent to abuse one's rights to be proven as a basis for liability. In paragraph 3, article 9, the Ownership Act proceeds to specify which forms of exercising the right of ownership are considered to be abusive. According to paragraph 3, article 9, the ownership right cannot be exercised to cause damages or to prevent others from exercising their rights. By examining the provisions of Article 9 of the Ownership Act, we can conclude that the prohibition of the abuse of rights extends to various types of abuse, such as purposeless, immoral, chicanery, and fraudulent acts of abuse.³¹

- The Obligations Act prohibits the abuse of rights in Article 6. As the article states, "It is prohibited for rights arising from obligations to be exercised contrary to the purpose for which they are established and recognized by law". Unlike the Ownership Act, the Obligation Act defines the

²⁹ See: Ownership and Other Real Rights Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 18/01, 92/08, 139/09 and 35/10.

³⁰ See: Obligations Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 18/01, 78/01, 4/02, 59/02, 5/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13, 123/13, and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 215/21, 154/23 and 220/23.

³¹ See: К. Чавдар, К. Чавдар, *Закон за сопственост и други стварни права, Закон за договорен залог, коментари, објаснувања, предметен регистар*, Академик, Скопје 2012, 47–55.

abuse of rights as an act of purposeless exercise of rights arising from obligations. The criteria for determining the existence of abuse of rights in the Obligations Act are also objective. There needs to be an act of exercising one's right that is perceived as inappropriate (purposeless), and it needs to be harmful to the other party (cause damage).³² The intent of the person committing the abuse does not factor in his or her liability for abuse of rights.

By analyzing the laws regulating the prohibition of the abuse of rights in the Macedonian legal system, we can see that they are in line with the objective concept of abuse of rights. Abusive acts (purposeless, immoral, fraudulent, chicanery) that cause damage to third parties are sanctioned. The person committing the abuse of rights faces civil law liability for damages.

The laws prohibiting the abuse of rights give a general and relatively abstract determination of what constitutes abuse of rights. As we have stated, the laws determine two basic criteria for identifying and sanctioning the abuse of rights. The first criterion is determining whether the act of exercising one's right can be considered as improper regarding a certain purpose that the right was established to serve. If the right in question is the right of ownership, the impropriety in exercising the right may be reflected in purposeless, immoral, chicanery, or fraudulent acts on the part of the owner. The second criterion is the existence of some type of damage to a third party that is a direct result of the abusive act. If the abusive act does not lead to any damages to a third party, or the damage was not a direct result of the abusive act, then a person cannot be held liable for abuse of rights. For example, if a person uses his or her property unseemly, but does not directly cause damages to others, then a claim for abuse of rights cannot be filed by anyone.

Abuse of rights is usually committed by some form of action and rarely by way of omission. That being said, it cannot be excluded that some acts of omission can result in damages to third parties. For example, if a person does not take action to prevent the uncontrollable growth of plants on his or her land that obstruct the neighbour's view or cast a large shadow over the neighbouring land, this act of omission can be perceived as abusive and harmful to the rights of others. Omission is not the same as refusing to take a certain action to enable the exercise of the rights of others, and the refusal cannot be considered an abuse of rights. Refusing to assist or to actively enable someone to exercise his or her right is not abusive.

³² Detailed about this, see: К. Чавдар, К. Чавдар, *Коментар на Закон за облигационите односи, коментари, објаснувања, практика, предметен регистар, трето издание и дополнето издание*, Академик, Скопје 2012, 22.

The expectation for someone to assist in the exercise of the rights of others, because it is the right thing to do, places a disproportionate burden on that person that is not justifiable. For example, a person cannot be held liable for an abuse of rights if he or she refuses to sell part of his or her land for his or her neighbour to obtain a building permit for a larger structure on the adjacent land parcel.

The laws can only give abstract guidelines and criteria for determining the existence of abuse of rights. Ultimately, it is up to the courts to evaluate, based on these criteria and the circumstances of each particular case, whether certain acts represent an abuse of rights and assign liability accordingly.

- In one civil court case, the court found that the defendants are liable for abuse of rights because they refused to remove a large tree from their property. The tree had shallow roots and represented potential danger for the plaintiff's property due to the possibility that it could fall at any time, causing damage to the neighbouring real estate or endangering their lives. The court considered that the inaction of the defendants constituted abuse of rights, and they needed to take action so that the abuse would not persist. The court ordered the defendants to remove the source of danger by cutting down the tree in their yard.³³

- Another civil court case for abuse of rights was filed against the defendant, who constantly verbally harassed her co-owners while they were using the co-owned property. The court found that the defendant is in violation of Article 9 of the Ownership and Other Real Rights Act, which prohibits exercising the right of ownership contrary to its purpose, society's morals or with the intent to cause damages or to prevent others from exercising their rights. The court rendered a decision forbidding the defendant from further abusing her right. However, the court did not specify which type of abuse of rights the defendant committed.³⁴

- One civil court case addressed the issue of whether an abuse of rights can be committed by denying consent for a certain action. In this particular case, the plaintiff sued the defendant because she refused to consent to construction activities that the plaintiff intended to undertake to enhance the functionality and increase the value of his part of the condominium. The defendant, on her part, claimed that the planned construction activities would infringe upon her right to peacefully enjoy her property. The court agreed with the defendant's claims and found that there was no abuse of rights by denying consent. The construction activities, although beneficial for the plaintiff, would ultimately infringe upon the defendant's rights. The

³³ Case number, P4-89/17, Trial Court in Ohrid.

³⁴ Case number, P1-92/15, Trial Court in Tetovo.

court stated that this is contrary to the provisions of Article 9 of the Ownership and Other Real Rights Act because exercising one's right to the detriment of others is not permissible. Even if it is not specifically stated on part of the court, it seems that the court alludes that the plaintiff is the one who is, in fact, abusing his right by trying to force the defendant into consenting to something contrary to her rights and interests.³⁵

4. COMPARATIVE OVERVIEW ON THE REGULATION OF ABUSE OF RIGHTS

The concept of abuse of rights, which emerged at the end of the 19th century and developed during the 20th century, influenced civil law regulation in many European countries. It appeared in civil codes and laws as a prohibition of the abuse of rights. Naturally, the approach to introducing and regulating the prohibition of the abuse of rights into a particular legal system varies from country to country depending on its legal traditions, customs, morals, and other determining factors.

- In the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*³⁶), the prohibition of the abuse of rights is regulated within the General part, where the exercise of rights, self-defence, and self-help are regulated (Division 6). It is defined as a prohibition of chicanery (§ 226). According to the provisions of section 226 of the German Civil Code: "The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists of causing damage to another." This is a very restrictive approach in regulating the prohibition of the abuse of rights because it defines abuse as an act of exercising one's right solely to cause damage. In practice, it is more likely for persons to find a way to exercise their rights abusively, even if that is not their sole purpose. However, it needs to be noted that in the German Civil Code, the provision prohibiting chicanery acts is not the only provision that limits the freedom in exercising rights carelessly. There is also the principle of good faith performance found in Book 2 – Law of Obligations (§ 242).

- According to the Italian Civil Code (*Codice Civile Italiano*³⁷) the prohibition of the abuse of rights is a general limitation on the right of ownership. Article 833 of the Italian Civil Code states that: "The owner cannot perform acts that have no other purpose than to harm or annoy others." From the legal definition, we can deduce that the Italian Civil Code prohibits any act of exercising one's right of ownership that is taken with the sole purpose of causing damage or nuisance to another. Same as the

³⁵ Case number, GZ-689/17, Appellate Court in Bitola.

³⁶ Available at: *BGB - nichtamtliches Inhaltsverzeichnis*, 26 May 2025.

³⁷ Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>, 26 May 2025.

German Civil Code, the Italian Civil Code is restrictive in the scope of the prohibition of the abuse of rights.

- The Spanish Civil Code (*Código Civil de España*³⁸) regulates the prohibition of the abuse of rights in its Preliminary title, which makes it a general principle. According to Article 7, paragraph 2, "The law does not support abuse of rights or antisocial exercise thereof. Any act of omission which, as a result of the author's intention, its purpose or the circumstances in which it is performed, manifestly exceeds the normal limits to exercise a right, with damage to a third party, shall give rise to the corresponding compensation and the adoption of judicial or administrative measures preventing persistence in such abuse". Unlike the German Civil Code and the Italian Civil Code, the Spanish Civil Code gives the prohibition of the abuse of rights a broad scope by prohibiting acts of exercising one's right that are deemed as antisocial, excessive, or abnormal due to the person's intent, their purpose, or circumstances. The prohibition of the abuse of rights complements the good faith requirement stated in Article 7, paragraph 1, of the Spanish Civil Code: "Rights must be exercised in accordance with the requirement of good faith."

- According to the Czech Civil Code (*Občanský zákoník*³⁹), the prohibition of the abuse of rights is established as a general principle. Section 8 of the Czech Civil Code states that: "Evident abuse of a right does not enjoy legal protection." The Code does not specify what constitutes evident abuse of rights, which means that an abusive act is determined by objective circumstances. Provision prohibiting abuse of rights in the area of property relations is found in Section 1012 of the Czech Civil Code: "An owner may not, beyond what is reasonable given the circumstances, seriously disturb the rights of others or perform such acts whose main purpose is to cause nuisance or harm to others." The prohibition determines acts that are unreasonable, harmful, or cause a nuisance to be abusive and, therefore, sanctioned.

- In the Polish Civil Code (*Kodeks Cywilny*⁴⁰) the prohibition of the abuse of rights is regulated as a general principle as well. According to Article 5 of the Preliminary provisions: "One person cannot exercise the right in a manner contradictory to its social and economic purpose or the principles of community life." Additionally, the Code denies protection to persons exercising their rights contrary to the set purpose.

³⁸Available at: *BOE-A-1889-4763 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*, 26 May 2025.

³⁹ Available at: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>, 26 May 2025.

⁴⁰ Available at: <https://supertrans2014.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/06/the-civil-code.pdf>, 26 May 2025.

- According to the Civil Code of the Russian Federation (Гражданский кодекс Российской Федерации⁴¹), the prohibition of the abuse of rights represents a limit on exercising civil rights. Article 10 of the Code states that: "Not admissible shall be actions by the citizens and the legal entities, performed with the express purpose of inflicting damage to another person, as well as the abuse of the civil rights in other forms." The Code defines abuse of rights as an act of explicit and purposeful infliction of damages to another. However, it does not restrict the scope of abuse of rights to explicitly abusive acts. It recognizes that abuse of rights can take on other forms as well.

- The French Civil Code (Code Civile⁴²) does not have a specific provision regulating the prohibition of the abuse of rights. According to French scholars, the prohibition of the abuse of rights is an unwritten general principle developed within the judicial practice based on the requirement of acting in good faith. The good faith principle, on the other hand, is found in many of the provisions of the French Civil Code, such as articles 1134, 1141, 1238, 1240, etc.

- Similar to the French Civil Code, the Swiss Civil Code (Schweizerisches Zivilgesetzbuch⁴³) does not explicitly regulate the prohibition of the abuse of rights. The scope and limits in legal relationships according to the Swiss Civil Code are determined by the principles of good faith, justice and equity (Art. 2–4). It is also stated that "The manifest abuse of right is not protected by law" (Art. 2/2).

- In the legal system of the Republic of Slovenia, the prohibition of the abuse of rights is regulated in the areas of property and obligations.

The Slovenian Property Code (Stvarnopravni zakonik⁴⁴) Article 12, paragraph 1, regulates the prohibition of the abuse of rights stating that: "The owner of the thing, or the holder of another real right, is limited by the equal rights of others. Ownership and other real rights are to be exercised under the fundamental principles of this Code, their nature and the nature of things." The first paragraph of Article 12 determines the limits and the manner in which real rights should be exercised. According to Paragraph 2 of Article 12, every time a holder of a real right acts with the sole or obvious intent to harm another, he or she is committing an abuse of rights.

⁴¹ Available at: https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/wtaccrus58_leg_360.pdf, 26 May 2025.

⁴² Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721-/2021-09-17/, 26 May 2025.

⁴³ Available at: *SR 210 - Swiss Civil Code of 10 December 1907 | Fedlex*, 26 May 2025.

⁴⁴ Available at: <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=ZAKO3242>, 26 May 2025.

There are similar provisions prohibiting the abuse of rights in the Slovenian Obligations Code (*Obligacijski zakonik*⁴⁵) as well. According to Article 7, paragraph 1 of the Obligations Code: "The rights arising from obligations are limited by the equal rights of others. They must be carried out under the fundamental principles of this Code and their purpose." Paragraph 2 of Article 7 states that: "In exercising their rights, the participants in obligations must refrain from any conduct that would make it difficult for the other participants to fulfil their obligations.." The first and second paragraphs of Article 7 determine the limits and mode of exercising rights arising from obligations. Paragraph 3 of Article 7 determines what constitutes abuse of rights. According to the third paragraph of Article 7, acts taken with the sole or obvious intent to harm another are considered to be an abuse of rights.

- Prohibition of the abuse of rights in the areas of property and obligations is also present in the legal system of the Republic of Croatia.

According to the Croatian Ownership and Other Real Rights Act – OORRA (*Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*⁴⁶) the prohibition of the abuse of rights is one of the general restrictions on the right of ownership. Article 31 of the ORRA states that:

"Ownership binds, so the owner is obligated to contribute to the greater good and therefore is obligated to exercise his or her right while being mindful of the public interest and the interest of others that are not contrary to his or her right, especially:

-the owner, or anyone else, is not to use his or her right with the sole purpose of causing damage or nuisance,

-the owner is not authorised to forbid the actions of another that are necessary for removing impending damage, if the impending damage is disproportionately greater than the damage that the owner will suffer as a result of the action.

-the owner is not authorised to forbid actions of others that are taken at heights or depths that he or she has no legitimate interest in forbidding."

The OORRA has a very elaborate provision that regulates both the social function of ownership, its limits, and the prohibition of the abuse of rights. The OORRA recognizes several types of abuse of rights – harmful, chicanery, and purposeless abuse of rights.

⁴⁵ Available at: <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=ZAKO1263>, 26 May 2025.

⁴⁶ Available at: <https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima>, 26 May 2025.

Unlike the ORRA, the Croatian Obligations Act (*Zakon o obveznim odnosima*⁴⁷) has a compact provision on the prohibition of the abuse of rights. Article 6 of the Croatian Obligations Act states that: "It is prohibited for rights arising from obligations to be exercised contrary to the purpose for which they have been established and recognized by regulation."

- The prohibition of the abuse of rights in the legal system of the Republic of Serbia is regulated by the Basic Proprietary Relations Act – BPRA (*Zakon o osnovama svojinskoopravnih odnosa*⁴⁸) and the Obligations Act (*Закон о облигационим односима*⁴⁹).

According to Article 4, paragraph 2 of the BPRA: "It is forbidden for the right of ownership to be exercised contrary to the purpose for which it was established and recognized by law." Article 6, paragraph 2 of the BPRA extends the prohibition of the abuse of rights to the other real rights, servitudes, pledges, and real burdens. The BPRA considers any act of exercising real rights that is improper, i.e., contrary to a set purpose, to be abusive.

Provisions prohibiting abuse of rights are also found in the Serbian Obligations Act. Article 13 of the Act prohibits the exercise of rights arising from obligations contrary to the purpose for which they were established and recognized by law.

It can be noted that both laws, the BPRA and the Obligations Act, are uniform regarding the concept of what constitutes abuse of rights.

5. CONCLUSION

The Prohibition of the abuse of rights is set to ensure that individuals will exercise their rights in their interest, whilst being mindful of the rights of others. Contemporary scholars define the abuse of rights as "improper exercise of one's right that causes damages to third parties". When defining the abuse of rights, some scholars also introduce the element of intent. According to these definitions, the abuse of rights requires "improper exercise of one's right with the intent to cause damage to third parties".

Abuse of rights does not include illegal actions; it exists when the right is exercised within the limits determined by laws, but contrary to the purpose for which the right was recognized by the laws and leads to damages for others.

⁴⁷ Available at: <https://www.zakon.hr/z/75/zakon-o-obveznim-odnosima>, 26 May 2025.

⁴⁸ Available at: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_osnovama_svojinskoopravnih-odnosa.html, 26 May 2025.

⁴⁹ Available at: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_obligacionim_odnosima.html, 26 May 2025.

The concept of abuse of rights emerged at the end of the 19th and the beginning of the 20th century, when capitalism and the free-market economy were on the rise, and the need for balancing between individual interest and public interest became an important social, economic, and legal issue. The individual-centered concept of civil law rights was downgraded while the importance of the socially responsible exercise of one's rights was promoted. This created the perfect climate for the development of the concept of abuse of rights based on the teachings of the French legal scholar Léon Duguit about the social function of rights and the teachings of Rudolf von Jhering about the purpose of the law.

In the Macedonian civil law, the concept of abuse of rights is legislatively expressed through the prohibition of the abuse of rights found both in the Ownership Act and the Obligations Act. The Ownership Act regards the prohibition of the abuse of right as one of the general limitations of the right of ownership. Abuse of rights according to the Ownership Act extends to various types of abuse, such as purposeless, immoral, chicanery, and fraudulent acts of abuse. In the Obligation Act, the abuse of rights is defined as an act of improper exercise of rights arising from obligations.

The laws regulating the prohibition of the abuse of rights in the Macedonian legal system align with the objective concept of abuse of rights. Abusive acts (purposeless, immoral, fraudulent, chicanery) that cause damage to third parties are prohibited and sanctioned. The person committing the abuse of rights faces civil law liability for damages.

The concept of abuse of rights influenced civil law regulation in many European countries. It appears in civil codes and laws as a prohibition of the abuse of rights. Its legal implementation varies from country to country depending on legal traditions, customs, morals and other determining factors.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Бабић, Илија, *Увод у грађанско право и стварно право*, девето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2021;
2. Vedriš, Martin, Klarić, Petar, *Грађанско право, опћи dio, стварно право, обvezно i наследно право*, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 2003;
3. Vodinelić, V. Vladimir, *Грађанско право, Увод u грађанско право i Општи deo грађанског права*, четvrто izdanje, Службени гласник, Београд 2022;
4. Vodinelić, V. Vladimir, „Konkretizivanje zabrane zloupotrebe prava“ *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996;

5. Vukadinović, Slobodan, *Građansko pravo – opšti deo, priručnik za pravosudni ispit*, Beograd 2021;
6. Gams, Andrija, *Uvod u građansko pravo, opšti deo*, peto prošireno izdanje, Naučna knjiga, Beograd 1963;
7. Gams, Andrija, Đurović, M. Ljiljana, *Uvod u građansko pravo, opšti deo*, trinaesto, novim propisima prilagođeno izdanje, Savremena administracija, Beograd 1985;
8. Группче, Асен, *Граѓанско право (општ дел)*, Култура, Скопје 1976;
9. Duguit, Léon, *Les transformation generales du droit prive depuis le Code Napoleon*, Paris 1920;
10. Eisner, Bertold, Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Nakladni Zavod Hrvatske, Zagreb 1948;
11. Живковска, Родна, Пржеска, Тина, *Граѓанско право – општ дел*, Европа 92, Скопје 2021;
12. Живковска, Родна, „Институцијата злоупотреба на правата – нејзиното уредување и примена во СФРЈ“, *Годишник на Правниот факултет*, Том XXXIII, Скопје 1988/89;
13. Живковска, Родна, Пржеска, Тина, „Соседско право – *De lege lata* и *De lege ferenda*“, *Правник, Здружение на правниците на Република Северна Македонија* 343/344, Скопје 2020;
14. Jovanović, Mila, „Da li Gaj i neki drugi pravници svedoče zloupotrebi prava“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996;
15. Jhering, Rudolf, „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn“, *6 Jherings Jahrbtlicher* 1863;
16. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, *Граѓанско право (општи део)*, друго измењено и допуњено издање, Сириус, Ниш 1995;
17. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, Лазић, Мирослав, *Увод у граѓанско право*, Пунта, Ниш 2018;
18. Ковачевић – Куштримовић, Radmila, „Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Pravni fakultet, Niš 1996;
19. Konstantinović, Mihailo, „Zabrana zlopotrebe prava i socijalizacija prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/1925;
20. Лазић, Мирослав, „Генералне клаузуле и злоупотреба права, осврт на схватање проф. Миливоја Марковића“, *Српски цивилисти*, Ниш 1995;
21. Марковић, Миливоје, „La théorie de l’abus des droit comparé“, *Thèse, Devant la Faculté de Droit de L’ Université de Lyon, Pour le Doctorate en Droit*, Paris 1936;
22. Marković, Miodrag, „Zloupotreba prava“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava uzdženog rada*, Tom III, Beograd 1978;
23. Pavčnik, Marijan, „Subjektivno pravo i njegovo vršenje“, *Zbornik za teoriju prava*, sv. 2, SANU, Beograd 1981;

24. Перић, Нинко, *Теорија злоупотреба права и грађанско законодавство*, Геца Кон, Београд 1912;
25. Попов, Даница, *Грађанско право (општи део)*, пето измењено и допуњено издање, Нови Сад 2007;
26. Поповић, Милијан, „Борба за право, злоупотреба права i одговорност као морални појмови“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Правни факултет, Ниш 1996;
27. Раšовић, Р. Зоран, *Stvarno право*, друго издање, Београд 2005;
28. Ренер, Карл, *Социјална функција правних института*, Култура, Београд 1960;
29. Ripert, Georges, *La regle morale dans les obligations civiles*, Anthologie du Droit, LGDJ, France 1926;
30. Станковић, Обрен, Водинелић, В. Владимир, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007;
31. Стојановић, Д. Драголјуб, *Увод у грађанско право*, шесто измењено i допуњено издање, Савремена администрација, Београд 1984;
32. Стојановић, Д. Драголјуб, „Злупотреба права u облигационим односима“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Правни факултет, Ниш 1996;
33. Цветић, Раденка, „Критеријуми за утврђивање злоупотребе права“, *Zbornik radova Zloupotreba prava*, Правни факултет, Ниш 1960;
34. Чавдар, Кирил, Чавдар, Кимо, *Коментар на Законот за облигационите односи, коментари, објаснувања, практика и предметен регистар*, трето изменето и дополнето издание, Академик, Скопје 2012;
35. Чавдар, Кирил, Чавдар, Кимо, *Закон за сопственост и други стварни права, Закон за договорен залог, коментари, објаснувања, практика, предметен регистар*, Академик, Скопје 2012.

Legal documents

1. Basic Proprietary Relations Act (Zakon o osnovama svojinskopравних односа),
https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_osnovama_svojinskopравnih_odnosa.html, 26 May 2025;
2. Czech Civil Code (Občanský zákoník),
<https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>, 26 May 2025;
3. Civil Code of the Russian Federation (Гражданский кодекс Российской Федерации),
https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/wtaccrus58_leg_360.pdf, 26 May 2025;
4. Case number, P4-89/17, Trial Court in Ohrid;
5. Case number, P1-92/15, Trial Court in Tetovo;
6. Case number, P4-89/17, Trial Court in Ohrid;

7. French Civil Code (Code Civile), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2021-09-17/, 26 May 2025;
8. German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch), *BGB – nichtamtliches Inhaltsverzeichnis*, 26 May 2025;
9. Italian Civil Code (Codice Civile Italiano), <https://www.gazzetta-ufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>, 26 May 2025;
10. Obligations Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 18/01, 78/01, 4/02, 59/02, 5/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13, 123/13, and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 215/21, 154/23, and 220/23;
11. Obligations Act (Zakon o obligacionim odnosima), https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_obligacionim_odnosima.html, 26 May 2025;
12. Obligations Code (Obligacijski zakonik), <https://pisrs.si/pregled-Predpisa?id=ZAKO1263>, 26 May 2025;
13. Obligations Act (Zakon o obveznim odnosima), <https://www.zakon.hr/z/75/zakon-o-obveznim-odnosima>, 26 May 2025;
14. Ownership and Other Real Rights Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 18/01, 92/08, 139/09, and 35/10;
15. Ownership and Other Real Rights Act (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima), <https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima>, 26 May 2025;
16. Property Code (Stvarnopravni zakonik), <https://pisrs.si/pregled-Predpisa?id=ZAKO3242>, 26 May 2025.
17. Polish Civil Code (Kodeks Cywilny), <https://supertrans2014.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/06/the-civil-code.pdf>, 26 May 2025;
18. Swiss Civil Code (Schweizerisches Zivilgesetzbuch), *SR 210 – Swiss Civil Code of 10 December 1907* | Fedlex, 26 May 2025;
19. Spanish Civil Code (Código Civil de España), *BOE-A-1889-4763 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*, 26 May 2025.

Проф. др Тина Пржеска, редовни професор

Доц. др Теа Лалевска, доцент

Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Ѓирило и
Методије“, Скопље, Северна Македонија

ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА У МАКЕДОНСКОМ ГРАЃАНСКОМ ПРАВУ И ЊЕНЕ ПРАКТИЧНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ

Сажетак

Македонско граѓанско право, по узору на евро-континенталне системе, предвиђа концепт злоупотребе права. Овај концепт у македонском граѓанском праву правно је уређен као забрана злоупотребе права. Забрана злоупотребе права у суштини подразумева забрану нецелисходног вршења права. Предмет истраживања овог рада је анализа прописа који предвиђају забрану злоупотребе права, као и њена улога у обликовању граница слободе у вршењу грађанских субјективних права. Рад има за циљ да представи концепт на коме се заснива забрана злоупотребе права и да укаже на јасну разлику између института као што су забрана злоупотребе права, противправност и грађанскоправни деликт. Са циљем да се прикажу практичне импликације забране злоупотребе права, у овом раду анализира се и начин на који се овај институт примењује у судској пракси.

Кључне речи: *Грађанско право; Стварно право; Злоупотреба права; Деликт; Противправност.*

Associate Professor Luis Javier Capote-Pérez, LL.D.

Profesor Contratado Doctor Tipo I
Área de Derecho Civil. Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas
Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, en Tenerife,
España

AI AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CAN AN APP. REALLY CREATE?

In this paper we are going to introduce a brief description about the discussion of the concept of creativity applied to the applications generative of contents and the possibility of giving them the quality of the legal personality and, consequently, the authorship rights derived from the Intellectual Property Law.

Key words: AI; Intellectual Property Law; Authorship.

1. PROPERTY RIGHTS

Property rights facilitate the free circulation of goods by enabling these goods to change owners. A free-market economy functions based on what is known as the freedom of ownership. In such a system, every individual is free to acquire and dispose of ownership. The existence of property rights therefore ensures the free circulation of goods. Property law firmly establishes the presumption that all objects and things are freely transferable unless explicitly prohibited.¹

Property rights are defined for their nature *erga omnes*, because they are not directed at any particular person -like relative or *inter partes* rights- but pertain to an object, specifically the object of the right.

Luis Javier Capote-Pérez, lcapote@ull.edu.es.

¹ J. Haage, B. Akkermans, *Introduction to Law*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2014, 75.

The objects of the right may be tangible or intangible, and this specific category is for intellectual property rights as copyrights, trademarks or patents.²

In this paper we are going to ask a question frequently formulated in the actual and constant discussions about the use and misuse of the application generative of some kind of works: are those results really *works* in the sense of the Intellectual Property Law? In other words, can the so called AI *create*?

2. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

The legal institutions englobed in the concept of Intellectual Property are used all over the world by creators and innovators to translate their ideas into assets. The consideration of their works as objects of ownership right creates economic and social benefits that improve the lives of people everywhere. This hopeful affirmation is published in the front page of the official site of the World Intellectual Property Organization (WIPO)³ and exposes clearly the philosophy of these institutions, but the references about *creators* and *innovators* don't imply that they should be humans. Until recent times, the idea of something -someone? – different from natural persons as creators was not conceivable but now, the use of generative applications has opened the discussion. So, we should analyze if under the present conditions established in the legal regulations about IP Law it could be possible to consider the so called AI has creators, that is, from the legal point of view, as authors.

Beginning with the International Law regulations, we must have in mind that The Berne Convention deals with the protection of works and the rights of their authors. It is based on basic principles and contains a series of provisions determining the minimum protection to be granted, as well as special provisions available to developing countries that want to make use of them.⁴

According with the art. 2.1 of the Berne Convention, the protection of works and rights of authors must include *every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever the mode or form of its expression*.

² *Ibid.*, 71.

³ WIPO Official webpage: <https://www.wipo.int/portal/en/>, 3rd of October 2025.

⁴ Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886), https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html, 30th May 2024.

From the point of view of authorship, the present regulatory scenario admits the possibility of some IP rights managed by non-natural persons that we cannot consider as real creators. Many categories in the definition of the related rights are under the control of legal persons. So, in this point we can hypothesize about the possibility of creating some kind of “robotic legal personality”.⁵

However, if we look at the art. 6bis, where moral rights are treated, we are going to find an interesting rule: *the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation*. Moral rights are the most intimate expressions of creativity, because they are part the of the conception of works as reflects of the mind -maybe the soul? - of authors and their elections. The violation of moral rights is not treated as patrimonial damnation but a personal one. Is an attack to the right of honour and this is a right that belongs to humans. If we want to include generative applications into the category of authorship, it will be not possible if we don't change the regulation of moral rights.

In the European Union, the art. 118 of the Treaty on the Functioning of the European Union establishes that *in the context of the establishment and functioning of the internal market, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish measures for the creation of European intellectual property rights to provide uniform protection of intellectual property rights throughout the Union and for the setting up of centralized Union-wide authorization, coordination and supervision arrangements. The Council, acting in accordance with a special legislative procedure, shall by means of regulations establish language arrangements for the European intellectual property rights. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament*. This rule provides that in the context of the establishment and functioning of the single market, Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, establish measures for the creation of European Union Intellectual Property law to provide uniform protection of intellectual property rights throughout the Union, and for the setting-up of centralized, Union-wide authorization, coordination and supervision arrangements. The legislative activity of the Union consists chiefly of harmonizing certain specific aspects of IPR through the creation of its own system, as is the case for the European Union trademark and design, and as will be the case for patents. Many of

⁵ Is not unusual mixing robots and AI when we are talking about the topic of legal personality and its extension but from the engineering point of view that kind of assimilation is incorrect, except for the sharing of being object of the classic Frankenstein complex.

the European Union instruments reflect the Member States’ international obligations under the Berne Convention.⁶ In the European Union law, intellectual property includes all exclusive rights to intellectual creations.

Nowadays, the EU is working in a general regulation about AI. The first step has been The EU Artificial Intelligence Act, that lays the foundations for the regulation of these applications in the Union. The use of AI has introduced in the European context many discussions about the origin of the data used to feed and train these programs and, of course, about the legal treatment that should be done to the generated results of their use.

Focusing on the Spanish Intellectual Property law, according with the art. 10.1 of the 1996 Intellectual Property Act are protected all original literary, artistic or scientific creations expressed by any medium or embodiment, tangible or intangible, currently known or invented in the future.⁷ According with the art. 1, the authorship of those kinds of works is determines the ownership of the intellectual property right.⁸

From a doctrinal point of view, IP law protects the creations of the human intellect.⁹ Consequently, only natural persons can be authors and their works be shielded. This premise is now under discussion with the increasing use of content generating data science applications, called -maybe incorrectly- artificial intelligence or AI.¹⁰ But, in this context, the initial conclusion should be that we cannot talk about “AI” applications as authors because of the object of the IP law protection: creations of the human intellect, that is expressions of human creativity, of a spark of inspira-

⁶ Fact Sheets of the European Union: Intellectual, industrial and commercial property, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/36/la-propiedad-intelectual-industrial-y-comercial>, 30th May 2024.

⁷ Art. 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: **Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro [...].**

⁸ Art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: **La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.**

⁹ C. Martínez de Aguirre Aldaz, “La propiedad intelectual” en P. de Pablo Contreras, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, COLEX, Madrid 2014, 237–260, 237.

¹⁰ In this context, The European Union has introduced new legislation on artificial intelligence: The EU AI Act. In the IP law area, the text introduces that all providers must provide technical documentation, instructions for use, comply with the Copyright Directive, and publish a summary about the content used for training. In the final part is mentioned one of the principal problems derived from the use of this software: the possibility of violation of intellectual property rights during the process of training of the application.

tion. Nowadays, machines cannot create because the need of an external prompter and the absence of a real original thought.¹¹

This conception of the intellectual property could be considered as a little bit romantic but expresses the intimate relation between Law and Art in the evolution of the IP law and the consideration of the legal protection when some kind of works are considered artistic.¹² This conclusion is reinforced by the fact that the Art. 14 of the 1996 Spanish Intellectual Property Act recognizes the existence of moral rights and link them to personality rights.¹³

As a conclusion in this point, we have to establish that in the present regulations there is no place for talking about generative applications as creators and consequently as authors.

¹¹ F. C. Calvi, *I Encuentro sobre Divulgación y Cómic*, San Cristóbal de La Laguna, Aula Cultural de Divulgación Científica de la Universidad de La Laguna, 31th of May of 2024. <https://www.youtube.com/live/HSevtv5STF0?si=e-I6zPLVlMPbqT74>.

¹² R Sánchez García, “La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847–1936”, *Hispania*, LXII / 3, 212, 2002, 993–1019, 995.

¹³ Art. 14 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: *Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias. 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.* If you read and analyze this regulations, you will perceive that many of the mortal rights are defined by concepts that are only applicable to human beings as *reputación* (reputation) or *convicciones intelectuales o morales* (intellectual and moral convictions).

3. FILLING THE GAP WITH EXTRA-LEGAL CONCEPTS

Nevertheless, the discussion can be further and going outside of the legal area, because the regulation of works as objects of intellectual property rights has had always a battlefield in the world of arts.

From a certain point of view, the history of Intellectual Property law runs parallel to the history of arts, in the part related to the discussion about what is and what is not art.¹⁴ This argument is present today and the artistic nature of some disciplines is still subject to debate¹⁵ and, for example, photography or comic are still perceived in many ways as minor arts or “culture of masses” in the context of the dichotomy between *apocalittici e integrati*.¹⁶

Each innovation with creative implications has been the object of a controversy, in which the discussion about what is and should not be art is present.¹⁷ This is not a legal debate, but an aesthetic one with legal implications.¹⁸ There is no legal concept of art, and the legal protection is not based on artistic quality, aesthetical conditions or cultural values¹⁹ so concepts important from the legal point of view come from extralegal disciplines. Moreover, in fields considered as artistic we can find discussions about who should be considered as author within the creative process,²⁰ reflecting the old question of what an auteur is.²¹

¹⁴ I. Álvarez Muñiz, “Conversaciones sobre Arte, Filosofía y Derecho”, 2019, unpublished work by courtesy of the author.

¹⁵ S. Fernández Atienza, “Cuando el séptimo arte encontró al noveno”, *IV Seminario “Zona Negativa”, XII Semana del Cómic de La Laguna*, Universidad de La Laguna, 6 de diciembre de 2022. According with the author, the artistic nature of disciplines like photography or comic are still questioned and discussed, https://www.ivoox.com/znpodcast-277-el-comic-aulas-audios-mp3_rf_135658645_1.html.

¹⁶ From the philosophical and semiotic reflections of Umberto Eco about the culture of masses. U. Eco, *Apocalípticos e integrados*, Tusquets Editores, Barcelona, 1995.

¹⁷ W. Tatarkiewicz, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, Madrid, Tecnos, 2021, 63–67.

¹⁸ W. Tatarkiewicz, *Historia de la Estética, I. La Estética Antigua*, Madrid, Akal, 1991, 9.

¹⁹ L. J. Capote-Pérez, “Propiedad intelectual en el ámbito de la administración local”, *Estudio sobre algunas cuestiones de interés para la gestión pública de las entidades locales de Canarias* (ed. I. Expósito Suárez), Lefevbre, Madrid, 2024 (in press).

²⁰ For example, in the cinema the director Sidney Lumet reflects in his book about the creative process in the seventh art the discussion about the role of film editors as co-authors and denies this consideration. S. Lumet, *Así se hacen las películas*, duodécima edición, Libros de Cine, Ediciones RIALP, Madrid, 2021, 156.

²¹ R. Corman, *How I made a hundred movies in Hollywood and never lost a dime*, Da Capo Press, New York City 1998, 236.

Nowadays, one of the points of the discussion is if these generative applications generate -create? – something that can be considered as art. In this moment, it seems that the answer is a totally “no”. In areas like plastic arts or design people tends to consider AI products as generations without any artistic value, but the discussion is equal to one that was when design software was introduced into the business, industry and studies. If we go back further in time, we will find that when the printing press arrived, some people said that its books were no real ones because books were copied with some kind of creativity in abbeys. A new chapter in an old discussion.

We must remind that artistical concepts are no relevant from the legal point of view, but only when a practice was considered artistical the door to the protection of its works was open to legal regulation. This matter will not give us an answer and, again, we must return to the subjective aspects.

4. PROTECTED WORKS: HUMAN CREATIONS

The previous sections of this paper have exposed the principal aspects of a previous intervention, where the matter of the so-called AI were merely mentioned, as they are not the subject of the work but are related to it in a way that will be discussed below.²²

Taking again the example of the Spanish Intellectual Property Law regulations, according with the art. 5 of the 1996 Intellectual Property Act disposes that the consideration of authorship is for natural persons who creates literary, artistic or scientific works.²³ This general rule admits some exceptions in the case of anonymous or pseudonymous works but the premise of being human is the first one to talk about intellectual property rights of authorship.²⁴

However, the introduction, expansion and perfection of the generative content applications, also called “AI” or “AI apps.” have introduced the discussion about the possibility of considering them authors and the consequent debate about the possibility of, again, some kind of “robotic” legal

²² L. J. Capote Pérez, “Art, originality and creativity in the Intellectual Property Law”, *Collection of Papers "Legal gaps and the completeness of law"* (eds. D. Čeranić et al.), vol. 3, University of East Sarajevo, Faculty of Law, East Sarajevo 2024, 369–374.

²³ Art. 5 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: **Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.**

²⁴ A. Carrasco Perera y R. Del Estal Sastre, “Sujetos”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (ed. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), cuarta edición, Tecnos, Madrid 2017, 105–148, 106.

personality for those software programs.²⁵ One more time, the principal question of this paper: do the generative applications *create*?

The discussions described in the precedent paragraph introduce the need to analyze briefly what are the so-called AI and how do they work.

5. AI APPS. AND CREATIVITY

Under the so-called designation of AI,²⁶ several concepts are encompassed that include both certain machine faculties to emulate human activity and the discipline that studies them. Thus, in the first case we have that artificial intelligence or AI is the ability of machines to use algorithms, learn from data and use what learned in decision making just as a human would. The idea that computers or computer programs can both learn and make decisions is particularly important as their processes are growing exponentially over time. Because of these two capabilities, artificial intelligence systems can now perform many of the tasks that were previously reserved for humans alone. In the second case, artificial intelligence is seen as a discipline of computer science whose aim is to develop machines and systems capable of performing tasks that require human intelligence. Machine learning and deep learning are two areas of artificial intelligence, so that in recent years, with the development of new computer techniques and equipment based on neural networks, the term has been understood as a synonym for “supervised deep machine learning”.²⁷

The emergence of these systems and their ability to generate content from the data with which they have been fed has been the genesis of an in-depth debate around the response that, in legal form, the use of such applications and the treatment to the results they generate must be given from the point of view of intellectual property,²⁸ making this challenge increasingly necessary; to the extent that the use of these tools has become gener-

²⁵ For “Asimovian” reasons, there is a tendency to fusion robotics and AI issues but are different aspects of the technological evolution with each one having its own matters. Skaar, S. B. and Delcastillo, G., *Revisualizing robotics. New DNA for surviving a world of cheap labour*, DNA Press, Eagleville, 2006.

²⁶ An alternative name proposed is data science, to avoid the intimidation that the expression AI generates, many times based on one expression of the Frankenstein complex. L. Rouhiainen, *Inteligencia artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro future*, Alianza Editorial, Madrid 2018, 19.

²⁷ J. Estupiñán Ricardo, M. Y. Leyva Vázquez, A. J. Peñafiel Palacios y Y. El Assafiri Ojeda, “Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual”, *Universidad y Sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, vol. 13, núm. 53, diciembre de 2021, 362–368, 363.

²⁸ E. Andrés Aucejo y F. Ramón, “Inteligencia Artificial: «chat GPT» versus la Ley el Derecho. Jaque al derecho de la propiedad intelectual”, *Revista de Educación y Derecho*, núm. 28, abril-septiembre de 2023, 1–21.

alized.²⁹ Thus, the previously mentioned World Intellectual Property Organization (WIPO) understands that AI has emerged as a general-purpose technology widely applied in all sectors of the economy and society, with a considerable impact on creation, production and distribution of economic and cultural goods and services, with systems of intellectual property rights related to patents, copyright, data, drawings and models.³⁰

Considering that, the question is if according with this previous description is affirmable that AI apps. create the works they generate. In this moment and with the present state of the art the answer should be negative. These instruments are no creative and don't have the impulse or inspiration to create anything. Behind the AI there is always a human being giving the orders and asking for a work to be generated. We have apps. capable of playing strategy games -Deep Blue, Watson, DeepMind- or generating paintings emulating a specific style -The New Rembrandt project- but no one of this software programs have the will to play or not, to create or not. Furthermore, in other expressions like Poetry or Humourism machines cannot be emulated yet. At last, machines cannot understand the significance of the stylistic resources introduced by an author in a poem, nor they cannot take a joke.³¹

Finally, we must conclude that there is no election by human one in the AI generations. The software is under human control. Maybe that can be some kind of non-previewed answers, but is always the response to an external stimulus, an order done by the human operator. This is the final decision; this is the way of the creative choice.

6. CONCLUSIONS

Concluding that by now AI apps. generate but not create, it's not acceptable to think about the possibility of considering them as authors of the works they give to their users. Maybe we should explore the ways of related rights, but not of authorship. The idea of a mechanical legal personality cannot be accepted, even in the way of other legal personalities, because

²⁹ P. Mezei, “A saviour or a dead end? Reservation of rights in the age of generative AI”, 2024, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4695119> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4695119>, 2.

³⁰ M. Rapela, “Mejoramiento vegetal moderno, inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual”, *Revista Jurídica Austral*, núm. 2, diciembre de 2020, 839–866, 847.

³¹ L. J. Capote Pérez, “Inteligencia Artificial y propiedad intelectual. Inspiración, creatividad y fuentes de información, en C. Alonso Salgado, A. Rodríguez Álvarez y A. Valiño Ces, *Nuevas tecnologías, inteligencia artificial, algoritmos y justicia*, Dykinson, Madrid 2025, 47–56.

AI can maybe emulate many human activities, but the point for authorship and the consequent recognition of intellectual property rights is not a matter of emulation but of creation, of having inspiration, spark of wit and, last but not least, the will to create.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Andrés-Aucejo, Eva y F. Ramón, “Inteligencia Artificial: «chat GPT» versus la Ley el Derecho. Jaque al derecho de la propiedad intelectual”, *Revista de Educación y Derecho* 28/ 2023;
2. Álvarez, Muñiz, “Conversaciones sobre Arte, Filosofía y Derecho”, 2019, unpublished work by courtesy of the autor;
3. Capote-Pérez, Luis Javier “Propiedad intelectual en el ámbito de la administración local”, *Estudio sobre algunas cuestiones de interés para la gestión pública de las entidades locales de Canarias* (ed. I. Expósito Suárez), Lefevbre, Madrid 2024;
4. Capote-Pérez, Luis Javier “Art, originality and creativity in the Intellectual Property Law”, *Collection of Papers “Legal gaps and the completeness of law”* (D. Čeranić et al.), vol. 3, University of East Sarajevo, Faculty of Law, East Sarajevo 2024;
5. Capote-Pérez, Luis Javier “Inteligencia Artificial y propiedad intelectual. Inspiración, creatividad y fuentes de información”, *Nuevas tecnologías, inteligencia artificial, algoritmos y justicia*, Dykinson (eds. C. Alonso Salgado, A. Rodríguez Álvarez y A. Valiño Ces), Madrid 2025;
6. Carrasco Perera Angel y R. Del Estal Sastre, “Sujetos”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (ed. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), cuarta edición, Tecnos, Madrid 2017;
7. C. Calvi, Fernando, *I Encuentro sobre Divulgación y Cómic*, San Cristóbal de La Laguna, Aula Cultural de Divulgación Científica de la Universidad de La Laguna, 31th of May of 2024, <https://www.youtube.com/live/HSevtv5STF0?si=e-I6zPLVIMPbqT74>;
8. Corman, Roger, *How I made a hundred movies in Hollywood and never lost a dime*, Da Capo Press, New York City 1998;
9. Eco, Umberto, *Apocalípticos e integrados*, Tusquets Editores, Barcelona 1995;
10. Estupiñán Ricardo, Jesus, M. Y. Leyva Vázquez, A. J. Peñafiel Palacios y Y. El Assafiri Ojeda, “Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual”, *Universidad y Sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, vol. 13, núm. 53, diciembre de 2021, 13–53/2021;
11. Fernández Atienza, S. “Cuando el séptimo arte encontró al noveno”, *IV Seminario “Zona Negativa”, XII Semana del Cómic de La Laguna*, Universidad de La Laguna, 6 de diciembre de 2022,

https://www.ivoox.com/znpodcast-277-el-comic-aulas-audios-mp3_rf_135658645_1.html;

12. Haage, Jaap, Akkermans, Bram, *Introduction to Law*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2014;
13. Lumet, Sidney, *Así se hacen las películas*, duodécima edición, Libros de Cine, Ediciones RIALP, Madrid 2021;
14. Mezei, Peter, “A saviour or a dead end? Reservation of rights in the age of generative AI”, 2024, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4695119> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4695119>;
15. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos “La propiedad intelectual” en P. de Pablo Contreras, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, COLEX, Madrid 2014;
16. Rapela, Miguel, “Mejoramiento vegetal moderno, inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual”, *Revista Jurídica Austral* 2/2020;
17. Rouhiainen, Lasse, *Inteligencia artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro future*, Alianza Editorial, Madrid 2018;
18. Sánchez García, Raquel, “La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847–1936”, *Hispania*, LXII / 3, 212/2002;
19. Skaar, Steven, Delcastillo, G., *Revisualizing robotics. New DNA for surviving a world of cheap labour*, DNA Press, Eagleville, 2006.
20. Tatarkiewicz, Wladyslaw, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, Madrid, Tecnos 2021;
21. Tatarkiewicz, Wladyslaw, *Historia de la Estética, I. La Estética Antigua*, Madrid, Akal 1991.

Legal documents

1. Fact Sheets of the European Union: Intellectual, industrial and commercial property, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/36/la-propiedad-intelectual-industrial-y-comercial>;
2. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE-A-1996-8930);
3. Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886), https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html.

Проф. др Луис Хавијер Капоте Перез

Универзитет Ла Лагуна, Тенерифе, Шпанија

**ВЈЕШТАЧКА ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ПРАВО
ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ: ДА ЛИ АПЛИКАЦИЈА ЗАИСТА
МОЖЕ ДА СТВАРА**

Сажетак

У овом раду ћемо укратко описати дискусију о концепту креативности примјењеном на апликације које генеришу садржај и о могућности признавања правног субјективитета и, посљедично, о признавању ауторскоправне заштите коју предвиђа право интелектуалне својине.

Кључне ријечи: *Вјештачка интелигенција; Право интелектуалне својине; Ауторство.*

Associate Professor Lucia Irinescu, LL.D.

Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania

PROTECTION OF MINORS AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN ROMANIA

This research aims to conduct a comprehensive analysis of the legal, institutional, and practical framework for the protection of minors against domestic violence in Romania. It seeks to evaluate the extent to which current legislation—such as Law no. 217/2003 on preventing and combating domestic violence, the Civil Code, and child protection laws—ensures effective safeguards for children exposed to abuse within the family environment. The study also investigates the role and efficiency of key institutions, including child protection services, courts, police, and social workers, in identifying, preventing, and responding to such cases. Additionally, the research intends to identify systemic gaps, challenges in implementation, underreporting issues, and the degree of inter-agency coordination. Ultimately, the goal is to formulate evidence-based recommendations for policy and procedural reforms that would strengthen the Romanian child protection system and align it with European and international best practices, such as those established by the UN Convention on the Rights of the Child and the Istanbul Convention.

To achieve its aim, this study employs a qualitative, interdisciplinary research approach, combining legal analysis with empirical observations. The methodology includes: doctrinal legal research (critical analysis of Romanian legislation - Law no. 217/2003, Criminal Code, Civil Code) and alignment with international instruments (UNCRC, Istanbul Convention), comparative analysis: examination of best practices in EU countries in protecting minors from domestic violence, case law review (assessment of relevant decisions from Romanian courts involving domestic violence and child protection).

Key words: Domestic violence; Minor; Child protection; Best interest of the minor.

1. INTRODUCTION

In "*Easy to Love, Hard to Discipline*", Dr. Bechy A. Bailey notes that parents often try to control their children's behavior instead of teaching them certain behaviors. "To discipline and to teach are the same thing", and "to teach someone something is to demonstrate by one's own example". The issue of curbing parental excesses and abuse is a rather controversial one.¹

As is well known, according to Romanian criminal law, the act of a parent or any person entrusted with the upbringing and education of a minor, of seriously endangering the physical, intellectual or moral development of the minor by any kind of measures or treatment constitutes a crime and is part of the category of offenses against the family. There is no doubt that today the increase in violence against children is one of the most serious social problems facing contemporary societies. The application of the so-called saying 'a beating is like a beating out of heaven', which used to be recognized by custom, can only lead to parents being punished by depriving them of their parental rights and even to criminal liability for the crime of ill-treatment of a minor. Therefore, under no circumstances should the child be disciplined by means of humiliating forms of verbal, mental or physical discipline, which are likely to affect the child's dignity, mental and physical integrity or even his or her life. If the State bodies, through the representatives of the General Directorate for Social Assistance and Child Protection, establish that there are reasonable grounds to support the existence of a situation of imminent danger to the child caused by abuse, the child may be placed in emergency foster care.

The child has the right to respect for his or her personality and individuality and may not be subjected to physical punishment or other humiliating or degrading treatment. Among the prerequisite disciplinary measures are the reprimanding of the child, the prohibition or limitation of certain recreational activities. Measures of discipline of the child can only be determined in accordance with the child's dignity, and physical punishment or punishment which is related to the child's physical or mental development or which affects the child's emotional state is not permitted under any circumstances.

The issue of limiting parental excesses and abuse is a rather controversial one. As is well known, according to Romanian criminal law, the act of a parent or any other person entrusted with the upbringing and education of a minor who seriously endangers the physical, intellectual or moral devel-

¹ B. A. Bailey, *Easy to love, hard to discipline*, Aramis, Bucharest 2011, 15.

opment of the minor by any measures or treatment of any kind constitutes a crime and is included in the category of offenses against the family. In such situations, the legal measure available to remove a state of imminent or actual danger to the life, integrity and liberty of the child is a protection order.

2. DOMESTIC VIOLENCE

Domestic violence is a violation of fundamental rights such as the right to human dignity, the right to life and integrity of the person, the prohibition of inhuman or degrading treatment or punishment, the right to respect for private and family life, the right to liberty and security, the right to protection of personal data, the right to non-discrimination, including on the basis of sex, and the rights of the child as enshrined in the Charter and the United Nations Convention on the Rights of the Child.²

At European level, the most recent legislation adopted in this area, which aims to ensure a minimum level of protection throughout the EU against gender-based violence, is Directive 2024/1385 on combating violence against women and domestic violence.³ According to the Directive, domestic violence is a serious social problem that often goes unrecognized. It can cause serious psychological and physical trauma, with severe consequences for the victim's personal and professional life, because the abuser is usually someone the victim knows and would expect to be able to trust. Such violence can take various forms, including physical, sexual, psychological and economic, and can occur in different types of relationships. Domestic violence often includes coercive control and can occur regardless of whether the perpetrator lives or has lived with the victim.

At the same time, it is expressly emphasized that under-18 persons should benefit from the same protection measures as those afforded to the victim because they are particularly at risk of suffering emotional trauma that may affect their development. Therefore, Member States should take the necessary measures to ensure that emergency prohibition orders, restraining orders and protection orders can be issued in order to ensure the effective protection of victims and their dependants.

States will also be under an obligation to establish and maintain safe places allowing for safe contact between a child and a holder of parental authority who is a perpetrator or suspected perpetrator of violence against women or domestic violence, to the extent that the holder of parental au-

² I. A. Filote - Iovu, "Domestic violence - challenges, difficulties and divergent case-law", *Family Law Review* 1/2021, 105.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:32024L1385>. Romania must transpose the Directive into national law by 14.06.2027.

thority has access. States shall ensure supervision by trained professionals, thus acting in the best interests of the child.

The measures to be taken under Article 19 of the Directive are emergency prohibition orders, restraining orders and protection orders. Where the victim is an adult, they will be issued on request. The orders will have immediate effect and will not be dependent on a victim reporting the crime or initiating an individual assessment.

According to Art. 2 lit. (a) of the Directive, domestic violence means all acts of physical, sexual, psychological or economic violence occurring within the family or the domestic unit, irrespective of biological or legal family ties, or between former or current spouses or partners, regardless of whether the perpetrator lives or has lived with the victim. By

”victim” means any person, regardless of gender, who has suffered harm directly caused by violence against women or domestic violence, including children who have suffered harm as a result of witnessing domestic violence (lit. c).

Domestic violence is also defined by Art. 3b of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention, adopted in 2011) as any act of physical, sexual, psychological or economic violence occurring within the family or household between former or current spouses or partners, regardless of whether or not the perpetrator has shared residence or domicile with the victim.

In Romania, domestic violence is regulated by Law no. 217/2003 on preventing and combating domestic violence, republished, which defines domestic violence and all its forms, also establishing the rights of victims of domestic violence, the social services to which they have access and specific protection measures, as well as the institutions with competences in preventing and combating the phenomenon. The special law also lays down the penalties applicable in the event of contraventions resulting from failure to comply with it, when they do not constitute offenses under criminal law.

3. ECHR CASE LAW ON DOMESTIC VIOLENCE AGAINST ROMANIA

In *Buturugă v. Romania* case,⁴ the Court found that in both domestic and international law, domestic violence is not perceived as being limited to mere acts of physical violence, but includes, among others, psychological violence, harassment or cyber-violence. With this in mind, the authori-

⁴ *Buturuga v. Romania*, ECHR 056 (2020).

ties have an obligation to examine complaints expressing allegations of violation of the secrecy of electronic correspondence in close connection with complaints of violence and to conduct effective investigations to uncover these facts.⁵

In the case of *D.M.D. v. Romania* (application no. 23022/13),⁶ the Court noted that the court had acquitted D.D. at first instance, finding that his “occasional inappropriate conduct towards the applicant” did not constitute a crime. Subsequently, the court held that “isolated, random” acts of violence can be tolerated in the family sphere. The Court considered that Member States should strive to expressly and exhaustively protect the dignity of children, which in turn requires, in practice, an adequate legal framework to ensure the protection of children from domestic violence falling within the scope of Article 3, including: effective deterrence of such serious violations of personal integrity; reasonable measures to prevent ill-treatment of which the authorities knew or ought to have known; and effective official investigations in cases where a person makes a substantiated complaint of ill-treatment. Accordingly, the Court found that the domestic authorities had failed to comply with their procedural obligations under Article 3 of the Convention in that the investigation into the allegations of ill-treatment was ineffective because it took too long and was vitiated by a number of serious deficiencies, finding that there had been a breach of Article 3 of the Convention in procedural terms.

In the case of *E.M. v. Romania* (application no. 20192/07), the applicant claimed that the national authorities failed to carry out an effective investigation following her criminal complaint that the assaults she was subjected to by her husband in front of their one-and-a-half-year-old child had not been properly investigated. The applicant relied on Article 6 of the Convention to complain about the unfairness of the criminal proceedings she had initiated against her husband. In fact, the complaint to the court for the crime of assault or other violence had ended in her husband's acquittal, and the Romanian authorities had not used any extra-judicial means of protection for victims of domestic violence, although the legislation contained provisions to that effect. The Court held that the manner in which the investigation in the case had been conducted was not such as to provide the applicant with effective protection in accordance with the requirements of Article 3 of the Convention. In this connection, the Court emphasized that the criminal justice system had not been properly applied so as to lead to the identification and punishment of the person responsible for the acts

⁵ A. Sinclair-Blakemore, “Cyberviolence Against Women Under International Human Rights Law: *Buturuga v Romania* and *Volodina v Russia* (No 2)”, *Human Rights Law Review* 1 (23)/2023, 1–27.

⁶ *D.M.D. v. Romania*, ECHR 293(2017).

of violence and that not all avenues of investigation had been explored, which was likely to undermine public confidence - and in particular that of victims of domestic violence - in the justice system.

In the case of *O.C.I. and Others v. Romania* (application no. 49450/17),⁷ the applicants argued that the State had a positive obligation to provide children with a safe environment free from domestic violence and corporal punishment. They also argued that the children's best interests of growing up in a safe environment should prevail over the father's interest in being near his children. They considered that the national courts had not examined the family situation in depth and therefore had not correctly interpreted the best interests of the children. In particular, the domestic courts had shown tolerance for abuse of a "moderate intensity" and had transferred all responsibility for the welfare of the children to the Italian authorities. The Court found that the applicants had complained about the way in which the national authorities had interpreted the notion of "serious risk", enshrined in Article 13(b) of the Hague Convention, as a basis for an exception to the principle of returning children to their habitual residence. In the present case, although the domestic courts condemned, in general terms, the abuse of the children and reaffirmed their right to respect for their dignity, they found that the treatment of the second and third applicants by their father had been only occasional acts of violence and that they would not be repeated "with sufficient frequency to fall within the notion of serious risk" and that, consequently, there had been a violation of Article 8 of the Convention.

5. PROTECTION OF MINORS AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN ROMANIA

In the Romanian national legislation, two types of protection orders are regulated by Law no. 26/2024 on the protection order (extended) and Law no. 217/2003, republished, namely:

- the provisional protection order, issued by police officers of the structures subordinated to the Ministry of Internal Affairs, who, in the exercise of their duties, ascertain that there is an imminent risk that the life, physical integrity or liberty of a person may be endangered by an act of domestic violence, in order to mitigate this risk. The possibility of the issuance of a provisional protection order by the police was introduced by Law No. 174/2018 amending and supplementing Law No. 217/2003 on preventing and combating domestic violence;

⁷ *O.C.I. and Others v. Romania*, ECHR 183(2018).

- the protection order issued by the court, at the request of the person whose life, physical or mental integrity or liberty is endangered by an act of violence by a family member, in order to remove the state of danger, being ordered for a maximum period of 12 months.

The issuance of the provisional protection order is a summary, rapid and accelerated procedure, which has been regulated precisely to ensure the victim immediate and effective protection. The competence to issue the provisional protection order lies with the police, which, in the exercise of their duties, ascertain, in accordance with the provisions of art. 28 para. (1) of Law no. 217/2003 and Art. 2 para. (1) of Law no. 26/2024 that there is an imminent risk that the life, physical integrity or liberty of a person may be endangered by an act of domestic violence, in order to mitigate this risk.⁸

Police interventions in cases of domestic violence are based on complaints through the National Single System for Emergency Calls, made in writing or orally, directly or by telephone to the police headquarters by persons involved in domestic violence, by persons who witnessed the domestic violence or by other persons, or are established ex officio.

The situation shall be analyzed on the basis of the risk assessment form. The risk assessment form is structured in two categories, namely the assessment of the risk in terms of the answers given by the victim and the findings of the police officer.

If the risk has been evaluated in the category “there is an imminent risk”, the officer will issue the provisional protection order in accordance with the law. If, as a result of the assessment of the factual situation, it is established that the conditions for issuing the provisional protection order are not met, the police officers are obliged to inform the persons claiming to be victims of domestic violence about the possibility of filing an application for the issuance of a protection order and to provide them with the application form.

The provisional protection order may be ordered, pursuant to Art. 31 para. (1) of Law 217/2003, republished and Art. (1) of Law no. 26/2024 for a period of 5 days, one or more of the following obligations or prohibitions, capable of contributing to the reduction of the imminent risk identified:

(a) temporary eviction of the aggressor from the common residence, whether or not the aggressor is the holder of the property right. If the aggressor has no other source of accommodation, he shall be immediately

⁸ V.I. Domocos, “Provisional Protection Order. Discussions on jurisdiction”, *Family Law Review* 1/2021, 61–82.

provided with information and, at his request, shall be directed to residential centers providing accommodation for the homeless or night shelters run by local public authorities, or any other suitable place. If the aggressor requests accommodation in one of the above-mentioned residential centers, he/she will be immediately referred and directed to the residential centers run by the local public administration authorities or, as the case may be, to other appropriate social centers by the mobile team of representatives of the Public Social Welfare Service;

(b) reintegration of the victim and, where appropriate, of the children in the shared residence;

(c) ordering the offender to keep a specified minimum distance from the victim, members of the victim's family, or the residence, workplace or educational establishment of the protected person;

(d) requiring the aggressor to wear an electronic monitoring device at all times, where an order has been made requiring the aggressor to keep a minimum distance from the victim and, where appropriate, the victim's family members, the protected persons shall agree to wear an electronic monitoring device to enable the compliance of the aggressor with the obligation to wear the electronic monitoring device to be verified;

(e) order the offender to surrender to the police the weapons held.

The same measures are imposed by the judge in the case of a protection order. In addition, the court may also order the aggressor to undergo psychological counseling, psychotherapy and may recommend voluntary hospitalization or, where appropriate, may request non-voluntary hospitalization. If the offender is a user of psychoactive substances, the court may, with his consent, order him to be placed in a drug treatment program. By the same judgment, the court may order a measure to monitor compliance with the protection order and to prevent its breach, such as: ordering the aggressor to report periodically, at a time set by the court according to the circumstances, to the police station responsible for supervising compliance with the protection order; periodic and/or spontaneous checks on the aggressor's whereabouts; ordering the aggressor to inform the police about his new residence, if the order has ordered his eviction from the common residence.

The ordered measures become mandatory immediately after their issuance, without a summons and without the passing of any time limit, and the violation of any of them constitutes a criminal offense and is punishable by imprisonment from 6 months to 5 years. The provisional protection order will be communicated to the aggressor and the victim.

The provisional protection order is also subject to a confirmation procedure. Under Article 34 of Law 217/2003, republished and Article 8 para.

(1) of Law no. 26/2024, it shall be submitted by the police unit of which the issuing officer is a member, for confirmation, to the public prosecutor's office of the competent court within whose territorial radius it was issued, within 24 hours from the date of issuance, together with the risk assessment form and the evidence gathered. Within 48 hours of the provisional protection order being issued, the public prosecutor will decide whether the protective measures ordered by the police body should be maintained. If he or she confirms them, he or she will affix an administrative resolution to the original copy of the protection order and forward it to the competent court within whose territorial radius it was issued, accompanied by a request for the issuance of the protection order. In this case, the initial duration for which the protection order was issued shall be extended, by operation of law, by the time necessary to complete the judicial proceedings for the issuance of the protection order, with the perpetrator being informed of this fact.

If the public prosecutor finds that it is no longer necessary to maintain the protection measures ordered, he shall order the termination of the protection measures, stating the reasons on which he is based and the date from which they are to be terminated. At the same time, he will immediately inform the police unit that submitted the provisional protection order, which will take steps to inform the persons concerned immediately.

At the expiry of the duration of the protection measures, the protected person may apply for a new protection order if there are indications that, in the absence of the protection measures, his or her life, physical or mental integrity or liberty would be endangered.

In practice, when there are minor children, the courts must order, when issuing the protection order, the custody of the minor children and their residence for the duration of the protection order with the non-offending parent, when the victims of the aggression are the children and the victim's husband.⁹

In general, the courts consider that in the circumstances in which both parties (parents) prove to be careless in relation to the need to protect minors from that tense atmosphere, it appears to be unfair to sanction the defendant exclusively with the restrictive measures implied by the protection order.¹⁰

⁹ N. A. Daghe, “Protection order issued during a state of emergency. Implied limitations on the exercise of joint parental authority”, *Dreptul* 10/2020, 165–175.

¹⁰ C. M. Crăciunescu, “Child protection in the context of domestic violence”, *Family Law Review* 1/2023, 142; R. Baptista Dos Santos, Efeitos da violência doméstica sobre o regime de guarda a convivência parental: análise à luz do direito brasileiro, *Family Law Review* 2/2024, 72–93.

In one case, the Court of Appeal held that it had not been argued why the protection order should also have been issued for the benefit of the parties' daughter, at the applicant's request. Thus, it was not proved that the appellant had committed any act of violence against the minor. Even if some acts of verbal or even physical violence were committed by the appellant against the respondent in the presence of their daughter (as is apparent from the audio recording submitted in evidence), it cannot be considered that these acts of violence were in any way directed against the minor. Consequently, having regard also to the imperative need to ensure, as far as possible, that the relationship between the non-resident parent and the child is preserved, the Court of Appeal set aside the order for the protection order in respect of the minor as well.

In another case, the court held that the child was in the house used with his mother, and was therefore present at the time of the incident between his parents. It was held that he is a child with special needs, being dependent on the presence and help of one of his parents, and from the parties' submissions and the evidence adduced in the case it can be inferred that he is in the care of his mother, who is in principle the one who takes care of the child's daily needs. The assault took place against the caregiver and, in the light of the child's personal situation, this incident may have given rise to a state of fear which meets the requirements of psychological violence. With regard to the period for which the protection order is to be issued, it is considered that a period of 2 months is sufficient to remove the state of danger to the child. This period is considered by the court to be sufficient and necessary to remove the state of danger, but also to ensure a balance between the right of the child to benefit from a secure environment for development and the right to benefit from personal relations with both parents. Accordingly, the court reduced the term for which the child protection order was issued from 6 months to 2 months.¹¹

6. CONCLUSIONS

In the context of domestic violence, when the victim of the aggression is only the other parent and the child's health, integrity and life are not endangered, the right of the child and the parent to maintain personal relations will have to be respected and the guardianship court must establish the concrete ways of carrying out this program, so as not to contravene the measures ordered by the protection order (for example, direct contact with the child by audio and video messages on WhatsApp, FaceTime or other platforms, picking up the child from school, kindergarten after school hours, etc.). As a rule, in practice, the courts consider that the parent who

¹¹ L. Irinescu, *Family law*, Hamangiu Publishing House, Bucharest 2024, 455.

has been restrained from approaching the spouse's home, where their minor child also lives, should find ways to contact the child without violating the measures ordered by the protection order (picking up the child from school, kindergarten, meeting at certain locations, keeping in touch by means of distance communication, etc.). All these measures are designed to lead to alienation of children.

Where the child is the direct victim of the abuser-parent, including all forms of violence, the guardianship court is obliged to take all measures to protect the child, even when the application for a protection order only concerns the other parent, but the evidence as a whole shows that the child is also being abused. The same applies where the measures concerning the exercise of parental authority and the child's residence have been settled by another judgment.

LIST OF REFERENCES

1. Becky A., Bailey, *Easy to love, hard to discipline*, Aramis, Bucharest 2011;
2. Rogério Baptista Dos Santos, Efeitos da violência doméstica sobre o regime de guarda a convivência parental: análise à luz do direito brasileiro, *Family Law Review* 2/2024;
3. Cristina Maria, Crăciunescu, "Child protection in the context of domestic violence", *Family Law Review* 1/2023;
4. Nadia A., Daghe, "Protection order issued during a state of emergency. Implied limitations on the exercise of joint parental authority", *Dreptul* 10/2020;
5. Vasile Ioan, Domocoș, "Provisional Protection Order. Discussions on jurisdiction", *Family Law Review* 1/2021;
6. Lavinia, Alexandra, Filote, Iovu, "Domestic violence - challenges, difficulties and divergent case-law", *Family Law Review* 1/2021;
7. Laurentiu, Irinescu, *Family law*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2024;
8. Alice, Sinclair-Blakemore, "Cyberviolence Against Women Under International Human Rights Law: *Buturuga v Romania* and *Volodina v Russia* (No 2)", *Human Rights Law Review* 1 (23)/2023;
9. ECHR 293(2017), *D.M.D. v. Romania*;
10. ECHR 183(2018), *O.C.I. and Others v. Romania*;
11. ECHR 056(2020), *Buturuga v. Romania*.

Проф. др Мария Викторовна Кауракова

Кафедры правового регулирования экономической деятельности
Финансового университета при Правительстве РФ,
Москва, Российская Федерация

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ И ИНЫХ МЕР ДЛЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОГО ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ТЭК РОССИИ В УСЛОВИЯХ САНКЦИОННОГО ДАВЛЕНИЯ

Цель настоящего исследования состоит в анализе действующих специальных экономических и иных мер, введенных в отечественном правовом порядке для обеспечения эффективного функционирования различных отраслей топливно-энергетического комплекса России через минимизирование рисков негативного влияния односторонних мер давления, принятых отдельными государствами и их интеграционными объединениями в отношении России и представляющих ее физических и юридических лиц. В соответствии с такой целью данная статья направлена на решение следующих задач: (1) отразить правовую основу введения специальных экономических, принудительных и иных мер; (2) охарактеризовать их, привести примеры и указать особенности их применения; (3) отразить последствия их обхода и неисполнения. Методологическую основу исследования составляют следующие методы: диалектический, системный и метод моделирования.

Ключевые слова: Безопасность; Недружественное государство; Специальные экономические и принудительные меры; Обход; Нарушение.

* * *

В отношении российского правового порядка и подчиненных ему лиц отдельными государствами и их интеграционными объединениями

приняты беспрецедентные по масштабам и воздействию ограничительные меры давления. Они противоречат действию норм и принципов международного права, заложивших надежную основу для предсказуемого и эффективного развития системы межгосударственного взаимодействия. В ответ на такую неконструктивную позицию отдельных государств и их объединений компетентные органы государственной власти России вводят меры, предусмотренные тремя актами, принятыми во исполнение положений основного закона государства, применимых актов международного и национального права:

- Федеральным законом от 30.12.2006 № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах и принудительных мерах»;
- Федеральным законом от 28.12.2010 № 390-ФЗ «О безопасности»;
- Федеральным законом от 04.06.2018 № 127-ФЗ «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств».

Указанные выше нормативно-правовые акты закрепляют за главой государства и наделяют его высший исполнительный орган полномочиями по введению и реализации данных мер, устанавливают правовую основу и определяют цели, принципы и порядок их применения для недопущения внешнего вмешательства во внутренние дела России, которое через прямое воздействие на отечественную экономику препятствует полноценной реализации тех задач, которые она преследует в рамках цели, заданной в ее основном законе, – обеспечить благополучие и процветание российского государства, на основе реализации мер, обеспечивающих его экономическую безопасность.

Последняя во многом зависит от эффективного функционирования его топливно-энергетического комплекса («ТЭК»). Несмотря на имеющие место глобальные процессы трансформации мировой энергетической системы, Россия - в числе государств-лидеров по производству, потреблению и экспорту различных энергоресурсов. Негативное воздействие на порядок функционирования ТЭК создает угрозу ее экономической безопасности. Поэтому для противодействия таким угрозам Президент Российской Федерации вводит в порядке, предусмотренном ст. 4.2 ФЗ № 127-ФЗ, особый порядок совершения различного рода сделок, операций либо действий, а также устанавливает отдельные запреты и ограничения прав физических и юридических лиц из недружественных правовых порядков (либо подконтрольных им) для стабилизации ситуации в рассматриваемых нами сферах.

Это вынужденные меры противодействия негативному влиянию отдельных государств и их объединений на отечественную экономику.

ку, фундаментальные социально-экономические права российских физических и юридических лиц. Они предусмотрены указанными выше актами, направлены на достижение цели, изложенной в ст. 1 ФЗ № 127-ФЗ, вводятся наряду с иными мерами¹ в особом порядке, предусмотренном такими актами, носят срочный характер и подлежат неукоснительному исполнению как со стороны субъектов публичного, так и частного права в отечественном правовом порядке. Под последними также понимаются иностранные юридические лица, присутствующие в России через аккредитованные филиалы и представительства (ч. 4 ст. 1 ФЗ № 127-ФЗ).

Между тем, следует отметить, что несмотря на то, что в данном случае речь идет об ответных мерах, порядок их закрепления свидетельствует о недопустимости их квалификации в качестве реторсий (ст. 1194 Гражданского кодекса Российской Федерации), так как они не призваны восстановить справедливость через ограничение прав нарушителя (под которым мы понимаем иностранное государство, которое ввело односторонние меры давления в отношении России), а направлены на недопущение дальнейшего нарушения интересов отечественного правового порядка (ст. 2 ФЗ № 281-ФЗ и ст. 1 ФЗ № 127-ФЗ). Иными словами, в данном случае имеет место не воздаяние за правонарушение, а недопущение дальнейшего нарушения интересов российского правового порядка.

Указом Президента Российской Федерации от 30 июня 2022 г. N 416 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций» закреплена процедура принудительного изъятия капиталовложений отдельного иностранного лица из недружественного правового порядка (Сахалин энерджи инвестмент компани лтд.) как исключительная мера, вызванная необходимостью обеспечения интересов безопасности отечественного правового порядка при реализации Соглашения о разработке Пилтун-Астохского и Лунского месторождений нефти и газа, заключенного 22 июня 1994 г. на условиях раздела продукции. Она реализуется в соответствии с установленной российским законодательством открытой процедурой посредством передачи юридическому лицу, созданному на основе Постановления Правительства РФ от 02.08.2022 № 1369 «О мерах по реализации Указа Президента Рос-

¹ Федеральный закон от 8 декабря 2003 года № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»; Федеральный закон от 28 декабря 2012 года № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» // Справочно-информационная система Консультант плюс.

сийской Федерации от 30 июня 2022 г. N 416», всех прав и обязанностей иностранного лица по данному соглашению; не носит дискриминационного характера и сопровождается выплатой иностранному инвестору денежных средств от продажи доли его участия через зачисление на отдельные счета в порядке, предусмотренном Указом Президента Российской Федерации от 5 марта 2022 г. № 95 «О временном порядке исполнения обязательств перед некоторыми иностранными кредиторами».

Для совершения отдельных корпоративных и инвестиционных сделок в сфере ТЭК с участием представителей недружественных государств необходимо получение разрешений, выдаваемых компетентными органами государственной власти, являющихся основанием для их совершения в новых, не характерных для развития комплекса условиях (ст. 5 Указа Президента РФ от 05.08.2022 № 520 «О применении специальных экономических мер в финансовой и топливно-энергетической сферах в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»).

Эти меры действуют до 31 декабря 2025 г. в отношении всех сделок либо операций с правами участия в российских юридических лицах (включая права участия в различных инвестиционных проектах, реализуемых на территории отечественного правового порядка), принадлежащих лицам, связанным с правовыми порядками, вводящими такие ограничения. Для цели исполнения данного подзаконного акта такая связь с иностранным правовым порядком определяется через (1) гражданство, (2) место инкорпорации, (2) место деятельности, (4) место извлечения прибыли от такой деятельности либо (5) осуществление контроля в отношении указанных лиц, которым принадлежат права участия в российских юридических лицах, представляющих ТЭК России. Иными словами, она характеризуется в качестве тесной правовой и фактической связи с недружественной страной.

К примеру, как это изложено в Постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 27.02.2023 № Ф06-10967/2021 по делу № А06-12408/2018, реализация заложенного имущества (долей участия в ООО «НК Энергия» и ООО «Астрахань-Нефть» - стратегических предприятий, занятых добычей нефти на участках недр федерального значения)² при неисполнении заемщиком («Астрахань Ойл Корпо-

² Перечень участков недр федерального значения на основе действия ст. 2.1 Закона РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах» публикуется высшим исполнительным органом (Постановление Правительства РФ от 07.11.2008 № 823 «О порядке официального опубликования перечня участков недр федерального значения в

рейшн Лимитед» (Кипр) обязательств по договору об открытии срочной кредитной линии перед кредитором (залогодержателем), представляющим недружественное государство (Morgan Stanley Bank International Limited (Великобритания) запрещена на основе действия пп. «е» п. 2 Указа № 520. Сделки, совершенные в течение срока действия рассматриваемого акта в обход его требований либо в его нарушение, признаются ничтожными.

Закрепленный Указом № 520 запрет распространяется на любые сделки с правами участия в отношении (а) юридических лиц, поименованных в перечне, утвержденном Указом Президента Российской Федерации от 4 августа 2004 г. N 1009 «Об утверждении перечня стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ», а также (б) хозяйственных обществ, в которых указанные выше юридические лица прямо или косвенно участвуют; (в) по Соглашениям о разделе продукции (Чайво, Одопту, Аркутун-Дагинское и Харьягинское месторождения); (г) хозяйственных обществ, поименованных в перечне, приложенном к Распоряжению Президента РФ от 09.11.2022 N 372-рп; (е) пользователей участками недр при соответствии критериям, указанным в данном пункте Указа № 520.

Отсутствие разрешения ведет к невозможности совершения корпоративных и инвестиционных сделок, предусмотренных п. 1 указанного акта, с лицами, представляющими «недружественные государства», перечень которых закреплен Распоряжением Правительства РФ от 05.03.2022 № 430-р «Об утверждении перечня иностранных государств и территорий, совершающих недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц». Однако следует иметь в виду, что из-под запрета, установленного Указом № 520, выведены любого рода сделки, действия либо мероприятия, предусматриваемые Указом Президента Российской Федерации от 30 июня 2022 г. № 416 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций» и Федеральным законом от 14 июля 2022 г. № 320-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О приватизации государственного и муниципального имущества», отдельные законодательные акты Российской Федерации и об установлении особенностей регулирования имущественных отношений».

Помимо вышеизложенного, как это следует из текста Решения Арбитражного суда Московской области от 29.08.2022 г. по делу №

A41-54894/2022, ни Соглашением о совместном предприятии в отношении разведки и добычи жидких и газообразных углеводородов на основании Салымских лицензий, заключенном Gazprom Neft Finance B.V., Публичной компанией с ограниченной ответственностью «Салым Петролеум Девелопмент Н.В. », Компанией с ограниченной ответственностью Шелл Салым Девелопмент Би Ви, ни Договором на поставку сырой нефти № NINA7D5/MOS/18/0342 от 21.12.2018 г., заключенном Шелл Трейдинг Раша Би Ви с Публичной компанией с ограниченной ответственностью «Салым Петролеум Девелопмент Н.В.». не предусмотрена возможность приостановки действия этих контрактов либо их расторжения в одностороннем порядке, что на основе действия основополагающего принципа частного и публичного права «*pacta sunt servanda*» требует исполнения контрактных обязательств так, как стороны об этом договорились. Иными словами, контракты нерушимы за исключением тех случаев, когда при заключении либо исполнении контрактов выявлено то, что ни при каких обстоятельствах не может вести к их предсказуемой и эффективной реализации в интересах всех связанных ими сторон.

Указом Президента РФ от 07.10.2022 № 723 «О применении дополнительных специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций» предусматривается процедура принудительной передачи всех прав и обязанностей иностранных лиц, представляющих недружественные правовые порядки, по заключенному 30 июня 1995 г. Соглашению о разделе продукции в отношении разработки месторождений Чайво, Одопту и Аркутун-Даги. При этом, специфика такой передачи заключается в следующем:

(1) высшим исполнительным органом Российской Федерации создается российское юридическое лицо (ООО «Сахалин-1»), к которому переходят все права и обязанности сторон данного соглашения (Постановление Правительства РФ от 12.10.2022 № 1808 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 7 октября 2022 г. № 723»);

(2) в месячный срок с даты создания ООО «Сахалин-1» иностранные лица направляют в указанный выше орган уведомления о согласии принять в собственность доли в уставном капитале этого юридического лица с приложением документов, подтверждающих их права участия в соглашении;

(3) в случае, если доля не была передана по основаниям, указанным в Указе № 723 иностранному лицу, осуществляется ее прода-

жа с зачислением денежных средств на отдельный счет в порядке, предусмотренном Указом Президента РФ № 95;

(4) любое имущество, которое создано либо приобретено в рамках реализации соглашения, подлежит передаче в государственную (федеральную) собственность с последующей передачей в безвозмездное пользование обществу;

(5) высшим исполнительным органом проводится комплексный аудит, включающий анализ финансовой, экологической, технологической и иной деятельности иностранных лиц и их коммерческих предприятий на условиях действия соглашения с целью установления размера ущерба, нанесенного неисполнением либо ненадлежащим исполнением ими принятых на себя обязательств;

(6) возмещение реального ущерба осуществляется за счет средств, зачисленных на отдельные счета, в порядке, рассмотренном нами ранее;

(7) с даты вступления в силу Указа Президента № 723 все споры между сторонами соглашения разрешаются в Арбитражном суде города Москвы на основе российского материального права; вся разрешительная и иная документация, полученная либо оформленная на консорциум или оператора, считается выданной ООО «Сахалин-1».

Указом Президента РФ от 27.12.2022 № 961 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с установлением некоторыми иностранными государствами предельной цены на российские нефть и нефтепродукты» с 1 февраля 2023 г. по 30 июня 2025 г. установлен запрет на морские перевозки российскими поставщиками сырой нефти и сырых нефтепродуктов, полученных из битуминозных пород (код ТН ВЭД ЕАЭС 2709 00 900), в адрес любых юридических и физических лиц, представляющих правопорядки, которые ввели и реализуют так называемый «механизм фиксации предельной цены» рассматриваемых товаров отечественного происхождения. Отдельным подзаконным актом (Постановлением Правительства РФ от 28.01.2023 № 118 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 27 декабря 2022 г. № 961») предусмотрен порядок проведения мониторинга исполнения указанных выше положений Указа Президента № 961. Такой мониторинг на регулярной основе осуществляет Министерство энергетики Российской Федерации. Контроль за исполнением Указа Президента № 961 возложен на межведомственную рабочую группу по вопросам, связанным с деятельностью в сфере ТЭК.

25 апреля 2023 г. вступил в силу Указ Президента РФ от 25.04.2023 № 302 «О временном управлении некоторым имуществом», в настоящее время действующий в редакции от 04 апреля 2025 г. Данным подзаконным актом в отечественном правовом порядке закрепляется правовой институт временного управления имуществом на территории России, принадлежащего иностранным лицам из правовых порядков, в которых отдельными нормативными актами российские физические и юридические лица лишаются либо ограничиваются в правах собственности на имущество, находящееся на территории таких государств. Он предусматривает перечень такого имущества, которое подлежит передаче под управление, закрепляет полномочия компетентного органа государственной власти по управлению таким имуществом (Росимущество), устанавливает общий порядок управления таким имуществом. Это отдельный институт российского права, который, по нашему мнению, имеет все основания для широкого применения на практике в отличие от правового института национализации. У них разные правовые основы, механизм реализации и последствия.

Указами Президента РФ от 19.12.2023 № 965 и № 966 «О специальных экономических мерах в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций» в отечественном правовом порядке закреплена процедура принудительного изъятия капиталовложений иностранных лиц из недружественных правовых порядков как исключительная мера, вызванная необходимостью обеспечения интересов безопасности отечественного правового порядка при освоении Южно-Русского и Уренгойского (Ачимовских отложений) месторождений газа, конденсата и нефти, реализуется в соответствии с открытой процедурой, установленной российским законодательством, не носит дискриминационного характера.

Такая процедура сопровождается принудительным преобразованием акционерных обществ в общества с ограниченной ответственностью с выплатой иностранным инвесторам денежных средств от продажи их долей участия в порядке, ранее рассмотренном нами по Указу № 416 В случае инициирования иностранными инвесторами международных разбирательств против России на основании Договора к Энергетической хартии в связи с принятием данных подзаконных актов (см. Определение Арбитражного суда г. Москвы от 29.04.2025 по делу № А40-92702/25-56-674 «О принятии обеспечительных мер») решением компетентного арбитражного суда Российской Федерации можно обязать таких инвесторов, арбитров и третейскую инстанцию

установить запрет в отношении инициированного разбирательства в порядке предусмотренном ст. 248.2 АПК РФ.³

На основе использования метода моделирования, а также диалектического и системного методов нами достигнута цель настоящего исследования, которая состояла в анализе действующих специальных экономических и иных мер, введенных в отечественном правовом порядке для обеспечения эффективного функционирования различных отраслей топливно-энергетического комплекса России через минимизирование рисков негативного влияния односторонних мер давления, принятых отдельными государствами и их интеграционными объединениями в отношении России и представляющих ее физических и юридических лиц. В настоящем исследовании последовательно освещены следующие вопросы: (1) правовая основа введения специальных экономических, принудительных и иных мер; (2) их характеристика, примеры и особенности их применения; (3) последствия обхода и неисполнения таких мер, которые рассматриваются в качестве эффективных, позволяющих различным отраслям отечественного ТЭК предсказуемо развиваться в сложных геополитических условиях.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ;
2. Гражданский кодекс Российской Федерации;
3. Определение Арбитражного суда г. Москвы от 29.04.2025 по делу № А40-92702/25-56-674 «О принятии обеспечительных мер»;
4. Постановление Правительства РФ от 02.08.2022 № 1369 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 30 июня 2022 г. N 416»;
5. Постановление Правительства РФ от 12.10.2022 № 1808 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 7 октября 2022 г. № 723»;
6. Постановление Правительства РФ от 28.01.2023 № 118 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 27 декабря 2022 г. № 961»;
7. Постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 27.02.2023 № Ф06-10967/2021 по делу № А06-12408/2018;

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ // Справочно-информационная система Консультант плюс.

8. Распоряжение Правительства РФ от 05.03.2022 № 430-р «Об утверждении перечня иностранных государств и территорий, совершающих недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц»;
9. Распоряжение Президента РФ от 09.11.2022 N 372-рп;
10. Решение Арбитражного суда Московской области от 29.08.2022 г. по делу № А41-54894/2022;
11. Указ Президента Российской Федерации от 30 июня 2022 г. N 416 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»;
12. Указ Президента Российской Федерации от 30 июня 2022 г. № 416 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»;
13. Указ Президента Российской Федерации от 4 августа 2004 г. N 1009 «Об утверждении перечня стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ»;
14. Указ Президента Российской Федерации от 5 марта 2022 г. № 95 «О временном порядке исполнения обязательств перед некоторыми иностранными кредиторами»;
15. Указ Президента РФ от 05.08.2022 № 520 «О применении специальных экономических мер в финансовой и топливно-энергетической сферах в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»;
16. Указ Президента РФ от 07.10.2022 № 723 «О применении дополнительных специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»;
17. Указ Президента РФ от 19.12.2023 № 965 «О специальных экономических мерах в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»;
18. Указ Президента РФ от 19.12.2023 № 966 «О специальных экономических мерах в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций»;
19. Указ Президента РФ от 25.04.2023 № 302 «О временном управлении некоторым имуществом»;
20. Указ Президента РФ от 27.12.2022 № 961 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с установлением некоторыми иностранными государствами предельной цены на российские нефть и нефтепродукты»;

21. Федеральный закон от 04.06.2018 № 127-ФЗ «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств»;
22. Федеральный закон от 14 июля 2022 г. № 320-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О приватизации государственного и муниципального имущества», отдельные законодательные акты Российской Федерации и об установлении особенностей регулирования имущественных отношений»;
23. Федеральный закон от 28 декабря 2012 года № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации»;
24. Федеральный закон от 28.12.2010 № 390-ФЗ «О безопасности»;
25. Федеральный закон от 30.12.2006 № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах и принудительных мерах»;
26. Федеральный закон от 8 декабря 2003 года № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности».

Associate Professor Maria Kaurakova, LL.D.

Department of Legal Regulation of Economic Activities of the
Financial University under the Government of the Russian Federation

SPECIFICS OF SPECIAL ECONOMIC AND OTHER MEASURES' APPLICATION TO ENSURE THE EFFICIENT FUNCTIONING OF THE FUEL AND ENERGY COMPLEX OF RUSSIA IN TERMS OF SANCTIONS

Summary

The main aim of the present paper is to analyze the existing special economic and other measures introduced in the domestic legal system to ensure the effective functioning of various sectors of the fuel and energy complex of Russia through minimizing the risks of the negative impact of unilateral coercive measures taken by different states and their associations in relation to Russia and its natural persons and legal entities. In accordance with this goal, this paper pursues the end to solve the following tasks: (1) to consider the legal basis for the introduction of special economic, coercive and other measures; (2) to characterize them, give examples and features of their application; (3) to consider the consequences of their circumvention and failure to adhere to them. The methodological basis of the paper represents dialectical, systematic and modeling method.

Key words: Security; Unfriendly state; Special economic and coercive measures; Evasion; Violation.

Associate Professor Cinzia Valente, LL.D.

University of Modena and Reggio Emilia
Department of Education and Human Sciences, Italy

PROTECTION AND AUTONOMY: EXPLORING THE CHALLENGES OF SAFEGUARDING VULNERABLE PARTIES THROUGH A COMPARATIVE LENS

The article examines how Italian and English family law recalibrate the autonomy-protection balance at marital breakdown, with a particular focus on the spouse who is perceived to be the "weaker" party. The central question posed in this study is whether the current legal framework can be reconciled with substantive equality and a minimum floor of post-relationship solidarity. The study employs a comparative approach, complemented by a socio-legal and normative analysis drawing on vulnerability theory and selective use of caselaw. It has been demonstrated that within the Italian legal framework, the primary protection remedy is predominantly characterised by rule-based mechanisms, with property regimes and maintenance payments being instrumental in its implementation. However, a notable shift in jurisprudence has been observed, transitioning from a lifestyle benchmark to a more comprehensive, assistential and egalitarian model that acknowledges the contributions of domestic and care work, with the objective of promoting autonomy. In the English model, property rules are balanced by equitable adjustment and financial relief is organised around needs-sharing-compensation. There is a clean-break preference (lump sums, property adjustment, pension sharing) and restrained, often term-limited, periodical payments. The conclusion drawn therein asserts that both systems are increasingly prioritising the facilitation of fair transitions over the provision of lifetime annuities. However, it is crucial that they are more consistent in operationalising vulnerability-conscious equality to prevent upstream inequalities from producing downstream injustice. In such a context, the application of a model of regulated privatisation, incorporating a de-giurisdictionalisation approach, is a defensible proposi-

tion. Private ordering should be encouraged, but it should be bounded by a minimum solidarity floor, robust disclosure, equity review of settlements, and targeted state intervention, especially for children and other vulnerable groups.

Key words: Autonomy; Protection; Weaker party; Family crisis; Privatization; Judicial discretion; Fairness.

1. BETWEEN AUTONOMY AND PROTECTION: RECALIBRATING REGULATION IN CONTEMPORARY FAMILY LAW

The field of family law has undergone significant transformations in recent decades¹. These shifts, which have been influenced by cultural, political, and institutional change, have resulted in gradual yet significant developments at the normative level. However, it should be noted that legislative innovation has not always been accompanied by immediate change in practice.

In the context of systems belonging to the Western tradition², there has been a marked tendency towards greater emphasis on individual autonomy and the privatisation of family relations. This transition can be attributed to an increased focus on fundamental rights within these systems. Interpersonal relationships were once rigidly governed by mandatory rules of a public-law character. However, these relationships have – albeit within certain limits – progressively freed themselves from stringent state control in favour of private ordering.

The secularisation of marriage, the emancipation of women, the decline of marriage as the predominant family model, and heightened sensitivity to children's needs are among the factors that have eroded the patriarchal paradigm and deconstructed traditional family authority. Conversely, there has been an increasing emphasis on individual subjectivity, leading several legal systems to adopt a more pluralistic approach to family structures. In these systems, individual self-determination is paramount in

¹ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille, le droit. 1968 -1998. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant – LGDJ, 1999; F. D. Busnelli, "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 520; V. Scalisi, "«Famiglia» e «Famiglie» in Europa", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 23.

² We can see the following essay: J.B. Singer, "The Privatization of Family Law", *Wisconsin Law Review*, 1992, p. 1443 ss. Although the text analyses the U.S. context of the 1990s, it anticipates issues that remain salient today, highlighting risks such as the exacerbation of gender inequalities and the impairment of the child's best interests. It therefore advances a model of regulated privatisation that couples party autonomy with minimal state involvement—through limited judicial mechanisms, adequate information, and, where appropriate, binding constraints.

the selection of family relationship, the conduct of relationships, and their dissolution. The traditional vertical structure of adult family relations, characterised by the husband's dominant role, has been superseded by a horizontal conception that is founded on principles of equality and reciprocity. Concurrently, the introduction of the concept of parental responsibility has prompted a re-evaluation of the child's erstwhile "subordinate" status, acknowledging a gradual attainment of autonomy even within relationships with the primary adult caregiver³.

In order for the process of privatisation⁴ to be considered effective, it is essential that the state does not relinquish its authority in favour of the individual⁵. Instead, it demands a reconfigured understanding of the regulatory function - one that safeguards private autonomy while respecting fundamental rights and principles of public order. Consequently, there remains a greater scope for state intervention in the protection of children, who are vulnerable subjects whose welfare must be secured when those responsible for them fail to do so. However, the de-institutionalisation of the family should not result in regulatory indifference; rather, it should guarantee a relational space that is open to self-organisation within clearly defined legal frameworks.

It is important to note that this orientation does not necessarily constitute an obstacle to the identification of certain challenges. However, we do not ignore that this increased responsibility may potentially result in de facto inequalities or the entrenchment of existing asymmetries, whether economic or psychological. This could necessitate the implementation of

³ See: C. Valente, *Autonomia e tutela: il doppio filo della crescita del minore nella società digitale*, in M. D. Panforti (a cura di), *Crescere. Ricerche pluridisciplinari sullo sviluppo della persona*, Mucchi editore, 2025, p. 99 – 123.

⁴ A compelling sociological critique of the public-private divide in the family-law domain may be found in P. Donati, "Il diritto di famiglia come diritto relazionale", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2022, 4, p. 1652 ss.; proceeding from the premise that law does not succeed in regulating relationships—since it intervenes through norms that privilege subjective positions—the author posits the need to conceive of a law "that is neither strictly public nor strictly private, but is essentially a communitarian law." (p. 1657).

⁵ On the role of private autonomy in family law, see, among others, A. Zoppini, "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Rivista di Diritto Civile*, 2022, p. 213 ss.; M. Palazzo, "Contratti in vista del divorzio e assegno post-matrimoniale", *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018, 1, p. 255; P. Stanzione e G. Autorino, *Autonomia privata e accordi coniugali*, in F. Ruscello, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Cedam, 2006, p. 19; G. Autorino Stanzione, "Autonomia negoziale e rapporti coniugali", *Rassegna di diritto civile*, 2004, p. 23; C.M. Bianca, *Il familiare debole: l'impegno della giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, in AA.VV. *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Cedam, 1991, p. 87; F. Santoro-Passarelli, "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945, p. 3.

supportive and rebalancing measures for the weaker party in the relationship (typically the female partner), for minors, and for other vulnerable individuals (including older adults, persons with disabilities, and so forth). The issue of autonomy and substantive equality among family members is of considerable significance and may indeed give rise to conflict⁶.

The tension between these considerations, which are of fundamental importance, becomes most apparent at moments of family breakdown. At such times, the need to manage a new economic and familial settlement is shaped not only by the emotional pressures associated with the disintegration of the household, but also by legal-economic factors arising from choices made when the crisis was not yet foreseeable. Across different legal orders, these dynamics give rise to substantial divergences linked to the applicable legal framework, the scope accorded to private autonomy, or the breadth of judicial discretion.

The purpose of this essay is to examine the position of the weaker party in proceedings concerning the dissolution of the family unit, which is based on marriage.

2. MAPPING VULNERABILITY: ECONOMIC, SOCIAL, AND PERSONAL FACTORS IN DIVORCE PROCEEDINGS

In contemporary family law, the identification of the "weaker party" becomes a pivotal consideration upon the dissolution of the marital bond. This is necessary in order to determine the economic and social consequences that each spouse will have to face. The condition of weakness does not have to be linked to any preconceived identity marker, such as sex. Rather, it must be based on functional and relational assessments, carried out on a case-by-case basis. These assessments aim to identify which spouse is more exposed to the adverse effects of marital breakdown in economic, existential, and, not infrequently, personal and social terms⁷. However, statistical evidence indicates that women frequently encounter disadvantages due to the prevailing practice of assuming primary family responsibilities, the existence of demonstrable pay disparities relative to men in analogous roles, exclusion from certain high-compensated roles, and delayed entry into the labour market.

⁶ F. Swennen, "Family (Self-)Governance at the Boundaries of a Privatized Family Law. A Belgian Exploration", in *European Review of Private Law*, 2011, 19, 2, pp. 209 – 223.

⁷ M. Sesta, "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Famiglia e diritto*, 2018, 11, p. 983.

It is imperative to acknowledge that the primary function of protection should not be one that is characterised by paternalistic tendencies⁸. Instead, its role should be oriented towards the promotion of autonomy, with the objective of neutralising the potentially distortive effects that may arise from the joint pursuit of the couple's life project. A series of factors, including the dissolution of the bond, the cessation of cohabitation, and the interruption of the common life project, may, to the detriment of the vulnerable spouse, generate an imbalance in bargaining power, a concrete reduction in the prospects of economic self-sufficiency, the risk of losing housing, an increased share of childcare responsibilities, and, more generally, a curtailment of opportunities to conduct a free and dignified life.

Vulnerability is a multidimensional concept, encompassing economic factors (income, assets, access to credit), intra-family choices (career interruptions or slowdowns due to caregiving), personal position (educational qualifications, marketability of skills, age, health), social conditions (local labour market, availability of welfare services and family networks), and psychological elements in cases of violence.

In such a context, the weaker party's self-determination is gravely impaired (and thus the need for protective intervention is triggered), with the result that leaving the property settlement solely to private initiative may prove conducive to inequitable outcomes.

The "weaker party" is thus the spouse who, as a result of a functional division of roles, whether negotiated or internalised during cohabitation, has shouldered the predominant burden of childcare, domestic management, and organisation of family life, sacrificing professional capital and experiencing less continuity of income. This category also includes spouses who, despite being formally employed, have unstable earnings; those who, due to living with disability or illness, suffer a diminished work capacity; and those who face linguistic or administrative barriers (as in the case of foreign spouses, who are often constrained by precarious residence status or difficulties in recognising educational credentials).

The onset of a marital crisis has been shown to disrupt the equilibrium and economies of scale of the couple, thereby exposing economic disparities and the discrepancy between needs and available resources for the spouse who (belatedly) re-enters the labour market.

Acknowledging these dynamics, legal systems have devised a range of protective instruments, legislative and jurisprudential in nature, of varying intensity across jurisdictions, also influenced by the breadth of judicial discretion.

⁸ A. Spadafora, "Dal matrimonio dissolubile al patrimonio indissolubile: il radicarsi di un paradosso", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2023, 1, p. 355.

In instances where vulnerability hinders the establishment of a satisfactory and equitable negotiated solution, divorce proceedings are obligated to prioritise the reconstruction of the history of the marriage, the actual allocation of roles, and the measurement of sacrifices and of monetary and non-monetary contributions, extending beyond mere accounting considerations.

Furthermore, it is imperative to consider the dynamics of the labour market, the impact of age, and the deterioration of skills (i.e., the challenges associated with swiftly re-establishing a position comparable to that of the other spouse following a protracted absence). Additionally, housing requirements must be taken into account, as the allocation of the family residence often serves as an indirect protective measure for the primary parent. Other considerations include the equitable distribution of maintenance and childcare expenses, the various matrimonial property regimes (community property and separation of property), and accrued indemnities and social security/pension entitlements.

Consequently, legal systems have established a variety of remedies, ranging from the establishment of conventional family property regimes to compensatory systems such as spousal maintenance for the disadvantaged spouse, and combinations of both. Additionally, protective mechanisms are in place during the dissolution stage, encompassing a broader or more limited judicial power to distribute family assets.

In the Italian system, the basis for protection is rooted in the constitutional principles of substantive equality and solidarity (Articles 2 and 3 of the Constitution), the equal moral and legal dignity of the spouses (Article 29), and the duty to protect childhood and the family (Articles 30 and 31). These principles are given concrete expression in the civil-law rules governing (separation and) divorce - read together with the strict rules on property and family property regimes - and, above all, in recent case-law developments that have undergone a profound shift in recent years. The traditional concept of a guaranteed "standard of living" during marriage has evolved to encompass a more egalitarian approach, emphasising an equalising-compensatory function. This shift in perspective entails an assessment of the contributions made by spouses to family life and to the accumulation of personal assets, including professional sacrifices and foregone opportunities undertaken in the shared interest of the household, with the ultimate goal of achieving autonomy.

In the English legal system, protection is delineated by certain statutory provisions that allow for substantial, case-specific "adjustments", with a view to achieving equitable solutions and settling economic relations "as soon as reasonably possible". Lump-sum orders, property adjustment orders and pension sharing are frequently implemented in cases where capi-

tal permits self-sufficiency, while maintenance is generally term-limited and directed towards a transition to independence.

Despite the Italian system being characterised by its rule-based nature, and the English system being marked by its discretion-based approach⁹, both systems demonstrate a propensity to adopt a framework in which the court, in accordance with the principles of proportionality and reasonableness, constitutes a composite array of measures. These measures encompass the consideration of income, assets, capabilities, and needs (both present and prospective) as a comprehensive whole. The objective of this framework is to establish, or at the very least, to facilitate the establishment of an equilibrium that is capable of neutralising the distributive distortions that have arisen as a consequence of the crisis. The court, and the parties involved, must be cognisant of the fact that inequality within the marital relationship originates "upstream", at the formation of the marital contract, while manifesting its effects only "downstream," in the deferred monetisation of domestic labour. Instruments of private autonomy (pre-separation pacts¹⁰, assisted-negotiation agreements, family mediation) are to be preferred for their litigation-reducing effects and their support for cooperative solutions, especially in parenting. However, such instruments must be subject to safeguards that prevent the crystallisation of power imbalances, since freedom of contract is authentic only when guided by awareness rather than need.

From a systemic perspective, legal orders must facilitate the transition to a post-marital arrangement that does not unjustly penalise those who have invested more – often invisibly – in domestic cooperation, without becoming fixated on preserving status-based arrangements.

The present essay sets out to explore the crisis of marriage as a "stress test" for substantive equality. In this sense, the protection system for the weaker party (spousal maintenance, allocation of the family home, rules on sharing parenting costs, deferred property remedies, anti-violence measures, and the court's *ex officio* powers) should give concrete expression to the ideal of a reliable relationship. In this context, the freedom to exit should ensure that neither spouse is subject to poverty or marginalisation. Furthermore, this freedom should not be interpreted as a lifetime provision at the expense of the better-off spouse. Parental responsibility must

⁹ On this point, see: E. Bilotti, *La compensazione dei sacrifici per la famiglia tra mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato e redistribuzione della ricchezza familiare. Spunti comparatistici e prospettive di diritto interno*, in G. La Rocca, E. Biliotti, V. Piccinini, *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*, Giappichelli, 2024, p. 235.

¹⁰ The category of prenuptial (premarital) agreements has not yet been accorded legal recognition under Italian law.

be upheld beyond the marital bond, to be executed as an equal, proportionate, and cooperative duty, without (including economically) imposing penalties on any party.

In the absence of the solidarity framework intrinsic to marriage, it is incumbent upon the spouse to be placed in a position to navigate the transition from the family community to independent life in a context free of irreversible inequalities. This transition must be facilitated by the application of legal and value-based criteria, ensuring an equitable renegotiation of responsibilities and resources. It is essential that this process be consistent with the spouses' equal dignity and the primacy of the children's best interests.

3. POST-MARITAL SOLIDARITY RECONSIDERED: TOWARD AUTONOMY IN ITALIAN FAMILY LAW

In the Italian system, the protection of the "weaker party" within the couple is primarily entrusted to the ordinary matrimonial property regime, namely the community of property. This regime facilitates the equitable distribution of assets constituting the family patrimony upon the dissolution of the couple, irrespective of the individual contributions made by each spouse¹¹. However, it is a common practice for couples to opt for separation of property, resulting in each spouse retaining ownership of assets acquired individually. Consequently, there is an absence of equalisation at the level of property distribution upon divorce. In such cases, spousal maintenance functions as the primary device for rebalancing. Maintenance may also be employed where the couple chose community of property, but its weight is reduced at the dissolution stage by the "ex lege" redistribution inherent in the winding up of the community.

The legal framework pertaining to spousal maintenance¹² in the context of divorce is delineated by Article 5 of Law No. 898 of 1 December

¹¹ Under Article 177 of the Civil Code, the community of property (*comunione dei beni*) establishes a joint marital estate, reinforcing the notion of an economic union and a shared life project. It encompasses all assets acquired during the marriage—such as real property, motor vehicles, bank accounts, and savings—which belong to both spouses jointly, irrespective of which spouse effected the purchase. Pursuant to Article 179 of the Civil Code, the following are excluded from the community: strictly personal items (e.g., clothing, jewellery), assets owned prior to marriage, assets acquired by gift or inheritance, assets necessary for the exercise of a profession, and sums received by way of damages.

¹² It is imperative to elucidate that the Italian legal framework continues to delineate a two-stage process for the dissolution of marriage. The initial phase is legal separation, which, in select circumstances, can result in immediate dissolution. At the dissolution stage, spousal maintenance may be granted, and—at present—it is appraised according to criteria that are distinct from those governing divorce and remain anchored to the marital standard of living (Art. 156 Civil Code).

1970, also referred to as the Divorce Law¹³. The provision in question entrusts the court with determining whether to award periodic payments to the former spouse "where the latter lacks adequate means or is objectively unable to procure them". Furthermore, it lists criteria for calibrating such maintenance (including the spouses' conditions, the reasons for the decision, personal and economic contributions to family life and to the formation of the common and each spouse's personal assets, incomes, and the duration of the marriage).

Furthermore, the possibility of payment in a single lump sum (*una tantum*) is contemplated.

The statute provides no additional qualitative or quantitative parameters.

¹³ Art. 5: In the context of adversarial proceedings between the parties, and subject to the mandatory participation of the Public Prosecutor, the court, upon determining the existence of one of the grounds stipulated in Article 3, is obligated to deliver a judgment that either dissolves the marriage or ceases its civil effects. Furthermore, the court is required to direct the civil status officer of the jurisdiction where the marriage was recorded to make the necessary annotations on the judgment.

It is evident that the female subject shall forfeit the surname that she had appended to her own by virtue of the matrimonial union.

In accordance with the aforementioned judgment, the dissolution of the marriage or the termination of its civil effects may be authorised by the court, upon request, for the woman to retain the husband's surname appended to her own, provided that there exists an interest of hers or of the children that is deserving of protection.

The decision previously mentioned may be subject to modification by a subsequent judgment, upon application by either party, for reasons of particular seriousness.

In the event of the dissolution of a marriage or the cessation of its civil effects being pronounced by the court, the court shall impose on one spouse the obligation to make periodic payments in favour of the other, where the latter lacks adequate means or is, for objective reasons, unable to procure them. In order to arrive at this decision, the court shall take the following elements into consideration: the spouses' circumstances, the reasons for the decision, the personal and economic contributions made by each to family life and to the formation of each spouse's property or of the common property, the income of both, and evaluating all such elements also in relation to the duration of the marriage.

The judgment shall also establish a mechanism for the automatic adjustment of the allowance, at least by reference to monetary devaluation indices. In instances of manifest inequity, the court retains the discretion to exclude such provisions through a reasoned decision.

Payment may be made in a single lump sum, provided that all parties involved agree to this course of action and the court deems it to be equitable. In the event specified, it is not possible for any further claim of an economic nature to be brought.

The obligation to pay the allowance is terminated in the event that the spouse entitled to it enters into a new marriage.

A spouse who is not entitled to health care on any other basis retains the right, *vis-à-vis* the mutual insurance institution by which the other spouse is covered, to such assistance; this right is extinguished upon the contracting of a new marriage.

For an extended period, case law interpreted the allowance principally in an assistential manner, utilising the "standard of living" experienced during marriage as the criterion for the amount¹⁴. The extension of conjugal solidarity into the divorce phase was ordinarily constrained by the establishment of a new family unit. The equalising function (the fair distribution of resources to remove disparity) and the compensatory function (for contributions made to family life), though acknowledged, were effectively translated into ensuring that the disadvantaged spouse could continue to enjoy the same standard of living, thereby "participating" in the family's economic trajectory in recognition of their dedication to the shared project.

The crisis of marriage and the emergence of new family models have prompted a reassessment of this consolidated approach. The rise in cohabitation and the growth of reconstituted/blended families, in conjunction with a revived model of parenting that emphasises shared responsibility¹⁵, have given rise to a renewed examination of the purpose and scope of post-marital solidarity. To articulate the matter differently, the diminution of the monopoly of marriage as the exclusive paradigm for family relations has necessitated a balancing act. On the one hand, there is a requirement to ensure that the weaker party is supported and compensated for the time invested in the family. On the other hand, there is a need to avoid an open-ended support obligation, while also fostering the autonomy of the parties¹⁶.

A new orientation emerged following the Supreme Court's landmark 2018 decision¹⁷, and was refined by adjustments in 2021¹⁸. The 'standard

¹⁴ Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

¹⁵ M. Sesta, *L'emersione del diritto alla bigenitorialità nella crisi della famiglia*, in M. Sesta, A. Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile commentato*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2016, p. 33.

¹⁶ It is important to note the intervention of the Court of Cassation (10 May 2017, No. 11504), which restricted the concept of a temporally unconditional maintenance obligation, focusing instead on the requirements of a dignified life, separate from the standard of living enjoyed during marriage, and emphasising the allowance's purely assistential function, aimed at supporting the recipient's attainment of autonomy; cfr: V. Barba, "Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente", *giusticivile.it*, (27/11/2017); F. Macario, "Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio", *Foro italiano*, 2018, I, 3605. Si veda anche E. Al Mureden, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare tra matrimonio, divorzio e convivenza*, in E. Al Mureden, L. Balestra, *Liber Amicorum per Michele Sesta*, Cedam 2025, p. 27 ss.

¹⁷ Cass., s.u., 11 luglio 2018, n. 18287. Sul tema R. Caterina, "La ridistribuzione della ricchezza dopo lo scioglimento della coppia. Una griglia concettuale qualche riflessione sull'ordinamento italiano", *Rivista di diritto civile*, 2024, pp. 11 ss.; M. Sesta, *L'assegno divorzile tra responsabilità e solidarietà*, in G. Ballarani-M. Bianca, *Il contributo economico divorzile tra parametri oggettivi e variabili soggettive*, Pisa, 2023, p. 29 ss.

of living' benchmark, which was previously used, is now decoupled from post-marital solidarity; post-marital solidarity now operates as a criterion for recognising the weaker spouse's contribution and this means that the equalising and compensatory function of maintenance is foregrounded. In addition to the insufficiency-of-means test (assistential), case law has given greater prominence to the prevention of unduly penalising a spouse who invested in the family project. This is to be done proportionately to the duration, intensity and significance of the contribution (including non-pecuniary contributions) from the inception of the relationship, with due regard — according to recent jurisprudence¹⁹ — to pre-marital cohabitation²⁰.

Maintenance, therefore, assumes a composite nature—that is to say, it is both assistential and equalising, and also compensatory. This is consistent with the Constitution's solidaristic–egalitarian ethos, as outlined in Articles 3 and 29. In a compensatory context, factors such as domestic labour, foregone employment opportunities or career progression, and support for the other spouse's professional growth must be given due consideration. These factors may be particularly relevant even in the event of the applicant subsequently entering into a new cohabitation, provided that the allowance is not exclusively dependent on an assistential function²¹.

Maintenance has a dual function, serving both as a means of subsistence and as a counterweight to disadvantages borne in pursuit of the shared

¹⁸ Cass., Sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198; M. Bianca, "Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. Le mobili frontiere tra autoresponsabilità e solidarietà post coniugale", *Famiglia*, 2022, p. 75 ss.

¹⁹ Cass., s.u., 18 dicembre 2023 n. 35385; In this decision, the Court clarifies that there is a functional nexus between premarital cohabitation and the subsequent marriage, inasmuch as the realisation of the couple's common project is rooted in the direction charted during the period preceding the celebration of the marriage. See: C. Benanti, "Le Sezioni Unite sulla funzione compensativa dell'assegno divorzile estesa alla convivenza prematrimoniale", *Famiglia e diritto*, 2024, p. 548. Già in precedenza la Corte aveva sollevato la questione: si veda Cass. civ., 18 ottobre 2022, n. 30671 e L. Olivero, "Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni Unite", *Giurisprudenza italiana*, 2023, pp. 33 ss.

²⁰ C. Rimini, "Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *Famiglia e diritto*, 2022, p. 134 e C. Rimini, "Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno", *Famiglia e diritto*, 2021, p. 270. Si veda anche la conferma in Cass., 12 marzo 2024, n. 6443.

²¹ M. N. Bugetti, "Assegno di divorzio e nuova convivenza a due anni dalle Sez. un. n. 32198/2021", *Giurisprudenza italiana*, 2024, pp. 2233 ss.; E. Quadri, "Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, I, pp. 1390 ss..

life project²². In this particular instance, despite the explicit invocation of equity by the statute exclusively for lump-sum disbursements, it is imperative to employ an equitable assessment (including the quantification of the allowance) in order to achieve a comprehensive redistribution of family resources. This equitable assessment is instrumental in rectifying the decisions pertaining to the family's property regime and the inflexible implementation of property regulations²³. It is evident that the court is unable to modify the title of assets, whether movable or immovable. Consequently, alternative instruments must be considered. The allocation of the family home to the non-owning spouse, in conjunction with the allocation of childcare responsibilities, serves as an indirect form of protection for the weaker spouse. Furthermore, a comprehensive appraisal of time devoted to children can influence both earning capacity and expenditures, thereby playing a pivotal role in the quantification of maintenance.

It is imperative to acknowledge the recognised composite function of maintenance, which carries the risk of unduly expanding the debtor spouse's assistential and compensatory burden. In consideration of the frequently constrained financial resources of which families dispose, recent jurisprudence, albeit not universally explicit, has exhibited a tendency to offset this by invoking the principle of self-responsibility, with the objective of effecting the termination of the obligation within a reasonable timeframe²⁴.

Italian law also permits the award of the divorce allowance in a single lump sum, provided that the parties concerned agree to this course of action. However, it should be noted that such an award is subject to judicial review for equity; that is to say, it can be altered by the relevant judicial authorities. This, in conjunction with the complexity of obtaining consent from both parties and the challenge of detecting inequitable quantifications, results in a limited prevalence of this remedy.

It is therefore unsurprising that the introduction of mechanisms designed to reduce litigation (which presuppose agreement) has not displaced judicial pathways. It is evident that agreements concluded prior to the Civil Registrar (introduced by Decree-Law No. 132 of 12 September 2014, converted by Law No. 162 of 10 November 2014) are subject to intrinsic limits (i.e. they cannot include lump-sum liquidation, property transfers, or resolution where minors or incapacitated persons are involved). Assisted

²² C. Rimini, "Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 1274.

²³ Sul ruolo della giurisprudenza: L. Balestra, *la crisi della comunione di vita*, in *Giustizia Civile*, 2020, 1, p. 30.

²⁴ E. Al Mureden, "Autonomia dei coniugi, autoresponsabilità e funzione "riabilitativa" dell'assegno divorzile", *Famiglia e diritto*, 2024, p. 77.

negotiation has accounted for 9.1% of divorces, and some improvement is observed in access to consensual divorces, likely owing to the continued centrality of judicial oversight²⁵.

It is important to note that both judicial and extra-judicial solutions carry risks for the weaker spouse. These risks stem from the differing architectures of safeguards (evidentiary, supervisory, and remedial) and from divergent distributions of bargaining power.

Despite the strengthening of structural guarantees (including mandatory disclosure of income and assets, and the court's fact-finding powers regarding patrimonial circumstances), the judicial route – though limited by statutory criteria – exhibits limited predictability, relying on judicial discretion (in terms of amount, function, and duration) and offering no redistribution of wealth through changes in title. Furthermore, there is a risk of inadequate protection, whereby courts adopt a self-sufficient approach without sufficient consideration for the caregiving sacrifices involved, and litigation costs may result in the acceptance of suboptimal settlements.

In consensual divorce and assisted negotiation, the risk profile is subject to inversion: adjudicatory uncertainty is diminished, while the risks of bargaining asymmetry and imperfect information increase, resulting in potentially inequitable agreements (which neglect long-term considerations such as pension consequences and shift poverty risk into the future in cases of discontinuous careers), or agreements that are effectively irrevocable and whose judicial control does not always detect negotiation imbalances.

The weaker party must therefore decide which risk to accept; this decision depends on the specific vulnerability profile (income, caregiving, age, health, pensions, history of violence) and on the quality of the information and professional standards of the process that leads either to the creation of an agreement or to acceptance of a judicial determination.

4. LEGISLATIVE CRITERIA, CASE LAW, AND JUDICIAL DISCRETION: BALANCING THE PARAMETERS OF SPOUSAL PROTECTION IN ENGLISH LAW

English family law, and consequently the rules governing the dissolution of the family, have long been characterised by a system that is disadvantageous to women. This is rooted in the doctrine of unity, which established that marriage united the husband and wife as a single legal person,

²⁵ See ISTAT data concerning 2023 in https://www.istat.it/wp-content/uploads/-/2024/11/REPORT_MATRIMONI-UNIONI-SEPARAZIONI_dati-2023_22novembre2024.-pdf.

known as the marital persona. This legal person effectively possessed the authority to make decisions and the right to property.

The common-law recognition of consortium (that is, the "conjugal communion", the living together with the incidents that follow from that status) did not, in practice, advance equality; it functioned primarily as a vehicle for a husband's claim in damages against a third party for the relational loss arising from a tort suffered by his wife, understood as the loss of "conjugal services".

The first significant statutory fractures in the patriarchal model were introduced by the Married Women's Property Act 1882, which recognised married women's separate proprietary capacity, thereby undermining the proprietary foundation of consortium. This was followed by the Matrimonial Causes Act 1923, which equalised the grounds for divorce and curtailed coercive remedies designed to "bring the wife back home."

The dissolution of marital privileges and the repudiation of the notion that the husband possessed the woman (and her property) were consolidated during the 1970s–1980s²⁶. This occurred as women were emancipated from the status of wife and mother and acknowledged as autonomous subjects with full patrimonial capacity. The abolition of restitution of conjugal rights - which had treated cohabitation as a duty enforceable against the person, in tension with the wife's autonomy - and of the action for loss of consortium signalled a reversal of course, building on important gains already achieved in the preceding years.

This shift in the perception of women had notable repercussions for the distribution of family assets upon dissolution, both in court and in extra-judicial settlements. The recognition of equality has prompted corrective measures in the assessment of women's earning capacity. Although women frequently assume primary family care responsibilities, they are now generally regarded as capable of attaining a measure of economic autonomy. However, this assessment must be tempered by the real conditions of labour-market access for mothers and by the objective persistence of pay gaps vis-à-vis men.

In evaluating the English system's provisions for vulnerable spouses, it is important to recognise the distinction between English family law and continental models. English family law does not provide a distinct matrimonial property regime²⁷, which is a key aspect of legal protection for

²⁶ In *Midland Bank v. Trust Co Ltd v. Green* 384 [1982] Ch. 529, Lord Denning M.R. at last made clear that husband and wife are to be regarded as two distinct legal persons.

²⁷ We can read in *Charman v. Charman* [2007] EWCA Civ 503, para. 124 "[a]lmost uniquely our jurisdiction does not have a marital property regime and it is scarcely appropriate to classify our jurisdiction as having a marital regime of separation of property.

spouses in many continental models. It is evident that the general rules of property apply in this context, thereby effectively reproducing the effects of a separation-of-property regime.

In cases where family assets are formally held by one partner, dissolution has the potential to produce outcomes that are particularly inequitable for the other. Nevertheless, the aforementioned effects are mitigated by the distinction between legal ownership and equitable interest, a distinction which is foreign to the continental tradition. By grading rights of ownership and equitable rights²⁸, English law softens the rigidity of property rules, especially in relation to the family home, which is typically the couple's most valuable (economically and morally) asset at divorce.

English law demonstrates a discrepancy between the theoretical effects of divorce and its practical effect, as evidenced by a substantial body of case law. This body of case law, influenced by the standard of living, permits adaptation to the concrete case, but the minimal utilisation of rigid protocols is counterbalanced by substantial judicial discretion, culminating

More correctly we have no regime, simply accepting that each spouse owns his or her own separate property during the marriage but subject to the court's wide distributive powers in prospect upon a decree of judicial separation, nullity or divorce".

²⁸ Within the English system, a number of configurations may emerge. In such cases, the acquirer may be the legal owner as well as the sole beneficiary, resulting in a single individual possessing both the legal and equitable title. Alternatively, the legal owner may hold the asset for the benefit of another person, or for themselves together with another. In the latter situation, it is necessary to distinguish between equitable interests held as a tenant in common (which may be transferred) and those held as a joint tenant (transferable only to the other beneficiary). The recognition of a proprietary right, in general, is understood to entitle the holder to occupy the property or to receive a share of the proceeds of sale, in accordance with the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996. In the absence of any explicit declaration, it is presumed that two parties who have purchased property together are both legal owners and beneficiaries, thereby becoming joint tenants in law and in equity. This presumption is typically applied in the context of the acquisition of the family home by married couples (see *Stack v Dowden* [2007] UKHL 17). In circumstances where the title is held by one party only, the other may seek to have a trust recognised (classically, where there has been a financial contribution to the purchase of a home later registered solely in the other's name, with the share recognised proportionately to the contribution at acquisition), a constructive trust (where a common intention to share ownership emerges – even through indirect contributions, as in *Le Foe v Le Foe* [2001] 2 FLR 970 – and there has been detrimental reliance on that intention), or a beneficial interest under the doctrine of proprietary estoppel (applied where a constructive trust cannot be established and requiring an assurance or promise of a proprietary right followed by detrimental reliance; no common intention is required, and there must be an element of injustice in denying relief – exploitation of a mistake may be relevant, as noted in *Ashby v Kilduff* [2010] EWHC 2034 (Ch)).

in a multifaceted system characterised by an enduring discord between legal certainty and justice on an individualised basis²⁹.

In addition, despite the extensive body of legal precedent, matrimonial disputes are often resolved extra-judicially. This results in a proportion of cases being removed from publicly accessible records, while favouring solutions that are tailored to the circumstances of each case.

The legal order is strongly oriented towards amicable resolution, in light of the substantial litigation costs and the strained functioning of the Legal Aid Agency. Access to court is regarded as being of a residual nature and should be pursued only when consensual settlement proves impossible. This collaborative approach persists even in litigation, which mandates information and document sharing. Furthermore, the Children and Families Act 2014 requires attendance at a Mediation Information and Assessment Meeting (MIAM) to encourage extra-judicial resolution. The judicial route is only pursued in instances where settlement cannot be achieved through alternative dispute resolution processes, such as mediation, collaborative agreement³⁰, or arbitration; typically, these processes culminate in a consent order if the outcome is deemed to be objectively fair³¹.

When recourse to the judge becomes indispensable, the English court's extensive remedial toolkit encompasses the following: orders for periodic payments (whether limited in duration or joint in application); lump sum orders; transfers of property; orders for sale; establishment of trusts; pension sharing; and variation of nuptial agreements (in addition to financial orders relating to children).

The selection of an alternative is a multifaceted process that hinges on the criteria delineated in Section 25 of the Matrimonial Causes Act 1973 (MCA 1973), as elucidated by case law.

²⁹ On these topics: N. Lowe, G. Douglas, E. Hitchings, R. Taylor, *Bomley's Family Law*, Oxford University Press, 2021; R. Probert, R. Pimm-Smith, L. Smith, J. Harwood, *Creatney and Probert's Family Law*, Thomson Reuters, 2023; R. George, S. Thompon, J. Miles, *Family Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2023; S. Gilmore, L. Glennon, *Hayes & Williams' Family Law*, Oxford University Press, 2020.

³⁰ G. Giamo, “La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico”, *Europa e dir. priv.*, 2016, 3, p. 559.

³¹ It is noteworthy that even in contested proceedings a dedicated stage is reserved for disclosure of the parties' financial resources, during which the judge attempts conciliation; if settlement is not achieved, the case proceeds to a final hearing—before a different judge from the one who conducted the failed conciliation—which concludes with a judicial order. In 2020, only 8% of proceedings reached a final hearing (Ministry of Justice, Family Court Statistics Quarterly October – December 2020 in <https://www.gov.uk/government/statistics/family-court-statistics-quarterly-october-to-december-2020/family-court-statistics-quarterly-october-to-december-2020>).

Prior to the introduction of the Matrimonial Causes Act 1973, the law explicitly addressed the consequences of divorce for women, leading to the establishment of the "minimal loss principle". This principle aimed to safeguard the economic status of both parties to the marriage³², but the economic impracticability of this objective, particularly for middle- and lower-income households, was exposed by the general impoverishment associated with divorce (for instance, the costs of maintaining two households).

The Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 thus eliminated the reference to minimal loss without establishing an alternative preliminary criterion. However, it was stipulated that the welfare of the child should be accorded "first consideration"³³. It is evident that, as time has passed, the endeavour to achieve a definitive settlement via a clean break has gained prominence and merits close attention.

According to Section 25 MCA 1973, the court is required to consider all the circumstances of the case. The factors enumerated are defined as specific, non-hierarchical and non-exhaustive. Furthermore, the court is at liberty to assess the situation in its entirety and accord weight to elements that may not be expressly specified. The enumerated factors include the earning capacity of each party, property owned by the parties during the marriage and prospectively³⁴, financial needs of the parties (including obligations and responsibilities)³⁵, the marital standard of living, the ages of

³² The formula first appeared in the Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, s. 5(1), and was subsequently incorporated into the original text of the Matrimonial Causes Act 1973, s. 25(1), thereby instructing the court to "exercise those powers as to place the parties, so far as it is practicable and, having regard to their conduct, just to do so, in the financial position in which they would have been if the marriage had not broken down" (Matrimonial Causes Act, 1973). The objective of the agreement was to establish the financial position of the parties (including any children) as it would have been had the marriage not been dissolved, as far as was feasible and equitable. This was to be achieved with minimal loss relative to the pre-existing marital status. This approach was predicated on maintaining the status quo, with the post-divorce economic arrangement intended to mirror, to the greatest extent possible, the standard of living enjoyed during the marriage.

³³ We must underline that that "first" did not mean "paramount": *Suter v. Suter* [1987] 2 F.L.R. 232.

³⁴ This is a capacious category, allowing consideration not only of what the party presently holds or earns, but also of prospective increases—such as foreseeable career advancement, increased working hours, the prospect of inheritance, and the like; see *Vaughan v. Vaughan* [2007] EWCA Civ 1085.

³⁵ These three elements are closely connected and interdependent for purposes of assessment. Consider, for example, the stark contrast between a former spouse who is young—and thus capable of improving his or her economic position, albeit still far from retirement—and an older person who, though approaching retirement, requires care. In this evaluation, other factors more directly tied to the presence of children are likewise determinative.

the parties, the duration of the marriage, any disability, contributions to family life made by each party (including domestic labour), conduct³⁶, and "the value to each of the parties of any benefit... which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring".

Consequently, the pursuit of an equitable resolution is not dictated by any formula that quantifies the relative impact of these factors and must be conducted on a case-by-case basis. The court's extensive powers over family assets, in conjunction with its discretion, endows the concept of fairness with paramount significance - a significance that has not always been uniformly articulated within the jurisprudence.

In the 1980s and 1990s, the courts exhibited a tendency to prioritise the needs of the parties involved. However, this approach proved to be ill-suited to cases involving substantial financial sums, as it imposed constraints on the weaker spouse that were disproportionate to their actual capacity. In order to address the issue of distortions, the legal factor of "needs" (s. 25(2)(b) MCA 1973) was tempered by the test of "reasonable requirements" under which the judge quantified what was deemed "reasonably necessary" for housing and income.

However, this approach led to a de facto cap, even in cases where common resources were substantial. This was met with criticism, as it was seen as discriminatory against the weaker spouse, which contradicts the overarching aim of fairness that should guide judicial discretion.

The arrival of the leading case *White v. White*³⁷ provided a significant contribution to the discourse on the concept of equality. The case articulated the "yardstick of equality", which was defined as a benchmark that served as a criterion for evaluating fairness and justifying departures from an equal division of assets when deemed necessary. This approach represented a nuanced interpretation of equality, emphasising the need for flexibility in implementing absolute rules and recognising the complexity of social and economic circumstances.

The principle that all contributions are to be accorded equal dignity, irrespective of their nature (whether non-financial, such as domestic management, childcare and support for the other's career, or financial), was

³⁶ This was a criterion that assumed significance under the former fault-based system, but its salience has been questioned within the regime centred on irretrievable breakdown; see *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72. Today, conduct is relevant only in exceptional cases (e.g., particularly egregious behaviour or dissipation of assets) and never gives rise to a moralised assessment or to punitive consequences.

³⁷ *White v White* [2001] 1 A.C. 596 (26 October 2000).

established in the case of *Lambert v Lambert*³⁸. This case rejected the notion of hierarchies among contributions and confined any special weight for a "special contribution" to exceptional cases (performance "obvious and gross").

A further significant contribution was made by the cases of *Miller v. Miller and McFarlane v. McFarlane*³⁹. The House of Lords has provided clarification on the concept of fairness, establishing three fundamental principles: the needs of the individual, encompassing aspects such as housing, subsistence, children, health, age, and earning capacity; the principle of sharing, emphasising an equal division of matrimonial property absent good reason to depart from this; and the compensation of relationship-generated disadvantage, including career loss resulting from domestic roles. The judgments also offered guidance on the divisible estate, distinguishing matrimonial property - wealth accumulated during the marriage, generally within the divisible pool - from non-matrimonial property, such as premarital assets, inheritances or gifts, and post-divorce accruals, which were often excluded. Furthermore, the work-pattern choices of the spouses were addressed, with the concept of career sacrifice being characterised as a significant prospective economic disparity caused by marital choices (e.g. prolonged interruption of employment for childcare). This produces a "double loss" for the caregiving spouse (diminished earning capacity and loss of participation in the other's enhanced income attributable to those sacrifices).

The cases under discussion distinguished between short, childless marriages and long marriages with children. The former were defined as those where the divisible pool may be confined to assets intimately connected with the shared life, such as the home and joint investments. In contrast, long marriages with children were characterised by one party's career stalling to prioritise family care. In such cases, compensation can predominate, justifying periodical payments not solely by needs but by the requirement to redress relationship-generated professional disadvantage. Quantification in such cases reflects lost earning capacity rather than subsistence alone.

It is evident that the facts of the case have the capacity to exert a profound influence on the distribution process. It should be noted that the sharing of resources does not invariably result in an equal division, with proportions potentially deviating from fifty-fifty⁴⁰. In certain instances,

³⁸ *Lambert v. Lambert* [2003] 1 FLR 139.

³⁹ *Miller v. Miller e McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24.

⁴⁰ *Charman v. Charman* [2007] EWCA Civ 503.

compensation has been restricted to exceptional cases⁴¹, or withheld in situations where the applicant had no established career at the time of marriage⁴², where the work would not have likely resulted in significant advancement⁴³, or would have ceased in any event⁴⁴; furthermore, compensation is excluded where the withdrawal from work is attributed to a "lifestyle choice" rather than family necessity⁴⁵.

The matrimonial/non-matrimonial distinction has also been the subject of attention in the context of mixed estates⁴⁶. In the case of *Hart v. Hart*⁴⁷, a broad approach was adopted that permitted the inclusion of assets not clearly related to the marital relationship in determining equitable division in consideration of individual needs. Conversely, the utilisation of non-marital assets does not inherently result in their "maritalisation" and the assessment of needs must be conducted in a realistic manner, without resorting to a mechanistic application of the former marital standard of living⁴⁸.

In general terms, the assessment of needs – in conjunction with age – is closely associated with the parties' employability⁴⁹. Of particular significance is the necessity of securing appropriate housing for both parties, especially in the case of any children, and of meeting childcare requirements, which in turn affect earning capacity⁵⁰. The duration of the marriage is also a relevant factor, although its significance is limited in cases where there are children or particular needs. Some commentators have cautioned against a purely quantitative assessment that treats duration as the sole indicator of marital quality⁵¹.

In essence, the distribution of family assets is indicative of fairness along the axis of needs–sharing–compensation. To illustrate this point,

⁴¹ *B v. S.* (Financial Remedy: Marital Property Regime) [2012] EWHC 265 (Fam); e nello stesso senso *RC v. JC* [2020] EWHC 466 (Fam).

⁴² *NA v. MA* [2006] EWHC 2900 (Fam).

⁴³ *H v. H* [2007] EWHC 459 (Fam).

⁴⁴ *Hvorostovsky v. Hvorostovsky* [2009] EWCA Civ 791.

⁴⁵ *S v. S* (Non matrimonial Property: conduct) [2006] EWCH 2793.

⁴⁶ Another vexed question concerns the classification of wealth generated through the efforts of only one member of the family: in long-duration marriages, such assets are generally brought into the divisible (matrimonial) pot and thus subjected to sharing.

⁴⁷ *Hart v. Hart* [2017] EWCA Civ 1306.

⁴⁸ *Robson v. Robson* [2010] EWCA Civ 1171.

⁴⁹ *Barrett v. Barrett* [1988] 2 FLR 516.

⁵⁰ Generally, this outcome is achieved by recognising a trust or by conferring a right of occupation in the family home in favour of the spouse with whom the children reside (the resident/primary-carer spouse). *Mesher* and *Martin* orders—deferring the sale in the interests of the children or of the occupying spouse—are very common.

⁵¹ *E. v. L.* [2021] EWFC 60.

consider a scenario where resources are insufficient to meet both needs. In such a case, the prevailing logic is that needs take precedence. Conversely, in scenarios where resources exceed needs, the principle of sharing becomes applicable, subject to adjustments for non-matrimonial property, any special contributions, and so forth.

The application of compensation is a nuanced process, contingent on the substantiated reality of foregone earning opportunities. In this particular context, it is possible to justify the continuation of regular financial contributions beyond the scope of basic necessities. This is due to the existence of compensatory reasons, which may render an immediate cessation of payments unadvisable. In the context of periodic payments, the court's deliberations encompass the determination of a designated term. The cessation of payments is automatic in the event of the recipient's re-marriage or entry into a new civil partnership, whereas cohabitation does not inherently extinguish the award. The court retains discretion, taking into account the particular circumstances and the absence of mutual obligations between cohabitants, which is a distinguishing feature from marriage.

To summarise, the entitlement to maintenance is not automatically dependent on marital status. Rather, it is the result of a judicially calibrated combination of factors, aimed at achieving an equitable outcome that reduces future dependence, aligns with needs and, where proven, compensates for sacrifice.

Within this theoretical framework, maintenance is not conceptualised as a form of "reward" for domestic dedication; it is regarded as a mechanism that facilitates a fair transition and provides support to the vulnerable ex-partner on their journey towards autonomy. This approach aims to prevent both precarious circumstances and unjustified annuities, while also preserving a protective function without perpetuating the weaker spouse's disadvantaged position. In England, the practice of periodic payments is significantly less prevalent. When such payments are granted, they are often subject to limitations in terms of duration and/or reduction in amount.

The system evidently favours a definitive clean break through lump sums, property adjustment, and pension sharing. In instances where the needs-sharing-compensation criteria are applied, preference is given – where possible – to capital transfers, with income-based awards remaining residual and time-limited (often buttressed by pension orders) to facilitate the weaker spouse's transition (re-skilling, job search, housing stability) to autonomy. Compensatory elements are similarly frequently capitalised.

The prevailing tendency is towards a realistic evaluation of the respective positions of the parties, with due recognition for non-monetary contri-

butions, and through the court's range of adjustments, maintenance is to be used sparingly and only for as long as is necessary to avoid undue hardship, without thereby transforming it into a post-marital "pension".

5. FROM FORMAL EQUALITY TO VULNERABILITY-CONSCIOUS JUSTICE IN FAMILY LAW

The preceding brief analysis demonstrates that the legal systems examined adopt partially different approaches to the autonomy–dependence nexus.

The Italian system is characterised by its tendency to place significant value on non-economic contributions from the parties involved. Concurrently, it demonstrates a strong adherence to solutions that are economically viable in the majority of cases. In contrast, the English system, which grants the judge greater discretion, exhibits a propensity to limit the utilisation of periodical payments, favouring the settlement of a definitive nature⁵², even taking into account the need to satisfy compensatory interests.

The autonomy-dependence dichotomy is a complex concept that is challenging to comprehend and analyse. It challenges the established relationship between individual freedom and the duties owed to dependent and vulnerable persons. The risk inherent in prioritising individual autonomy is that better-resourced partners are advantaged at the expense of the economically weaker. Conversely, a rigid application of statutory or jurisprudential principles – even when designed to protect the vulnerable – does not preclude aberrant outcomes, particularly where social supports and safety nets are lacking.

Contemporary law has a tendency to prioritise individual liberty, with two notable consequences. Firstly, it prevents the imposition of obligations in the absence of prior acceptance, whether through adherence to a regulated model or through a deliberately concluded pact. Secondly, it invariably assigns to the family the role of guarantor of vulnerabilities. The privatisation of dependency has been shown to result in the transfer of care and assistance responsibilities from the state to families. This has the effect of

⁵² *SS v NS (Spousal Maintenance)* [2014] EWHC 4183 (Fam) offers guidance on the recognition and quantification of spousal maintenance. The judgment centres on the recipient's actual needs and a concrete trajectory toward self-sufficiency, displacing the notion of a "lifetime annuity," and favours asset-based remedies (lump sums/property adjustment/pension sharing) so as to limit dependence on periodical payments. It also lays down clear rules on term, extendability, the role of the marital standard of living, the "salary/bonus" structuring of awards, and ex post control (variation/extension)—elements echoed in the Family Justice Council's 2018 *Guidance on Financial Needs on Divorce*. The decision has had the effect of tying recourse to periodical payments to the pursuit and attainment of independence.

relieving the state of responsibility and risking the invisibilisation of structural inequalities, which are treated as the product of individual choice rather than of social and economic dynamics.

The management of dependency cannot be based exclusively on family relationships; this would undermine the construction of a just and functional legal order⁵³. Furthermore, it is important to acknowledge that, in certain contexts, such as the United States, a neoliberal privatisation that is grounded in an individualist vision has permeated the family sphere, thereby generating significant moral tensions. Spousal (and, on occasion, parental) obligations are assigned to personal initiative, which results in a concomitant disincentivisation of collective and state responsibility⁵⁴.

In order to circumvent such distortions, it is imperative that family law plays an instrumental role in the formulation of instruments of redistributive justice. By reinstating the concept of the "vulnerable subject" as a pivotal paradigm, collective protection mechanisms can be instituted for those who are most susceptible to exploitation, particularly women, children, and caregivers⁵⁵.

⁵³ In tal senso E. J. Stolzenberg, "The New Family Freedom", *Boston College Law Review*, 2018, 59, 6, p. 1983 ss.

⁵⁴ N. R. Cahn, "Review: The Moral Complexities of Family Law, [Review of In Defense of Single-Parent Families; The Divorce Culture, by N. E. Dowd & B. D. Whitehead]", *Stanford Law Review*, 1997, 50, 1, p. 225–71.

⁵⁵ M. A. Fineman, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, 20, p. 1. In recent decades, the development of family law has been examined through the lens of empirical data drawn from psychology, sociology, and economics. This has been done with a view to employing those findings to improve the quality and effectiveness of public interventions, including legislative measures. It is imperative to acknowledge the limitations of the empirical approach, which include an overreliance on outcomes that compromises values such as equity and justice, and the potential for masking political and ideological choices under a veneer of scientific objectivity, thereby perpetuating inequality or overlooking structural vulnerability. To ensure the integration of empirical evidence in a manner that fosters inclusive value-based debate, prevents the use of data to mask moral judgments, and subject the use of evidence to critical scrutiny to prevent distortive effects, such as the marginalisation of intersectional identities, it is essential to: preserve space for value-based debate; avoid using data to disguise moral judgments; and subject the use of evidence to critical scrutiny. In this context, commentators have expressed criticism regarding the absence of collective responsibility for care and assistance (for example, for children or persons with disabilities). They have also noted that an emphasis on individual autonomy has the potential to exclude those in fragile conditions. Furthermore, they have emphasised that the adoption of empirical proof should not be used as a justification for the abandonment of redistributive measures. A contemporary reflection that reaffirms the primacy of substantive justice over formal equality recognises the role of qualitative and narrative forms of evidence alongside quantitative data and calls for a new pact between State and family – one that acknowledges interdependence and actively supports

The absolute primacy of individual autonomy tends to entrench a much-criticised assumption founded on merely formal equality. However, the presence of "vulnerable persons" calls for a more realistic legal understanding of human relationships.

The family unit is the primary context in which vulnerability typically manifests; therefore, contractual freedom must be balanced to ensure effective protection for the weaker parties, including through the active role of the State in supporting care relationships and providing safety nets for those exposed to exclusion or inequality (e.g., women who leave paid work to care for children, children in economically fragile households), with a view to ensuring substantive fairness.

The notion of "formal equality" and the notion of a "neutral" treatment of diverse situations are inadequate in producing equalisation in circumstances where initial positions are unequal, as they fail to acknowledge systemic asymmetries (those based on gender, class, ethnicity, and the like). The most appropriate model is one of equality anchored in vulnerability, recognising the need for differentiated interventions to ensure protection, access, and genuine participation in social life—where care needs are not left entirely to individuals but require collective support (for example, accessible services and public funding).

Alongside an updated institutional architecture to meet the social need to protect the weaker spouse, attention must also be paid to the privatisation of crisis. This is understood as a shift of the centre of gravity from adjudication to party self-determination through agreements. This process is already underway, to varying degrees, in both systems.

The exercise of contractual autonomy must not lead to anarchy; rather, it should encourage a sense of self-responsibility that addresses the management and measurement of dependency. It should reject the notion that the vulnerable person is a "burden" to be shed or that maintenance constitutes a "status annuity". Instead, it should identify flexible, mutually acceptable instruments for transition to autonomy.

Negotiated settlements must be structured with a guarantee of at least a minimum quantum of post-relationship solidarity, secured through an equity review that, in the event of violation, restores that minimum solidarity. This approach does not exclude the judge, but rather "repositioning" the judicial role. Greater autonomy does not necessarily entail a reduction in protection; rather, it signifies a shift towards a different form of protection. Autonomous decision-making must be accompanied by a sense of personal accountability, and the principle of solidarity must be operationalised to

relationships of care (C. Huntington, "The empirical turn in family law", *Columbia Law Review*, 2018, 118, p. 227).

temper the absolutism of autonomy by providing a framework that acknowledges the dimension of vulnerability. Privatisation must not leave the weaker spouse "alone"; rather, it should provide ex ante safeguards (rules on the formation of agreements, renegotiation clauses, etc.) and ex post controls (judicial review) designed to neutralise power asymmetries and to guide the vulnerable partner towards autonomy. The purpose of these controls is to safeguard equity without converting post-marital solidarity into indissoluble proprietary constraints.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Al Mureden E., "Autonomia dei coniugi, autoresponsabilità e funzione "riabilitativa" dell'assegno divorzile", *Famiglia e diritto*, 2024;
2. Al Mureden E., *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare tra matrimonio, divorzio e convivenza*, in E. Al Mureden, L. Balestra, *Liber Amicorum per Michele Sesta*, Cedam 2025;
3. Autorino Stanzione G., "Autonomia negoziale e rapporti coniugali", *Rassegna di diritto civile*, 2004;
4. Balestra L., *La crisi della comunione di vita*, in *Giustizia Civile*, 2020, 1;
5. Barba V., "Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente", *giusticivile.it*, (27/11/2017);
6. Benanti C., "Le Sezioni Unite sulla funzione compensativa dell'assegno divorzile estesa alla convivenza prematrimoniale", *Famiglia e diritto*, 2024;
7. Bianca C.M., *Il familiare debole: l'impegno della giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, in AA.VV. *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Cedam, 1991, p. 87; F. Santoro-Passarelli, "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945;
8. Bianca M., "Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. Le mobili frontiere tra autoresponsabilità e solidarietà post coniugale", *Famiglia*, 2022;
9. Bilotti E., *La compensazione dei sacrifici per la famiglia tra mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato e redistribuzione della ricchezza familiare. Spunti comparatistici e prospettive di diritto interno*, in G. La Rocca, E. Biliotti, V. Piccinini, *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*, Giappichelli, 2024;
10. Bugetti M. N., "Assegno di divorzio e nuova convivenza a due anni dalle Sez. un. n. 32198/2021", *Giurisprudenza italiana*, 2024;
11. Busnelli F. D., "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 520; V. Scalisi, "«Famiglia» e «Famiglie» in Europa", *Rivista di diritto civile*, 2013;

12. Cahn N. R., "Review: The Moral Complexities of Family Law, [Review of In Defense of Single-Parent Families; The Divorce Culture, by N. E. Dowd & B. D. Whitehead]", *Stanford Law Review*, 1997, 50, 1;
13. Caterina R., "La redistribuzione della ricchezza dopo lo scioglimento della coppia. Una griglia concettuale qualche riflessione sull'ordinamento italiano", *Rivista di diritto civile*, 2024;
14. Donati P., "Il diritto di famiglia come diritto relazionale", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2022, 4,;
15. Fineman M. A., "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, 20, p. 1
16. George R., S. Thompon, J. Miles, *Family Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2023;
17. Giamo G., "La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico", *Europa e dir. priv.*, 2016;
18. Gilmore S., L. Glennon, *Hayes & Williams' Family Law*, Oxford University Press, 2020;
19. Huntington C., "The empirical turn in family law", *Columbia Law Review*, 2018, 118;
20. Lowe N., G. Douglas, E. Hitchings, R. Taylor, *Bomley's Family Law*, Oxford University Press, 2021;
21. Macario F., "Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio", *Foro italiano*, 2018, I;
22. Meulders-Klein M.-T., *La personne, la famille, le droit. 1968 -1998. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant – LGDJ, 1999;
23. Olivero L., "Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni Unite", *Giurisprudenza italiana*, 2023, pp. 33 ss.
24. Probert R., R. Pimm-Smith, L. Smith, J. Harwood, *Creaney and Probert's Family Law*, Thomson Reuters, 2023;
25. Quadri E., "Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, I;
26. Rimini C., "Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno", *Famiglia e diritto*, 2021;
27. Rimini C., "Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *Famiglia e diritto*, 2022;
28. Rimini C., "Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017;
29. Sesta M., "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Famiglia e diritto*, 2018, 11;

30. Sesta M., *L'assegno divorzile tra responsabilità e solidarietà*, in G. Bal-larani-M. Bianca, *Il contributo economico divorzile tra parametri oggettivi e variabili soggettive*, Pisa, 2023;
31. Sesta M., *L'emersione del diritto alla bigenitorialità nella crisi della famiglia*, in M. Sesta, A. Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile commentato*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2016;
32. Singer J.B., "The Privatization of Family Law", *Wisconsin Law Review*, 1992;
33. Spadafora A., "Dal matrimonio dissolubile al patrimonio indissolubile: il radicarsi di un paradosso", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2023;
34. Stanzone P. e G. Autorino, *Autonomia privata e accordi coniugali*, in F. Ruscello, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Cerdam, 2006;
35. Stolzenberg E. J., "The New Family Freedom", *Boston College Law Review*, 2018, 59, 6;
36. Swennen F., "Family (Self-)Governance at the Boundaries of a Privatized Family Law. A Belgian Exploration", in *European Review of Private Law*, 2011, 19, 2;
37. Valente C., *Autonomia e tutela: il doppio filo della crescita del minore nella società digitale*, in M. D. Panforti (a cura di), *Crescere. Ricerche pluridisciplinari sullo sviluppo della persona*, Mucchi editore, 2025;
38. Zoppini A., "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Rivista di Diritto Civile*, 2022, p. 213 ss.; Palazzo M., "Contratti in vista del divorzio e assegno post-matrimoniale", *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018, 1.

Senior Lecturer Florina Florentina Morozan, LL.D.

University of Oradea, Faculty of Law, Romania

PROTECTION OR ABUSE IN CASE OF EXPROPRIATION FOR REASONS OF PUBLIC UTILITY?

This paper offers a comprehensive analysis of the Romanian legal framework governing expropriation for reasons of public utility, with a particular emphasis on the regime of compensation afforded to dispossessed owners. The obligation to ensure fair and prior compensation is enshrined in the Romanian Constitution and reaffirmed through specific legislative instruments.

In accordance with the applicable legal provisions, compensation encompasses both the real (market) value of the expropriated property and the damages sustained by the owner or other legally entitled persons. Depending on the procedural route, compensation may be established either by the expropriating authority or by the competent judicial body, in compliance with the procedures prescribed by special legislation. Although the law does not expressly define the terms "real value of the property" and "damage incurred by the owner" the legislative text distinguishes between these two components, a differentiation that proves significant in substantiating and evidencing claims for compensation.

This study aims to conduct a critical examination of the normative framework and judicial practice relevant to expropriation, with particular attention to the methodologies employed in the assessment of compensation. Additionally, the analysis considers pertinent jurisprudence that has contributed to the doctrinal clarification of key legal concepts.

Key words: Expropriation; Compensation; Public utility; Protection.

1. THE LEGAL REGULATION OF EXPROPRIATION IN ROMANIA

According to Article 44, paragraph 3 of the Romanian Constitution,¹ "No one may be expropriated except for a cause of public utility, established according to the law, with fair and prior compensation". The same provisions are also included in the Constitution of Moldova.² This constitutional guarantee is reaffirmed by specific legislation, most notably Article 1 of Law No. 33/1994 on Expropriation for Reasons of Public Utility,³ which provides: "The expropriation of immovable property, in whole or in part, may be carried out only for a cause of public utility, upon fair and prior compensation, by judicial decision."

This principle is further reinforced by Law No. 255/2010.⁴ From the text of this legislation, one may infer both the fundamental rule of inviolability of private property – whether held by natural or legal persons – and the narrowly tailored exception that allows for expropriation in the public interest.⁵

Expropriation must comply with the principle of proportionality between the general interest and the individual interest. In this regard, the State is afforded a broad margin of appreciation in regulating the conditions and procedures for implementing such a measure – an aspect repeatedly emphasized in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

The Romanian legal framework is largely consistent with both the legal traditions of other European states and the normative principles underpinning the European Union. For instance, Article 1 of the French Expro-

¹ S. I. Goia, "Benchmarks of Constitutional Revision Learned from the Jurisprudence of the Constitutional Court of Romania", *Journal of the Faculty of Law Oradea* 1/2022, 17, <https://cloud.uoradea.ro/index.php/s/dpDAeSxRN9oXJ9m>, 30 May 2025.

² L. Chirtoacă, "Aspecte privind limitarea dreptului de proprietate privată prin intermediul instituției exproprierii", *Revista Moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale* 3/2012.

³ Law No. 33/1994 on Expropriation for Reasons of Public Utility, *Official Gazette of Romania*, No. 139/94, republished in *Official Gazette of Romania*, No. 472, 5/11.

⁴ Law No. 255/2010 on Expropriation for Reasons of Public Utility Necessary for the Implementation of Objectives of National, County, and Local Interest, *Official Gazette of Romania*, No. 853, 20/10.

⁵ A. M. Nicolcescu, "Elemente relevante în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la expropriere", *Revista Dreptul* (Uniunea Juriștilor) 1/2018, <https://lege5.ro/gratuit/gm3donrtgy4a/elemente-relevante-in-jurisprudenta-curtii-europene-a-drepturilor-omului-cu-privire-la-expropriere>, 20 June 2025.

priation Code⁶ states: "Expropriation, whether in whole or in part, of immovable property or real property rights may only be ordered on the condition that it serves a public utility. It must also give rise to fair and prior compensation." Ordinance No. 2014-1345 of 6 November 2014, effective as of 1 January 2015, introduced a new codification of the Expropriation Code for reasons of public utility.

It is also necessary to consider European human rights law. Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, entitled "Protection of Property" establishes a general principle of law that guarantees the right to property, while also acknowledging the limitations that states may impose on this right.

Of particular relevance is the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The Court has consistently held that a deprivation of property for reasons of public utility cannot be justified in the absence of compensation, except under exceptional circumstances. Moreover, legitimate public interest objectives – such as the pursuit of economic reforms or social justice – may justify awarding compensation that falls below the market value of the expropriated property.

2. FAIR AND PRIOR COMPENSATION

2.1. Determination of Compensation

Romanian legislation provides for two distinct procedures for establishing compensation in expropriation cases. The first is regulated by Law No. 33/1994 on Expropriation for Reasons of Public Utility. Under this statute, once the expropriating authority has declared the existence of a public utility, both the expropriation and the amount of compensation are determined by the competent court. The court is limited to verifying whether all the legal requirements for expropriation have been fulfilled and to determining the amount of compensation. It does not have jurisdiction over substantive issues such as the necessity or scope of the expropriation.⁷ For the purpose of determining compensation, the court appoints a panel of experts composed of one expert designated by the court, one by the expropriator, and a third by the affected parties subject to expropriation.

Subsequently, Law No. 255/2010 introduced a simplified and expedited procedure allowing the expropriating authority to obtain the transfer of

⁶ Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074224/LEGISCTA000029733578/#LEGISCTA000029734369, 12 July 2025.

⁷ C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Hamangiu Publishing House, Bucharest 2013, 142.

ownership more swiftly, without awaiting the conclusion of judicial proceedings. Under this mechanism, the amount of compensation is initially determined unilaterally by the expropriator but may be challenged by the expropriated party before the competent court. This procedure is set forth in Articles 18 to 22 of Law No. 255/2010.

Within five days from the issuance of the expropriation decision, the expropriator must appoint a committee to verify ownership rights or other real rights forming the basis of the claim. The committee must also determine whether the proposed compensation is accepted or rejected by the property owner or other rights holders over the expropriated asset. Compensation is paid based on claims submitted by the holders of real rights, as well as by any individuals who can demonstrate a legitimate interest (Article 19 (1) of Law No. 255/2010).

According to Article 21, the decision establishing the amount of compensation must be communicated to the applicant and other right holders or apparent right holders. Within a maximum of 90 days from the issuance of this decision, the expropriator must pay the compensation in accordance with the legal provisions.

An expropriated party dissatisfied with the compensation established under Article 19 may file a claim before the competent court within the general limitation period, which begins from the date the compensation decision is communicated. Failure to observe this deadline results in forfeiture of the right to challenge the compensation. However, such a challenge does not affect the validity of the transfer of ownership nor suspend its effects.

The court is competent not only to rule on challenges to the compensation amount established by the administrative decision, but also to adjudicate actions in which the expropriated party contests the estimated compensation and requests judicial determination of the amount, as well as an order obliging the expropriator to make payment – particularly in cases where the compensation decision has not been issued without justification.⁸ To resolve such cases, the court shall appoint a panel of experts consisting of one expert named by the court, one by the expropriator, and a third by the expropriated persons.

⁸ High Court of Cassation and Justice (Romania), Decision No. 14/2019 (Panel for the Resolution of Appeals in the Interest of the Law), regarding the interpretation of Article 22 (1) of Law No. 255/2010 on Expropriation for Reasons of Public Utility, *Official Gazette of Romania*, No. 476/19.

2.2. The Amount of Compensation

Under Romanian law, compensation in expropriation cases must be fair, meaning it must fully cover the loss suffered by individuals affected by the measure. Compensation may be established, as the case may require, either by the expropriating authority or by the court, in accordance with the procedures set out in special legislation.

Article 26 of Law No. 33/1994 sets forth key legal criteria for determining compensation. According to this provision, compensation consists of the real (market) value of the property and the damages caused to the owner or other entitled persons. When calculating the amount, both experts and the court must consider the typical sale price of similar properties in the same administrative-territorial unit at the time the expert report is drawn up. They must also take into account any damages suffered by the owner or other entitled parties, supported by the evidence submitted.

Furthermore, in preparing the expert report, both the experts and the court must consider valuations prepared and updated by the Chambers of Public Notaries at the time of the property's transfer of ownership (Article 22 (6) of Law No. 255/2010). The High Court has interpreted these legal provisions, affirming that this article must be applied extensively. Accordingly, both the expert valuations by the Chambers of Public Notaries at the time of the ownership transfer and the legal criteria stipulated in Article 26 (2) of Law No. 33/1994 must be considered when determining the amount of compensation.⁹

The necessity of compensating the owner for the deprivation of property has also been emphasized in the jurisprudence of ECtHR, which has held that "a deprivation of property for reasons of public utility is not justified without the payment of compensation, except under exceptional circumstances".¹⁰ In the absence of compensation, the protection afforded by Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention would be illusory and ineffective. While compensation must be reasonable, the Convention does not guarantee full reimbursement in all cases. Legitimate public utility objectives – such as economic reform or social justice – may justify awarding

⁹ High Court of Cassation and Justice (Romania), Panel for the Clarification of Points of Law, Decision No. 78/2021 concerning the interpretation and application of Article 22 (6) of Law No. 255/2010 and Article 26 (2) of Law No. 33/1994 on Expropriation for Reasons of Public Utility, *Official Gazette of Romania*, No. 1185, 15 December 2021.

¹⁰ European Court of Human Rights, *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Applications Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-57580\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\), 12 July 2025.

compensation below market value. This principle was affirmed in *James and Others v. the United Kingdom*¹¹ and *Biozokat A. E. v. Greece*.¹²

The European Court has repeatedly recognized the wide margin of appreciation enjoyed by states in regulating the conditions and procedures for expropriation. Particularly relevant in this context is the *Couturon v. France*¹³ judgment, in which the Court held that the applicant's complaint fell within the scope of a regional planning policy. In that case, the applicant, Mr. Couturon, argued that the construction of a motorway caused a decline in the value of his property, for which no compensation was awarded. The Court concluded that the French authorities had maintained the necessary balance between individual rights and the general interest and had not violated Article 1 of Protocol No. 1.

It is worth noting, in light of ECtHR jurisprudence, that Romanian law is more favorable to the expropriated party in terms of the amount of compensation.¹⁴ Specifically, Article 26 of Law No. 33/1994 requires that compensation cover the "real" value of the property, along with any damages owed to the owner and other entitled individuals. The law mandates that the market value be determined based on the usual sale price of similar properties in the same administrative-territorial unit at the time the expropriation is effectively carried out.

In line with these legal provisions, the Romanian Constitutional Court has emphasized that compensation must be fair and must account for all elements that contributed to the damage suffered by the expropriated person. In this respect, the domestic legal framework provides a higher level of protection than that established by Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights.

It is also essential that compensation be awarded **prior** to the deprivation of property. The anticipatory nature of compensation serves as a safeguard, ensuring that the owner is duly compensated and that such compensation does not remain an illusory claim. Furthermore, it guarantees the

¹¹ European Court of Human Rights, *Case of James and Others v. The United Kingdom*, Application No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-i=001-57507>, 12 July 2025.

¹² European Court of Human Rights, *Case of Biozokat A. E. v. Greece*, Application No. 61582/00, Judgment of 9 October 2003, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-i=001-43694>, 12 July 2025.

¹³ European Court of Human Rights, *Case of Couturon v. France*, Application No. 24756/10, Judgment of 25 June 2015, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-i=001-176123>, 22 July 2025.

¹⁴ High Court of Cassation and Justice (Romania), Decision No. 395 of 1 October 2013, published in *Official Gazette of Romania*, Part I, No. 685, 7 November 2013.

preservation of the expropriated owner's patrimonial balance before the extinguishment of their private property right through expropriation.¹⁵

In this respect, Article 31 (1) of Law No. 33/1994 provides that: "The issuance of the enforceable title and the expropriator's entry into possession may be effected only on the basis of a court ruling confirming the fulfillment of the compensation obligation, and no later than 30 days from the date of its payment."

Similarly, under the expropriation regime regulated by Law No. 255/2010, Article 9 (4) stipulates: "The transfer of ownership rights over immovable property from private individuals or legal entities to the public domain of the state or of administrative-territorial units, and to the administration of the expropriator, shall take effect by law on the date of issuance of the administrative expropriation act by the expropriator, following the deposit of the compensation amounts."

It must be noted, however, that Law No. 255/2010 conditions the transfer of ownership not on the actual payment of compensation to the expropriated persons, but merely on the deposit of the compensation amounts. In practice, expropriators frequently delay issuing the decision that establishes the amount of compensation. Under a previous version of Law No. 255/2010, if the amount of compensation was contested, the funds deposited on behalf of the expropriated persons could not be released until the final resolution of the dispute.¹⁶ This provision was amended only in 2018, allowing, upon request, the release of the compensation even to holders of real rights who did not agree with the established amount. The transition period in any society which encountered radical changes of the Government or the political regime had multiple relativities and complications. In Romania, the transition period seems to have no end and on the contrary it seems more and more complicated.¹⁷

2.3. De Facto Expropriation

It is important to emphasize that compensation is also owed in cases of **de facto expropriation**, where the formal procedures prescribed by expropriation law are not followed. The ECtHR has used the term *de facto expropriation* to describe the effects of actions whereby the exercise of private property rights is restricted in favor of public ownership, in the ab-

¹⁵ I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale. Studiu aprofundat*, Hamangiu Publishing House, Bucharest 2021, 321.

¹⁶ Article 19 (1) of Law No. 255/10.

¹⁷ Rath-Boșca, L. Dumitrana, "Considerations on the Development of Mediation in Romania", *Agora International Journal of Juridical Sciences* 4/2015, 20, <http://univagora.ro/jour/index.php/aijs>, 12 July 2025.

sence of any formal legal act, but in a manner equivalent to formal expropriation.

In general, the deprivation of property is permissible only if three conditions are satisfied: the legality of the measure, its justification based on a legitimate public interest, and the proportionality of the measure in relation to the intended objective.¹⁸ The concept of *de facto* expropriation was discussed in the context of *Burghilea v. Romania*.¹⁹

The ECtHR has delivered two judgments against Romania that are particularly relevant to the right to compensation in such cases. In the **case of S. C. Granitul S. A. v. Romania**,²⁰ the Court found a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention due to the applicant's deprivation of property following Government Decision No. 788/1996, which transferred land owned by the applicant to the State without any compensation. The decision established the Giurgiu Free Trade Zone and, among other measures, included the transfer of a land from the applicant into the public domain. This transfer constituted a *de facto* expropriation as it was neither preceded by compensation nor carried out with the applicant's consent. The Court awarded just satisfaction for pecuniary damages, which was paid within the prescribed time limit. In light of the specific circumstances, the Court deemed that no further measures were necessary, and that the finding of a violation alone sufficed to address the moral damage incurred.

In the **case of Stan v. Romania**²¹, the applicant alleged a violation of her property rights, as 767 square meters of her land were occupied by a public construction site without her consent and in the absence of any prior expropriation procedure. Although the Romanian courts awarded her damages for loss of use, they did not grant compensation for the land itself, despite the fact that the property could no longer be restored to its original state. Although she remained the legal owner, the applicant was effectively prevented from exercising her ownership rights. Despite being ordered by final court judgment to initiate an expropriation procedure to compensate

¹⁸ R. Chiriță, *Exproprierea de fapt. Un comentariu al hotărârii CEDO în cauza Burghilea contra România*, <https://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/338>, 5 July 2025.

¹⁹ European Court of Human Rights, *Case of Burghilea v. Romania*, Application No. 26985/03, Judgment of 27 January 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122780>, 22 July 2025.

²⁰ European Court of Human Rights, *Case of S.C. Granitul S. A. v. Romania*, Application No. 22022/03, Judgment of 22 March 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141034>, 5 June 2025.

²¹ European Court of Human Rights, Third Section, *Judgment of 30 June 2015 in the Case of Stan v. Romania*, Applications Nos. 24362/11 and 52339/12, <https://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/Stan-impotriva-României.pdf>, last Romanian Constitutional Court, Decision No. 380/2015 on the exception of unconstitutionality, published in *Official Gazette of Romania*, Part I, No. 539 of 20 July 2015, 15 July 2025.

the applicant for the value of the land, the local and county councils failed to comply, and the judgment was not enforced. The ECtHR found that Article 1 of Protocol No. 1 had been violated and ordered the Romanian State to provide compensation and to enforce the domestic judgment.

3. ROMANIAN COURT JURISPRUDENCE ON THE DETERMINATION OF COMPENSATION

In a 2015 decision,²² the Constitutional Court of Romania held that the value of expropriated property must be assessed at the moment the ownership right is transferred, rather than at the time of the judicial proceedings in which compensation is determined. Consequently, the Court found that compensation calculated based on the date of the expert report – typically drawn up during litigation – does not meet the requirement of fairness, as it does not reflect the value of the property at the actual moment of dispossession.

In practice, a significant period often elapses between the date of expropriation and the judicial determination of compensation. During this interval, the market value of the property may increase, yet the owner remains entitled only to the value assessed at the time of expropriation. As a result, by the time the payment is made, the compensation may no longer reflect the true value of the property, thereby undermining the principle of fairness.

Romanian courts²³ have also recognized the need to express compensation in euros rather than in the national currency (lei), due to the adverse impact of currency exchange fluctuations on the actual value received. Establishing compensation in euros is justified on the grounds that exchange rate variations can significantly diminish the real value of the compensation owed.

It is essential to distinguish between two procedural steps: first, determining the market value of the expropriated asset at the time of the expert assessment during the judicial phase, and second, updating the previously established value (corresponding to the time of the transfer) to reflect the actual payment date, based on the lei – euro exchange rate. Only through such a method can the affected party's loss be fully compensated, ensuring that the compensation remains just under the law. This approach guarantees the preservation of the property's actual value, and the rightful party's

²² Romanian Constitutional Court, Decision No. 380/2015 on the exception of unconstitutionality, published in *Official Gazette of Romania*, Part I, No. 539 of 20 July 2015, 15 July 2025.

²³ Court of Appeal Craiova, Decision No. 50/2022 of 16 February 2022, ECLI:RO:CACRV:2022:084, www.rolii.ro, 23 July 2025.

loss of ownership is legally offset by a certain and equivalent monetary amount.

In fact, only if the lei equivalent of the euro-denominated sum is paid at the exchange rate valid on the **actual payment date** are the legal requirements of fair compensation truly fulfilled. Otherwise, the claimant’s patrimonial integrity would be compromised in violation of constitution and the law. A delay of several years in payment would, in such cases, amount to a breach of the foundational principle of expropriation law.

In light of these considerations, the court ruled that the compensation owed to the claimant, representing the value of the expropriated land assessed by the panel of experts at 2,765 euro must be converted into lei using the exchange rate set by the National Bank of Romania on the date of actual payment. Accordingly, the court upheld the appeal and partially overturned the challenged judgment.

In another case,²⁴ the plaintiffs sought to hold the defendants jointly liable for moral damages, invoking harm to their dignity and emotional and physical suffering caused by the expropriation of the residential property they owned. Their claims were based on tort liability, arguing that their eviction from the expropriated property, prior to the actual payment of compensation and without being provided with alternative housing, constituted an unlawful act attributable to the defendant, the National Road Infrastructure Company.

The court dismissed the plaintiffs’ claims, ruling that the alleged unlawful conduct – namely, the delay in issuing the decision on the amount of compensation – was not the proximate cause of the harm asserted by the plaintiffs. Specifically, it found that the delay did not prevent them from accessing the amount of compensation deposited in their favor prior to eviction.

In a separate ruling,²⁵ the High Court of Cassation and Justice rejected an appeal brought by a commercial company that was indirectly affected by an expropriation. The appellant argued that the assessment of damages related to the construction of a highway on expropriated land failed to consider the impact on its own business operations. Although the company itself was not subject to expropriation, the proximity of the highway’s placement adversely affected its activity. The claimant, whose main business involved the ecological farming of dairy cattle, had to shut down and

²⁴ High Court of Cassation and Justice (Romania), Civil Section I, Decision No. 502/2024 of 27 February 2024, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/520871771>, 12 July 2025.

²⁵ High Court of Cassation and Justice (Romania), Administrative and Fiscal Litigation Section, Decision No. 1377/2025 of 12 March 2025, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/520886017>, 7 June 2025.

relocate its operations. However, the damages it allegedly incurred were not accounted for in the compensation process.

The court dismissed the appeal on the grounds that the right to compensation is protected through specific legal actions available under the expropriation laws—remedies which the claimant had failed to pursue. As such, the indirect impact suffered by the company did not warrant judicial relief in the absence of proper procedural engagement.

4. CONCLUSION

The analysis conducted reveals a sustained concern within Romanian legislation and jurisprudence for the legal and practical challenges associated with expropriation. However, this concern does not imply that all issues in the field have been effectively resolved.

On the one hand, a more nuanced regulatory framework is required regarding the types and scope of compensation available in cases of expropriation. It must not be overlooked that, while the general interest may justify expropriation, the measure often constitutes a profoundly traumatic event for the affected individual and their family. There are documented cases in which homes occupied for generations by the same family have been expropriated and demolished to make way for roads or other infrastructure of public interest. Expropriation may significantly interfere with fundamental human rights by causing the forced displacement of individuals or adversely affecting their health and well-being. In such situations, the mere financial equivalent of the property's value is insufficient to fully redress the harm suffered. Courts, however, tend to focus narrowly on material damages. It is imperative that expropriation procedures are fair, that they provide adequate compensation, and that they account for the broader impact on people's lives and health.

On the other hand, the law is primarily concerned with remedies available to the expropriated party. However, as previously illustrated, there are cases in which individuals suffer harm from nearby expropriations without being formally subject to expropriation themselves. These individuals also require effective legal mechanisms to protect their rights, ensuring full redress, as only comprehensive redress can be considered just. The state must recognize that the presence of a public utility encumbering privately owned property gives rise to a **positive obligation** on the part of the state to expropriate the asset in exchange for adequate financial compensation.

Lastly, it is essential to strengthen sanctions against expropriating authorities that, often in bad faith, unduly delay both the expropriation procedure and the payment of compensation, thereby exposing the expropriated party to potential abuse.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bîrsan, Corneliu, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil 142*, Hamangiu 2013;
2. Chelaru, Eugen, "Efectele juridice ale exproprierii pentru cauză de utilitate publică", *Dreptul* 4/1998;
3. Chirtoacă, Leonid, "Aspecte privind limitarea dreptului de proprietate privată prin intermediul instituției exproprierii", *Revista Moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale* 3/2012;
4. Chiriță, Radu, *Exproprierea de fapt. Un comentariu al hotărârii CEDO în cauza Burghilea contra România*, <https://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/338>;
5. Degache, Christophe, *Indemnisation et nouveau Code de l'expropriation, Village de la Justice*, <https://www.village-justice.com/articles/-/Indemnisation-nouveau-code,19491.html>;
6. Goia, Simina Ioana, "Benchmarks of Constitutional Revision Learned from the Jurisprudence of the Constitutional Court of Romania", *J. Fac. L. Oradea* 1/2022, <https://cloud.uoradea.ro/index.php/s/dpDAeSxRN-9oXJ9m>;
7. Nicolcescu, Ana-Maria, *Exproprierea pentru cauză de utilitate publică*, Univ. Juridic 2024;
8. Nicolcescu, Ana-Maria, "Elemente relevante în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la expropriere", *Dreptul (Uniunea Juriștilor)* 1/2018, <https://lege5.ro/gratuit/gm3donrtgy4a>;
9. Rath-Boșca, Laura Dumitrana, "Considerations on the Development of Mediation in Romania", *Agora International Journal of Juridical Sciences* 4/2015, <http://univagora.ro/jour/index.php/aijjs>;
10. Sferdian, Irina, *Drept civil. Drepturile reale principale. Studiu aprofundat*, Hamangiu 2021.

Legal documents

1. Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, <https://www.legifrance.gouv.fr>;
2. Law No. 33/1994 on Expropriation for Reasons of Public Utility, *Official Gazette of Romania*, No. 139, June 2, 1994 (republished in No. 472, July 5, 2011);
3. Law No. 255/2010 on Expropriation for Reasons of Public Utility Necessary for the Implementation of Objectives of National, County, and Local Interest, *Official Gazette of Romania*, No. 853, December 20, 2010;
4. Romanian Constitutional Court, Decision No. 380/2015 on the Exception of Unconstitutionality, *Official Gazette of Romania*, Part I, No. 539, July 20, 2015;

5. Court of Appeal Craiova, Decision No. 50/2022 of Feb. 16, 2022, ECLI:RO:CACRV:2022:084, www.rolii.ro;
6. High Court of Cassation and Justice (Romania), Civil Section I, Decision No. 502/2024 of Feb. 27, 2024, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/520871771>;
7. High Court of Cassation and Justice (Romania), Administrative and Fiscal Litigation Section, Decision No. 1377/2025 of Mar. 12, 2025, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/520886017>;
8. High Court of Cassation and Justice, Decision No. 395 of Oct. 1, 2013, *Official Gazette of Romania*, Part I, No. 685, Nov. 7, 2013;
9. High Court of Cassation and Justice, Panel for the Clarification of Legal Issues, Decision No. 78/2021, *Official Gazette of Romania*, No. 1185, Dec. 15, 2021;
10. High Court of Cassation and Justice, Panel for the Resolution of Appeals in the Interest of the Law, Decision No. 14/2019, *Official Gazette of Romania*, No. 476, June 11, 2019;
11. ECtHR, Case of Biozokat A.E. v. Greece, App. No. 61582/00, Judgment of Oct. 9, 2003, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-43694>;
12. ECtHR, Case of Burghilea v. Romania, App. No. 26985/03, Judgment of Jan. 27, 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122780>;
13. ECtHR, Case of Couturon v. France, App. No. 24756/10, Judgment of June 25, 2015, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-176123>;
14. ECtHR, Case of James and Others v. United Kingdom, App. No. 8793/79, Judgment of Feb. 21, 1986, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57507>;
15. ECtHR, Case of S.C. Granitul S.A. v. Romania, App. No. 22022/03, Judgment of Mar. 22, 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141034>;
16. ECtHR, Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden, Apps. Nos. 7151/75 & 7152/75, Judgment of Sept. 23, 1982, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>;
17. ECtHR, Case of Stan v. Romania, Apps. Nos. 24362/11 & 52339/12, Judgment of June 30, 2015, <https://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/-Stan-impotriva-României.pdf>.

Доц. др Флорина Флорентина Морозан

Правни факултет Универзитета у Орадеи, Румунија

ЗАШТИТА ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА У СЛУЧАЈУ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ У ОПШТЕМ ИНТЕРЕСУ?

Сажетак

Овај рад нуди свеобухватну анализу румунског правног оквира који регулише експропријацију у општем интересу, са посебним нагласком на режим накнаде која се додељује бившим власницима. Обавеза обезбјеђивања правичне и претходне накнаде утврђена је румунским Уставом и потврђена кроз посебне законске инструменте.

У складу са важећим законским одредбама, накнада обухвата и стварну (тржишну) вриједност експроприсане имовине и штету коју је претрпио власник или друга законски овлашћена лица. У зависности од процедура, накнаду може утврдити или орган за експропријацију или надлежни судски орган, у складу са поступцима прописаним посебним законом. Иако закон не дефинише изричито појмове „стварна вриједност имовине“ и „штета коју је претрпио власник“, законски текст прави разлику између ове двије компоненте, што је значајно у поткрепљивању и доказивању захтјева за накнаду.

Циљ ове студије је критичко испитивање нормативног оквира и судске праксе релевантних за експропријацију, са посебном освртом на методологије које се користе у процјени накнаде. Поред тога, анализирана је релевантна судска пракса која је допринијела доктринарном разјашњењу кључних правних концепата.

Кључне ријечи: *Експропријација; Накнада; Општи интерес; Заштита.*

Assistant Professor Magdalena Skibińska, LL.D.

University of Zielona Góra, Institute of Law Studies, Republic of Poland

SHOULD THE RETURN OF THE *QUASI*-PLEADING PURSUANT TO ARTICLE 186¹ OF THE POLISH CIVIL PROCEDURE CODE BE CONSIDERED AS THE GOLDEN MEAN BETWEEN PREVENTING THE ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS AND PROVIDING LEGAL PROTECTION IN CIVIL PROCEEDINGS?

Amendment Act of July 4th, 2019 to the Polish Code of Civil Procedure introduced the general clause on the abuse of procedural rights. The drafter of the act also stated specific manifestations of such abuse. One of them – introduced by the same amendment act – deals with bringing a pleading in the form of a statement of claim without formulating a demand for determination of a civil dispute, the so-called quasi-pleading. According to the Article 186¹ of the Polish Code of Civil Procedure such claim should generally result in the return of the pleading to the applicant without undertaking any further action. The aim of this regulation was to prevent the abuse of procedural rights by returning a pleading in which a party does not request a legal protection. However, many scholars argue that this regulation restrains or eliminates the access to justice de facto prohibiting such protection. Therefore, the goal of this research is to answer the question whether this regulation should be considered as the golden mean between preventing the abuse of procedural rights and providing legal protection in civil proceedings. The research, conducted by using the formal dogmatic approach, leads to the negative answer to that question. This is due to the fact that the regulation in question cannot be considered at all a regulation dealing with the abuse of procedural rights. It also does not violate the right to legal protection and hinder the access to justice because such quasi-pleading does not relate to the constitutional case (court case), which means that this case cannot be heard by any court because the applicant does not seek a legal protection.

Key words: Abuse of procedural rights; Lawsuit; Return of the *quasi*-pleading; Legal protection; Civil dispute; Civil case; Constitutional case; Court case; Inadmissibility of the court action.

1. INTRODUCTION

By virtue of the amendment of July 4th, 2019,¹ a new regulation in form of Article 186¹ was added to the provisions of the Code of Civil Procedure² aimed to the prompt termination of civil proceedings. Pursuant to its content, a pleading that has been filed as a statement of claim and from which no demand for the resolution of a dispute of a civil nature arises shall be returned by the presiding judge to the applicant without any further action, unless exceptional circumstances justify initiating proceedings. This provision has given rise to a great deal of controversy,³ firstly, with regard to the potential infringement of the right to legal protection and secondly, with regard to the possibility of qualifying it as an instrument to fight the abuse of procedural rights.⁴ Taking into consideration both aspects, the assessments concerning this provision in the literature are not clear.

Regarding the first issue, on the one hand, there is a quite commonly expressed doubt whether this provision does not limit the constitutional right to court (Article 45(1) and Article 77(2) of the Constitution of the Republic of Poland⁵) or, more specifically, the access to legal protection, since the return of the pleading takes place before the examination of the statement of claim and results in refusal to examine the merits of the case.⁶

¹ Article 186¹ was added to the Code of Civil Procedure by Article 1(62) of Act of 4 July 2019 amending the Civil Procedure Code and certain other acts, J.L. item 1469 with further changes. The provision entered into force on 7 November 2019.

² Act of 17 November 1964 – Civil Procedure Code, consolidated text J.L. from 2023, item 1550 with further changes (hereinafter: CCP).

³ See more e.g. A. Kubas, "Nadużycie prawa procesowego – próba oceny ostatnich zmian legislacyjnych", *Palestra* 11–12/2019, 176; P. Osowy, "Dilemmas of the amendment to the Code of Civil Procedure of 4 July 2019 as seen in the case of Article 186¹ of the Code of Civil Procedure - selected issues", *Acta Iuridica Stetinensis* 1/2020, 127 etc.

⁴ On the basis of the pluralism of positions presented in this matter in the doctrine, the problem of the possibility of cumulative application of the sanction provided for in Article 186¹ of the CCP with the general sanctions provided for the abuse of procedural rights stated in Article 226¹(2) of the CCP arose – see E. Gapska, "Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. I – Klauzula generalna", *Monitor Prawniczy* 15/2019, 819–820.

⁵ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, J.L. No. 78, item 483 with further changes (hereinafter: Polish Constitution).

⁶ See and compare e.g. G. Jędrejek, "Kilka uwag dotyczących planowanych zmian przez Ministerstwo Sprawiedliwości w cywilnym postępowaniu rozpoznawczym", *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019* (eds. G. Jędrejek, S. Kotas, F. Manikowski), Warszawa 2019, 19; A. Kościółek, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw* (eds. J. Gołaczyński, D. Szostek), Warszawa 2019, 131; P. Ryński, "O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.7.2019 r. w ogólności", *Palestra* 11–12/2019, 30; P. Paradowski, "Brak żądania rozstrzygnięcia sprawy

On the other hand, it is argued that these assessments are exaggerated, since the return of a pleading pursuant to Article 186¹ of the CCP is subject to an instance control⁷ and the intention of the drafters to eliminate unnecessary pleadings is understandable.⁸

In relation to the possibility of classifying the filing of a pleading referred to in Article 186¹ of the CCP as a means of abuse of legal protection (*Missbrauch des Rechtsschutzes*)⁹ or the right to a court, the prevailing view is that the filing of a bogus claim constitutes the abuse of procedural rights.¹⁰ However, the opposite view can also be found, according to which it is a misunderstanding to consider all non-litigious pleadings as such an abuse¹¹ or that such pleadings should not be considered as the abuse of procedural rights at all.¹²

In view of such a far-reaching polarisation of views on the matter in question, the goal of this research is to verify these opinions and, therefore,

cywilnej", *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów* (ed. B. Karolczyk), Warszawa 2020, 55; M. Dziurda, *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. T. 1* (ed. T. Zembrzusi), Warszawa 2020, 77; A. Jakubecki, "Dostęp do ochrony prawnej w świetle ustawy nowelizującej k.p.c. z 4.7.2019 r.", *Dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym* (eds. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, E. Marszałkowska-Krześ), Warszawa 2021, 19; M. Muliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IA. Komentarz. Art. 1-424*¹² (ed. A. Góra-Błaszczkowska), Warszawa 2020, 22.

⁷ B. Czech, *Kodeks postępowania cywilnego. T. I. Komentarz. Art. 1-205* (ed. A. Marciniak), Warszawa 2019, 1218.

⁸ M. Klonowski, "Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. - podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena", *Polski Proces Cywilny* 2/2018, 188.

⁹ See in the Austrian doctrine e.g. A. Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. I. Band. EGJN und JN* (eds. H. Walter Fasching, A. Konecny), Wien 2013, 55.

¹⁰ See e.g. E. Gapska, "Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym kodeksie postępowania cywilnego. Cz. III – szczególne przejawy nadużycia prawa procesowego", *Monitor Prawniczy* 17/2019, 919; P. Feliga, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-505*³⁹ (ed. T. Szanciło), Warszawa 2019, 32–33; P. Ryłski, 30; A. Kubas, 165; B. Czech, 1219, 1345; M. Muliński, 22.

¹¹ P. Paradowski, 54. See also K. Weitz, "Nadużycie "prawa" procesowego cywilnego", *Polski Proces Cywilny* 1/2020, 25; T. Zembrzusi, "Nadużycie prawa procesowego de lege lata", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. J. Kosonoga), Warszawa 2022, 170; M. Dziurda, "Kierunki wykładni obowiązujących przepisów k.p.c. o nadużyciu prawa procesowego", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. J. Kosonoga), Warszawa 2022, 194, 197.

¹² A. Jakubecki, "Sankcje za nadużycie uprawnień procesowych w kodeksie postępowania cywilnego", *Palestra* 11–12/2019, 195; S. Cieślak, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. IA. Art. 1-424*¹² (ed. A. Góra-Błaszczkowska), Warszawa 2020, 798.

to answer the question, whether this regulation should be considered as the golden mean between preventing the abuse of procedural rights and providing legal protection in civil proceedings.

2. DOES THE RETURN OF *QUASI*-PLEADING RESTRAIN OR DENY A LEGAL PROTECTION IN CIVIL PROCEEDINGS?

The purpose of Article 186¹ of the CCP is to prevent common courts from hearing cases from which there is no demand for the determination of a legal dispute that could be the subject of civil proceedings. *Prima facie*, on the basis of the linguistic meaning of Article 186¹ of the CCP, it could indeed be argued that this regulation refers to the situation of inadmissibility of the court action on the grounds that the case submitted to the court for consideration is not in fact of civil nature, but such an interpretation would be contrary to the content of Article 199(1)(1) of the CCP.¹³ According to well-established tradition, the latter regulation refers explicitly to such a case and requires the rejection of the claim on this ground. This is also supported by the functional interpretation of this regulation, since it is deduced from the accompanying justification introduced to this regulation that the drafters had in mind pleadings that do not contain a demand for hearing a court case.¹⁴ This means that the regulation should be applied when a given case is not a case in the constitutional sense and cannot be heard before any court, including a common court, even taking into account the jurisdiction of common courts arising from Article 177 of the Polish Constitution.¹⁵ Therefore, the notion expressed in the views of legal academics and commentators that the regulation in question does not refer

¹³ Due to the incomprehensible wording of this provision even at the stage of legislative work doubts were raised whether there is the need to introduce this solution as it was in collision with Article 199(1)(1) of the CCP – see A. Torbus, "Ekspertyza na temat: Czy projekt nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego pod nazwą „Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw” (druk nr 3137) pozwala zwiększyć efektywności postępowania cywilnego?”, 7–8, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3137>, 21 March 2024; G. Jędrejek, 19.

¹⁴ See justification of draft act amending the CCP, Project no. 3137, 30, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/166CCC44490F3965C1258384003CD40A/%24File/3137-uzas.pdf>, 21 October 2024.

¹⁵ See P. Rylski, 30; I. Kunicki, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. IA. Art. 1-424*¹² (ed. A. Góra-Błaszczkowska), Warszawa 2020, 653; K. Drozdowicz, "Ratio legis wprowadzenia art. 186¹", *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową* (eds. M. Białecki et al.), Warszawa 2021, 75–76; T. Zembrzusi, „Powództwo oczywiście bezzasadne a dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym”, *Dostęp do ochrony prawnej w sądowym postępowaniu cywilnym* (eds. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, E. Marszałkowska-Krześ), Warszawa 2021, 174; Ł. Błaszczak, *Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191¹ k.p.c.*, Warszawa 2021, 130. Cf. M. Dziurda, (2020), 422–423; A. Torbus, 8.

to a case of inadmissibility of the court action is incorrect, otherwise Article 199(1)(1) of the CCP should apply, and therefore, the court should dismiss the statement of claim.¹⁶ On the contrary, this case should be treated as introducing an additional effect of inadmissibility of the court action in the form of return of a pleading filed as a statement of claim in a situation where the case is not a case within the meaning of Article 45(1) of the Polish Constitution (constitutional case).

In light of the current regulations, inadmissibility of the court action in civil proceedings occurs if the case does not fall within the jurisdiction of the common courts and the Supreme Court in these proceedings. This occurs in four situations. Firstly, when the case is not a civil case (in the formal or substantive sense), but being a case in the constitutional sense, it is subject to hearing by other courts (criminal, administrative, military) in other proceedings under specific regulations. Secondly, when it is a civil case, but under specific regulations it has been referred to be heard by courts or authorities other than the common court of law (Article 2(1) and (3) of the CCP). Thirdly, when it is a civil case (in the formal or substantive sense), but as a result of the dismissal of the claim by the common court, an administrative or tax authority or an administrative court has become competent to hear it (Article 58(4) of the Law on Proceedings before Administrative Courts,¹⁷ Article 66(4) of the Polish Code of Administrative Procedure¹⁸ and Article 171(4) of the Tax Ordinance Act¹⁹). Fourthly, the case is not a constitutional case at all (within the meaning of Article 45(1) of the Polish Constitution) and therefore the right to a court does not apply to it at all. The latter case is precisely what Article 186¹ of the CCP is concerned with. It is thus about the implementation of the general assumption that every court case in the constitutional sense must aim at granting legal protection.²⁰ If the will expressed in the pleading initiating the proceedings does not result in the demand for granting this protection, then the object of a civil proceeding in the form of a procedural claim is missing, as its essential element, i.e. the demand that would meet the conditions for granting this protection is missing. Consequently, it should be

¹⁶ M. Dziurda, (2020), 424; I. Kunicki, 653; K. Drozdowicz, 79; Ł. Błaszczak, 130–131.

¹⁷ Act of 30 August 2002 – Law on Proceedings before Administrative Courts, consolidated text J.L. from 2024, item 935.

¹⁸ Act of 14 June 1960 – Code of Administrative Procedure, consolidated text J.L. from 2024, item 572.

¹⁹ Tax Ordinance Act of 29 August 1997, consolidated text J.L. from 2023, item 2383 with further changes.

²⁰ See K. Piasecki, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-366* (eds. A. Marciniak, K. Piasecki), Warszawa 2014, 35; E. Gapska, „Wyłączenie drogi sądowej w sprawach cywilnych w świetle Konstytucji RP”, *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego* (ed. Ł. Błaszczak), Wrocław 2015, 84–85.

concluded that in the present case it will never be permissible to initiate and conduct civil proceedings, as it will be impossible to fulfil the function of civil proceedings. Such pleadings, as the drafter pointed out, constitute an unnecessary burden on the courts, therefore, it is desirable to handle them as quickly as possible so that they do not take away from the time necessary for judges to hear other cases without undue delay.²¹ These include, for example, complaints (e.g. against a university lecturer), descriptions of situations or reality, expressions of opinion (e.g. dissatisfaction with the weather), moral or ethical dilemmas, philosophical disputes, etc. In such cases, in other words, the party is not aiming at the exercise of any subjective right and their pleading does not concern judicial protection within the framework of the justice system.

When assessing the compatibility of this regulation with the right to a court, it should be emphasised that according to the established line of judicial decisions, the right to a court 'arises when there is a <<case>>, i.e. when the protection of certain interests is generally possible in court proceedings before common courts or before administrative courts'.²² Thus, as J. Gudowski rightly emphasises, 'the right to a court does not exist in a case which is in fact only a semblance of a case (in constitutional or judicial terms); in such a situation, undertaking judicial protection of certain interests is not possible at all. Also, cases (claims, demands) which are absurd, irrational or have a humorous dimension cannot be approached with constitutional seriousness'.²³ From this perspective, the introduction of the regulation in question should therefore not be seen as inconsistent with the Polish Constitution, in particular Articles 45(1) and 77(2) thereof.²⁴ This regulation is also in line with the understanding of the right to a court presented against the background of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,²⁵ since the dispute must be real and serious within the meaning of this regulation. Thus, not all cases in the technical-procedural sense are suitable for court

²¹ See justification of the decision of the Supreme Court of Poland from 21 June 2015, III UZ 3/15, LEX nr 1925809; justification of draft act amending the CCP, Project no. 3137, 31.

²² Decision of the Supreme Court of Poland from 18 November 2008, II CSK 303/08, LEX nr 487512.

²³ J. Gudowski, "Wpływ Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na pojęcie dopuszczalności drogi sądowej", *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego* (eds. T. Ereciński, K. Weitz), Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego. Serock k. Warszawy 24–26 września 2009 r., Warszawa 2010, 426.

²⁴ K. Drozdowicz, 78, 84.

²⁵ Opened for signature in Rome on 4 November 1950; came into force on 3 September 1953; J.L. from 1993, No. 61, item 572 with further changes.

hearing. Moreover, a party may re-file such a pleading before the court. Given the fact that the effect of *res iudicata* in the form of substantive *res iudicata* applies only to judgments that decide on the merits of the case,²⁶ which, undoubtedly, cannot include the order of the presiding judge in question. In this aspect, this regulation does not constitute a violation of Article 77(2) of the Polish Constitution either, as the return of a pleading pursuant to Article 186¹ of the CCP does not close the court action. When assessing a re-filed pleading, the presiding judge is not bound by the previously made assessment. On the other hand, if they make the same assessment of the case, they will be obliged to return the pleading again pursuant to Article 186¹ of the CCP. However, objections may be formulated with respect to the fact that the assessment of this issue (and thus on the admissibility of the court action) is made by the presiding judge and not by the court. Admittedly, the legislator provided the possibility to appeal against the order issued on its basis to the court of second instance (Article 394(1)(1) of the CCP), which certainly gives greater guarantee that using this instrument will not result in the exclusion of the court action in cases referred to in Article 45(1) of the Polish Constitution. However, it would be desirable for this assessment to be made by the court and not by the presiding judge. This was in fact the case before the introduction of Article 186¹ of the CCP, when the court, applying Article 199(1)(1) of the CCP, could already issue a decision to reject the statement of claim on this ground at the stage of allocating the claim. This fact alone casts doubt on the correctness of the introduction of this regulation to the CCP and leads to the formulation of grounds for its repeal. This view may be also supported by the fact that the introduction of this regulation unnecessarily complicated the consequences of inadmissibility of the court action by providing an additional effect of such inadmissibility in the form of return of a *quasi*-pleading if the case is not constitutional.

However, the possible return of the appeal in hybrid proceedings (e.g. in social security cases) raises constitutional doubts. In such cases, administrative proceedings take precedence. Then the decision or order issued by the administrative body may be appealed or complained against to the court, which initiates civil proceedings before the common court. On general principles, the provisions on ordinary procedural proceedings, which include Article 186¹ of the CCP, should, to the extent not governed by specific regulations on such proceedings, be applied in this case as well. Moreover, traditionally, an appeal has a role similar to that of a statement of claim in such a case. Indeed, it is a pleading initiating civil proceedings. This could lead to the conclusion that Article 186¹ of the CCP could be

²⁶ See e.g. Z. Resich, *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1985, 208.

applied in this case as well. However, one should argue against such a possibility, due to the fact that the legislator has separately regulated the formal requirements of an appeal (see, e.g. Article 477¹⁰ of the CCP). Article 187(1) of the CCP, which stipulates formal requirements for a statement of claim, does not apply to it either.²⁷ The function of such proceedings is also different, as their aim is to review a decision or ruling of an administrative body. Furthermore, resorting to Article 186¹ of the Code of Civil Procedure in such cases would have a more severe effect than in other civil proceedings, since it would lead to the administrative decision becoming final and *de facto* to the impossibility of resolving the dispute before a common court. In view of the above, and in particular the hereinabove mentioned effect of the application of the regulation in question in these proceedings, it should be assumed that Article 186¹ of the CCP should not apply to hybrid proceedings, and thus the issue should be clearly determined by the legislator in the future. The adoption of a different assumption²⁸ is contrary to constitutional regulations, as it leads to a *de facto* exclusion of the legal action (Article 77(2) of the Polish Constitution) and a violation of the right to a court.

3. SHOULD BRINGING A *QUASI*-PLEADING EVEN BE CONSIDERED AS THE ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS?

According to the drafter's idea,²⁹ the situation regulated in Article 186¹ of the CCP was designed as a special case of the abuse of procedural rights. However, in this case, the drafter's declaration alone does not seem to be a sufficient argument for adopting this position. The concept of the abuse of procedural rights was introduced by the legislator under the same amending act as Article 186¹ of the CCP. According to this regulation, parties and participants in the proceedings shall not make use of the rights laid out in the rules of the proceedings in a manner incompatible with the purpose for which it has been established (abuse of procedural rights). This provision allows us to distinguish two requirements³⁰ that have to be met in order for a certain action to qualify as the abuse of procedural rights: (1)

²⁷ See the decision of the Supreme Court of Poland from 26 September 2005, II UZ 52/05, OSNP 2006, no. 15–16, item 254.

²⁸ See and cf. the decision of the Appellate Court in Szczecin from 28 December 2023, III AUz 130/23, LEX nr 3654920; T. Szanciło, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-505*³⁹ (ed. T. Szanciło), Warszawa 2019, 690.

²⁹ See justification of draft act amending the CCP, Project no. 3137, 30.

³⁰ However, it is difficult to determine on the basis of this provision whether the intention of the person filing such pleading is of any significance for the discussed issue, because the legislator did not address this issue in the general clause. Therefore, this rises discrepancies in the doctrine on this matter, which makes it impossible to use this criterion as a decisive factor in qualifying the filing of a *quasi*-claim as the abuse or not.

the party or participant in the proceedings must exercise the right provided for in the CCP; (2) the purpose to be served by the conduct or action of the party in the proceedings is not compatible with the purpose for which the right has been established.³¹

In view of the above, it should be considered that the conduct referred to in Article 186¹ of the CCP cannot be qualified as the abuse of procedural rights. First of all, this is due to the fact that the abuse of procedural rights can only be referred to the conduct of a party or a participant in the proceedings. It is accepted in the views of legal academics and commentators that the plaintiff becomes a party to the proceedings from the moment the action is brought (filing of the statement of claim).³² Therefore, since in the case referred to in Article 186¹ of the CCP, as the legislator reasonably considered, there was no filing of a statement of claim, as the demand included in the pleading does not contain a procedural claim that could be subject to judicial protection, we are therefore not dealing with a party to the proceedings. Moreover, we can only speak of the abuse of procedural rights when a party performs a procedural action, so we must be dealing with an action based on the provisions of procedural law and performed within its limits.³³ As indicated in the views of legal academics and commentators, such actions are taken by the parties or participants to the proceedings in order to exercise their procedural rights or to fulfil the procedural obligations imposed on them in order to produce specific procedural effects. The final aim of such actions is to resolve a dispute, but this objective should already be pursued at the stage of commencing civil proceedings.³⁴ A pleading that does not contain a demand for the determination of any court case cannot be treated as the exercise of any procedural rights. Indeed, the party filing such a pleading has no such right at all in civil proceedings, since they do not seek legal protection and the court cannot hear such a case. Therefore, the action taken by them does not constitute a procedural action. Thus, it may be stated somewhat more generally that the plaintiffs in such a case never exercises their right to a court of law or, more specifically, the resulting right of access to a court. Indeed, they are objectively not entitled to this right, since in this case, as it has been estab-

³¹ See e.g. P. Feliga, 30; T. Zembrzusi, (2022), 154–155.

³² I.a. Ł. Błaszczak, E. Marszałkowska-Krześ, "Przymioty procesowe stron i uczestników postępowania nieprocesowego niezbędne do dochodzenia ochrony prawnej na drodze sądowej. Wybrane zagadnienia", *Studia Prawno-Ekonomiczne* 95/2015, 14.

³³ T. Zembrzusi, (2022), 155. Similarly, even before the introduction of Article 4¹ to the provisions of the CCP A. Góra-Błaszczkowska, *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, 351 etc.

³⁴ Cf. W. Berutowicz, *Znaczenie prawne sądowego dochodzenia roszczeń*, Warszawa 1966, 47; S. Dalka, *Czynności procesowe stron w procesie cywilnym*, *Palestra* 9/1975, 47–48.

lished, we are not dealing with a case within the meaning of Article 45(1) of the Polish Constitution. Hence, the demand submitted by them does not meet the requirements of a demand referred to in Article 187(1)(1) of the CCP. As a result, they can never fulfil the purpose that accompanies filing a pleading initiating court proceedings with the court, which allows without conducting the proceedings, to declare it inadmissible to conduct proceedings in such a case. In other words, their action (whether intentionally or not) always serves purposes other than obtaining legal protection. Consequently, it should be concluded that Article 186¹ of the CCP does not introduce sanctions for the abuse of procedural rights, because such abuse cannot be met in this case at all.³⁵ In view of the above, it has to be concluded that it also does not refer to the abuse of the court action or the right to a court because in such a case there is no admissibility of a court and there is no right to a court. Therefore, these rights cannot be abused. Furthermore, it should also be stated that in relation to Article 186¹ of the CCP the second condition deriving from Article 4¹ of the CCP, concerning the purpose of the action being performed, is of no relevance whatsoever to the assessment of whether or not the conduct in question constitutes the abuse of the right to take legal proceedings. Hence, the sanction in the form of the return of the pleading is, as a rule, of an absolute nature in this case. The exception to this rule is dictated by other circumstances, which are of no relevance to the present considerations. At the same time, the adoption of the above position leads to the conclusion that the application of the sanction provided for in Article 226²(2) of the CCP to the case in question is inadmissible.³⁶

4. CONCLUSION

Based on the considerations carried out, it can be concluded that Article 186¹ of the CCP is not a provision that can be considered as a golden mean between fighting the cases of abuse of procedural rights and providing legal protection. It is because this regulation cannot be considered at all as an instrument to thwart the abuse of the procedural rights in the form of the abuse of the court action, the right to bring an action or the right to a court. This is due to the fact that in the case of such a pleading, neither the parties to the proceedings nor the procedural action can be referred to, which is a necessary condition for considering the action in question as the abuse of procedural rights under Article 4¹ of the CCP. A pleading filed

³⁵ A. Jakubecki, (2019), 195.

³⁶ It should be assumed that other sanctions than the one stated in Article 226²(2)(1) of the CCP could not be applied to the situation described in Article 186¹ of the CCP at all, even if an assumption different from the one presented in this article was made.

with the court does not concern a case which could be the subject matter of civil proceedings. Such a pleading does not aim at granting legal protection and therefore does not constitute a case within the meaning of Article 45(1) of the Polish Constitution. Therefore, the assumption of the drafter granting the regulation in question the function of fighting the abuse of the right to take legal proceedings was erroneous. Such an assumption is not covered by the requirements set out for this regulation and, as it should be assumed, resulted from the desire to fulfil some temporary objectives related to the need of prompt hearing of these cases rather than from well-thought-out systemic solutions. This regulation generally does not violate constitutional guarantees of the right to a court since its application does not, in principle, lead to closing the court action, as this path cannot be opened in relation to cases, to which judicial character cannot be ascribed at all. On the other hand, constitutional doubts would be raised by its application in hybrid proceedings, in which an incorrect assessment as to the nature of such a pleading may result in an unjustified assumption of the inadmissibility of the court action and closure of the mentioned action to seek legal protection in cases heard in those proceedings. However, the research carried out in this regard leads to the conclusion that this provision is not applicable to such cases. For the future, should the legislator leave this regulation in place, in order to eliminate doubts in this regard, it would be desirable to determine this issue explicitly in the procedural regulations.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Berutowicz, Włodzimierz, *Znaczenie prawne sądowego dochodzenia roszczeń*, Warszawa 1966;
2. Błaszczak, Łukasz, *Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191¹ k.p.c.*, Warszawa 2021;
3. Błaszczak, Łukasz, Marszałkowska-Krześ, Elwira, "Przymioty procesowe stron i uczestników postępowania nieprocesowego niezbędne do dochodzenia ochrony prawnej na drodze sądowej. Wybrane zagadnienia", *Studia Prawno-Ekonomiczne* 95/2015;
4. Cieślak, Sławomir, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. IA. Art. 1-424¹²* (ed. Agnieszka Góra-Błaszczkowska), Warszawa 2020;
5. Czech, Bronisław, in: *Kodeks postępowania cywilnego. T. I. Komentarz. Art. 1-205* (ed. A. Marciniak), Warszawa 2019;
6. Dalka, Sławomir, "Czynności procesowe stron w procesie cywilnym", *Palestra* 9/1975;
7. Drozdowicz, Krzysztof, „Ratio legis wprowadzenia art. 186¹”, *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową* (eds.

- Marcin Białecki, Sławomira Kotas-Turoboyska, Filip Manikowski, Elżbieta Szczepanowska), Warszawa 2021;
8. Dziurda, Marcin, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. T. 1* (ed. T. Zembrzusi), Warszawa 2020;
 9. Dziurda, Marcin, "Kierunki wykładni obowiązujących przepisów k.p.c. o nadużyciu prawa procesowego", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. Jacek Kosonoga), Warszawa 2022;
 10. Feliga, Przemysław, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-50539* (ed. Tomasz Szanciło), Warszawa 2019;
 11. Gapska, Edyta, "Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. I – Klauzula generalna", *Monitor Prawniczy* 15/2019;
 12. Gapska, Edyta, "Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym kodeksie postępowania cywilnego. Cz. III – szczególne przejawy nadużycia prawa procesowego", *Monitor Prawniczy* 17/2019;
 13. Gapska, Edyta, "Wyłączenie drogi sądowej w sprawach cywilnych w świetle Konstytucji RP", *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego* (ed. Łukasz Błaszczak), Wrocław 2015;
 14. Góra-Błaszczkowska, Agnieszka, *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008;
 15. Gudowski, Jacek, "Wpływ Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na pojęcie dopuszczalności drogi sądowej", *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego* (eds. Tadeusz Ereciński, Karol Weitz), Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego. Serock k. Warszawy 24–26 września 2009 r., Warszawa 2010;
 16. Jakubecki, Andrzej, "Dostęp do ochrony prawnej w świetle ustawy nowelizującej k.p.c. z 4.7.2019 r.", *Dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym* (eds. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Radosław Flejszar, Elwira Marszałkowska-Krześ), Warszawa 2021;
 17. Jakubecki, Andrzej, "Sankcje za nadużycie uprawnień procesowych w kodeksie postępowania cywilnego", *Palestra* 11–12/20;
 18. Jędrejek, Grzegorz, "Kilka uwag dotyczących planowanych zmian przez Ministerstwo Sprawiedliwości w cywilnym postępowaniu rozpoznawczym", *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019* (eds. Grzegorz Jędrejek, Sławomira Kotas, Filip Manikowski), Warszawa 2019;
 19. Klonowski, Maciej, "Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. - podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena", *Polski Proces Cywilny* 2/2018;

20. Konecny, Andreas, in: *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. 1. Band. EGJN und JN* (eds. Hans Walter Fasching, Andreas Konecny), Wien 2013;
21. Kościółek, Anna, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw* (eds. Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek), Warszawa 2019;
22. Kubas, Andrzej, "Nadużycie prawa procesowego – próba oceny ostatnich zmian legislacyjnych", *Palestra* 11–12/2019;
23. Kunicki, Ireneusz, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. IA. Art. 1-424¹²* (ed. A. Góra-Błaszczkowska), Warszawa 2020;
24. Muliński, Maciej, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IA. Komentarz. Art. 1-424¹²* (ed. Agnieszka Góra-Błaszczkowska), Warszawa 2020;
25. Osoy, Piotr, "Dilemmas of the amendment to the Code of Civil Procedure of 4 July 2019 as seen in the case of Article 1861 of the Code of Civil Procedure - selected issues", *Acta Iuridica Stetinensis* 1/2020;
26. Paradowski, Paweł, "Brak żądania rozstrzygnięcia sprawy cywilnej", *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów* (ed. Bartosz Karolczyk), Warszawa 2020;
27. Piasecki, Kazimierz, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-366* (eds. Andrzej Marciniak, Kazimierz Piasecki), Warszawa 2014;
28. Resich, Zbigniew, *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1985;
29. Ryłski, Piotr, "O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.7.2019 r. w ogólności", *Palestra* 11–12/2019;
30. Szanciło, Tomasz, in: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-505³⁹* (ed. Tomasz Szanciło), Warszawa 2019;
31. Torbus, Andrzej, "Ekspertyza na temat: Czy projekt nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego pod nazwą „Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw” (druk nr 3137) pozwala zwiększyć efektywności postępowania cywilnego?", 7–8, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3137>, 21 March 2024;
32. Weitz, Karol, "Nadużycie "prawa" procesowego cywilnego", *Polski Proces Cywilny* 1/2020;
33. Zembrzusi, Tadeusz, "Nadużycie prawa procesowego de lege lata", *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniach sądowych* (ed. Jacek Kosonoga), Warszawa 2022;
34. Zembrzusi, Tadeusz, "Powództwo oczywiście bezzasadne a dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym", *Dostęp do ochrony prawnej w sądowym postępowaniu cywilnym* (eds. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Radosław Flejszar, Elwira Marszałkowska-Krześ), Warszawa 2021.

Доц. др Магдалена Скибинска

Институт за правне студије, Универзитет Зелена Гора, Пољска

**ДА ЛИ СЕ ВРАЋАЊЕ КВАЗИПОДНЕСКА ПРЕМА ЧЛАНУ 186
ПОЉСКОГ ЗАКОНИКА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
СМАТРА ЗЛАТНОМ СРЕДИНОМ ИЗМЕЋУ СПРЕЧАВАЊА
ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И ОБЕЗБЈЕЂИВАЊА
ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ?**

Сажетак

Закон о измјенама и допунама Пољског законика о грађанском поступку од 4. јула 2019. године увео је општу клаузулу о злоупотреби процесних права. Законописац је такође навео конкретне манифестације такве злоупотребе. Једна од њих – уведена истим законом о измјенама и допунама – односи се на подношење тужбеног захтјева без формулисања захтјева за рјешавање грађанског спора, такозвани квази-тужбени захтјев. Према члану 186¹ Пољског законика о грађанском поступку, такав захтјев би генерално требало да резултира враћањем тужбеног захтјева подносиоцу без предузимања даљих радњи. Циљ ове одредбе био је да се спријечи злоупотреба процесних права враћањем тужбеног захтјева у којем странка не захтијева правну заштиту. Међутим, многи теоретичари тврде да ова одредба ограничава или елиминише приступ правди *de facto* забрањујући такву заштиту. Стога, циљ овог истраживања је да се одговори на питање да ли ову одредбу треба сматрати златном средином између спречавања злоупотребе процесних права и пружања правне заштите у грађанском поступку. Истраживање, спроведено коришћењем формално-догматског приступа, доводи до негативног одговора на то питање. То је због чињенице да се предметни пропис уопште не може сматрати прописом који се бави злоупотребом процесних права. Такође, он не крши право на правну заштиту и не отежава приступ правди јер се такво квази-подношење не односи на уставни случај (судски случај), што значи да овај случај не може бити разматран ни пред једним судом јер подносилац захтјева не тражи правну заштиту.

Кључне ријечи: *Злоупотреба процесних права; Тужба; Враћање квазиподнеска; Правна заштита; Грађански спор; Грађански поступак; Уставни спор; Судски спор; Недопуштеност тужбе.*

Maria Erokhova, LL.D.

Online lecturer at the Moscow School of Social and Economic Sciences,
Department of Law, Russian Federation,
with personal residence in Belgrade, Serbia

GROUND FOR EXPROPRIATION AND ITS EFFECTS: CIVIL LAW APPROACH OF RUSSIAN LEGISLATION

Expropriation distinguished as an action of the state in taking or modifying the property rights of some individual in the exercise of its sovereignty. Expropriation may be lawful and unlawful. In Russian law legal grounds for lawful expropriation are: state or municipal needs; the requisition; the confiscation; compulsory sale of the property, which according to the law may not be owned by the private person; compulsory sale of the mismanaged land plot, cultural values and domestic animals; expropriation of corrupted property. There are no any other grounds for lawful expropriation in Russian law, thus all other state actions constitute unlawful expropriation. Unlawful expropriation may be considered an abuse of rights. There seems to be general consent in modern law that state is obligated to pay just compensation for the expropriated property. A possible exception to the compensation rule may be the confiscation of property from a person who has committed an offense. The author asserts that compensation for expropriation may be in monetary form or restitution, however, purchasers in good faith shall be protected in cases of restitution. A limitation period shall apply to expropriation disputes. Not only do national courts of the expropriating state have competence to hear disputes connected with expropriation. Arbitration, international or foreign jurisdiction may be competent if both parties agree.

Key words: Lawful expropriation; The requisition; The confiscation; Expropriation for state or municipal needs; Compulsory sale of the property; Unlawful expropriation; Compensation for lawful expropriation; Damages for unlawful expropriation; Limitation period; Competence of the court.

1. WHAT IS EXPROPRIATION AND WHAT IS THE DIFFERENCE BETWEEN IT AND NATIONALIZATION

There seems to be general consent in modern law that expropriation is an action of the state in taking or modifying the property rights of *some* person or group of persons in the exercise of its sovereignty; nationalization is an action of the state in taking or modifying the property rights of *all* persons. Nationalization may be called general expropriation. In any case the state is obligated to pay compensation for the expropriated or nationalized property.¹ A pure example of nationalization was the action of the Soviet state, when ownership to land plots was abolished. Nowadays states prefer expropriation not nationalization. This article is about expropriation.

Modern jurisdictions recognize the right of a state for expropriation.² At the same time, it is customary to limit the rights of the state for the purpose of balancing public and private interests. Usually, limitations are constructed in two ways: establishing the level of a statute, on the ground of which the expropriation is possible, for example, in Russian legislation it must be law, not the resolution of a president or government; second, establishing a closed list of permissible cases for expropriating property. Based on whether expropriation is in accordance to the rule of law, it is divided into lawful and unlawful expropriation. Lawful expropriation is according to the rules of law and usually with compensation to the owner; unlawful expropriation is against the rules of law and without compensation.³ Unlawful expropriation may be qualified as a tort of a state because it is an unlawful action of a state, causing damage to a person. As a result, the former owner has the right to compensation for damages (losses).⁴ International Investment law distinguishes direct expropriation and indirect expropriation. In the first case, the investor is dispossessed of its property; in the second, the investor retains its property, but the value of the investment is severely affected by measures adopted by the state.⁵

¹ A. Rafat, "Compensation for Expropriated Property in Recent International Law", 14 *Villanova Law Review* 199 (1969), 199, <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol14/iss2/1>.

² Conclusion follows from all articles in this book: *Expropriation Law in Europe* (eds. J. Sluysmans, S. Verbist, E. Waring), Walters Kluwer, 2015.

³ *Ibid.* R. C. Guilherme, Compensation for Lawful Expropriation, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-compensation-for-lawful-expropriation>. D. Khachvani, "Compensation for Unlawful Expropriation: Targeting the Illegality", *ICSID Review*, Vol. 32, No. 2 (2017), 385–403, doi:10.1093/icsidreview/siw034.

⁴ See details here: D. Khachvani.

⁵ Y. Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, 115.

Currently Russian Federation is being taken property from private owners in two typical cases: 1) direct reprivatization based on judgments and 2) indirect expropriation of property from foreign investors from so called unfriendly states. The European Union, the United States and the United Kingdom have frozen the assets of the Russian Federation and some designated Russian persons.⁶ On this backdrop it is crucial to review the knowledge on expropriation and its effects (consequences). In this article I want to describe the Russian law approach to the problems of expropriation, demonstrate the whole picture and mark questions for future research.

2. WHAT LAW – PRIVATE OR PUBLIC – REGULATES EXPROPRIATION?

From one point of view, an expropriating state acts in public interest. This is the feature of public law and in many jurisdictions these relations are classified as public not private law.⁷ In Russia and in many other countries in the post-Soviet territory, where the model code for Commonwealth of Independent States (CIS) was adopted,⁸ the rules of expropriation are included in the Civil Code. Therefore, it is possible to say that expropriation may be regulated by the method of civil law. From Russian law approach property and its protection lay down in the sphere of private law, including the lawful expropriation and compensation for it. Also, unlawful expropriation may be qualified as a tort of a state, it is, once again, the sphere of private law. At the same time the guarantee of property rights is a part of modern constitutions and international conventions on human rights. All this means that expropriation and its consequences are a complex set of issues, regulated by different branches of law, both public and private. In any case, when the rules of expropriation included in the Civil Code, the problems are in the sphere of interest of specialists in Property law such as the author of this article.

⁶ About frozen Russian assets see <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2024-05-24/eus-decision-to-use-profits-generated-frozen-russian-assets>.

⁷ B. S. Gerencsér, "The Value of Property in Central and Eastern Europe", *Procedural Requirements for Administrative Limits to Property Rights* (eds. M. Conticelli, T. Perroud), Oxford University Press, 2022; *Expropriation Law in Europe*.

⁸ The Model Civil Code was prepared by the working group, consists of scholars from all CIS member states, and each further each state adopted the Code as its own national law.

3. GROUNDS FOR LAWFUL EXPROPRIATION IN RUSSIAN LAW

The Russian rules on expropriation are generally in line with international trends. Article 306 of the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter CC) declares the right of a state to adopt laws according to which the ownership of private person shall be cease; at the same time, the state shall pay compensation to the owner. The Civil Code lists the cases in which the state has the right of expropriation, in other words, lawful expropriation is only possible in the cases defined by law – the Civil Code. Let us consider these cases. All other cases of expropriation are unlawful because they fall outside these grounds.

3.1. Expropriation for state or municipal needs (Ar. 239.2 CC)

The possibility of expropriation for state and municipal needs is declared in the Constitution of the Russian Federation (part 3 Article 35),⁹ and is specified in the Civil Code and Land Code.

State and municipal needs are not the desire of an official to acquire property for personal convenience, but rather exceptional and objective requirements of public administration that cannot be met without taking private property. Public needs mean an element of publicness such as public works or public purpose or public utility.¹⁰ The grounds related to state and municipal needs include, for example, the construction and reconstruction of state facilities, federal energy systems, nuclear energy facilities, defense facilities, communication lines, etc. (Article 49 of the Land Code of the Russian Federation).

The procedure of expropriation is as follows: the state or municipal body decides on expropriation, assesses the property and offers the owner to sign an expropriation act. If the owner disagrees, the authority may sue for expropriation.

In practice, disputes concerning expropriation for state or municipal needs are usually of two types: disagreement with the fact of expropriation or disagreement with the amount of compensation. More disputes concern the amount of compensation than the possibility of expropriation. Usually, the owner believes that the value of the property is higher than that calcu-

⁹ Expropriation for state needs may be made only on prior and equivalent compensation.

¹⁰ These terms are from the book *Expropriation Law in Europe*, 5, which characterize Russian approach as well.

lated by the state body. The court relies on the conclusion of an expert regarding price, which usually favors the state.¹¹

3.2. Compulsory sale of the mismanaged land plot, cultural values and domestic animals (Ar. 239, 240, 241)

Compulsory sale is carried out in cases where the property ended up in private ownership by mistake or the owner is not properly exercising their rights. Cases of forced redemption include the following:

- Compulsory sale of property that, by law, may not be privately owned (Article 238 CC);

- Compulsory sale of the mismanaged land plot, cultural values and domestic animals (Articles 239, 240, 241 CC).

For example, many years ago, during privatization, a private person was granted a land plot that, by law, cannot be privately owned. The state has the right to buy this plot without the will of private owner. However, in practice the state prefers vindication. Courts usually satisfied the claims of the state despite the expired limitation period. In 2011 Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation¹² rejected the claim of the prosecutor of-
fice for vindication of airstrip in Buryatia because the limitation period had expired. The court noted that the state had the right to purchase the airstrip, and the sale was compulsory for the seller.¹³ In January 2025, the Constitutional Court of the Russian Federation held another position: a property that cannot be privately owned is not the subject of deals, so it can be taken away outside the limitation period, but if the limitation period has expired or the acquirer was in good faith, such acquirers are entitled to compensation.¹⁴

There is not much judicial practice on the compulsory sale of the mismanaged land plots, cultural values and domestic animals. However, according to the law the procedure of sale is as follows: the state body makes an offer to the owner, if the owner accepts, they sign a sale agreement, state makes payment. If the private owner refuses, the state body applies to the court for compulsory sale.

Compulsory sale may be classified as expropriation, since the property right is terminated at the initiative of the state on grounds provided by in

¹¹ It is not only Russian approach. See details from other jurisdictions B. S. Gerencsér, 298, <https://www.researchgate.net/publication/364392332>, 14. 11. 2024.

¹² Liquidated in August 2014, its functions transmitted to the Economical Panel of the Supreme Court.

¹³ Resolution of the Supreme Arbitrazh Court dated 11 October 2011 on Case No. A10-1434/2009.

¹⁴ Resolution of the Constitutional court dated 28 January 2025 No. 3-P.

the law, and the will of the private owner to lose property is ignored; the owner is entitled to receive the equivalent price for the property.

3.3. Requisition (Ar. 242 CC)

According to Article 242 CC, in cases of natural calamities, accidents, the epidemics or the epizootics, and under other circumstances of an extraordinary nature, property may be expropriated in the interest of society and by the decision of state bodies with payment of its value. This is an expropriation under urgent circumstances. The peculiarity of requisition lies in its extrajudicial administrative procedure. In all other cases, if the owner disagrees with the expropriation, the state body must apply to the court; the state body has no right to take property from a private person through an administrative procedure. The situation with requisition is different: the state or municipal body has the right to take the property without a judgement in administrative proceedings, regardless of the will of the owner. Subsequently, if the owner disagrees with the valuation, they may claim compensation for the actual value of the property. According to the law, the person whose property is requisite has the right, upon termination of the circumstances giving rise to the requisition, to demand its return. In other words, the mechanism is as follows: in extraordinary circumstances, the state has the right to requisition administratively for public interests and must compensate them for its value. However, if the value is not paid, and the circumstance that served as the basis for requisitioning has disappeared, the owner has the right to reclaim their property back (restitution) or to demand payment of the actual value of the property (monetary compensation).

In judicial practice, disputes related to requisition are infrequent. Usually, based on Article 242 CC, the owner or their insurance company demands compensation for losses from the state veterinary inspection that revealed an epidemic among animals, forcing the breeder to destroy them and any products already produced. It seems that the destruction of animals due to an epidemic is not equal to their expropriation in the public interest; nevertheless, in practice such rules are used.

3.4. Confiscation (Ar. 243 CC)

Confiscation is defined in Article 243 CC as the possibility of expropriating property without compensation, according to the judgement as a sanction for committing a crime or other violation of the law. This article references other statutes where such punishment is explicitly provided. To date, Russian legislation provides for confiscation in the Code of Administrative Offences – confiscation of the instrument or object of an adminis-

trative offence (Articles 3.2, 3.7); in the Criminal Code (Article 104.1): as a punishment, the objects of a crime – instruments and other things used to commit the crime, and property obtained as a result – may be confiscated. The owner of a confiscated property becomes state, not a victim of the offence.

There is an opinion among scholars that expropriation, including confiscation without compensation, is an unlawful expropriation.¹⁵ The position on the necessity of compensation for any expropriation shows the direction for research: does the sanction in the form of expropriation have a right to exist? Does this approach comply with the principle of balance between private and public interests? Alternatively, the position may be that confiscation has no right to exist, but the victim is entitled to a claim for losses, which should be recovered, including from property obtained through the offence. Such property may be arrested in advance as an interim measure.

3.5. Expropriation of property acquired through corruption (corrupt property, p. 8 Ar. 235 CC)

In the Russian Civil Code, the rules on expropriation of property acquired through corruption (hereinafter – corrupt property) are formulated within the logic of confiscation. The core of confiscation and expropriation of corrupt property is the same: property acquired through the offence is expropriated without compensation and becomes the property of a state as a sanction against private owners. For me, the following conclusion seems logical: expropriation of a corruptly obtained property is a type of confiscation, and it is a sanction for the crime of corruption. The place of this rule is not in the Civil Code, it should be in the Criminal Code. However, in Russian law, there is another approach: The Constitutional Court qualified the expropriation of corrupt property as a specific measure, distinct from confiscation and not a sanction for a criminal offence.¹⁶ As a result of

¹⁵ O. Zenker, C. Walker, “Beyond Expropriation Without Compensation”, *Beyond Expropriation Without Compensation: Law, Land Reform and Redistributive Justice in South Africa*, 3–32, (PDF) *Beyond Expropriation Without Compensation* (researchgate.net). U. Kriebaum, “Indirect Expropriation: A Comparative Approach”, *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (eds. A. Gattini, A. Tanzi, F. Fontanelli, Chapter 18, 429–453, 13. 12. 2024).

¹⁶ This conclusion is made in paragraph 5.3 of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated 31.10.2024 No. 49-P. Case on verification of the constitutionality of Articles 195 and 196, paragraph 1 of Article 197, paragraph 1 and paragraph two of paragraph 2 of Article 200, paragraph two of Article 208 of the Civil Code of the Russian Federation in connection with the request of the Krasnodar Regional Court (rules of limitation period).

this provision, the limitation period does not apply to the expropriation of corrupt property but applies to the confiscation.

On this ground, in judicial practice the claims of prosecutor office on the expropriation of corrupt property appeared. Usually, Russian courts satisfied such claims and did not apply the limitation period. For example, in 2025 the corrupt property acquired in 1999 was expropriated. Only a good-faith buyer of corrupt property can hope to be protected and not lose his title.

3.6. Unlawful expropriation

All the above grounds for expropriation are listed in the law. There are no other grounds for expropriation in Russian law. This means that all other cases of expropriation are unlawful. In modern Russia, there are no attempts to bring a claim against the state for unlawful expropriation and to demand damages. No such practice exists. However, the possibility of such claims is present in the law: according to Article 1069 CC, for unlawful acts of a state body, the victim has a right to demand damages.

Expropriation based on judgement, which are directly against Russian law deserves special attention. In 1990s after the collapse of the Soviet regime it was privatization in Russia – the sale of state property to private persons. Many mistakes were made during privatization, and many rules were broken. Now in 2022–2025, the Russian Federation is trying to take property back through vindication. According to Russian law, the limitation periods expired long ago for such vindication; however, Russian courts often satisfied claims of the prosecutor office in the interest of a state. The Supreme Court of the Russian Federation has in several cases held that the limitation period should apply to the prosecutor's claims of vindication.¹⁷ The same is the position of the Constitutional Court: to the vindication claims of prosecutor office against privatization the limitation period should apply,¹⁸ however many courts of low instances ignore these positions. The question of whether unlawful judgements can be qualified as a form of expropriation requires further research. In any case, according to Article 1070 CC, the state is liable for unlawful judgments through the provision of compensation to the victim.

Unlawful expropriation may be qualified as an abuse of rights by a state because a state has the right to expropriate but shall do so on legal grounds of law and with compensation. When the state breaks the rules and expropriates as a sovereign, this is an abuse of sovereignty. I'm not

¹⁷ Resolution of the Supreme Court dated 12.11.2024 No. 127-KG24-13-K4.

¹⁸ Resolution of the Constitutional Court dated 31.10.2024 No. 49-P.

sure that we need a mechanism of abuse for state liability for expropriation; in Russian civil law mechanism of tort is sufficient. However, some cases might show the necessity of subsidiarily qualifying unlawful expropriation as an abuse of rights.

4. THE CONSEQUENCES OF EXPROPRIATION

The legal consequence of expropriation is just and full compensation in any form – recovery of losses, restitution of property, or payment of a fair price. New questions arise in this context: how to calculate compensation; what is the limitation period for the claims of compensation; which court has jurisdiction over disputes connected with expropriation.

4.1. Compensation

Russian law provides a monetary form of compensation as a rule. Types of monetary compensation include the redemption price for lawful expropriation and compensation for unlawful expropriation. An exception to the rule of monetary form is requisition: Article 242 CC mentions the possibility of returning property after the grounds for expropriation cease.

The Resolution of the Constitutional Court dated 28.01.2025 No. 3-P states the position that compensation for the expropriated land plot that cannot be in private ownership, is possible either in kind by providing a similar land plot or in monetary form.

The position of the Constitutional Court raises many questions relevant to compensation issues. In particular, who chooses the form of compensation – in kind or in cash? I think the private owner should have this choice, as their ownership is terminated by the state, and they are best placed to determine the most favorable compensation – similar property or funds. Next, how to calculate the amount of compensation? I think the starting point should be the market value of the property. Losses awarded for unlawful expropriation may include lost profits. In any case, the topic of the amount of compensation includes many sub-questions that can be briefly noted in this article and explored in further research.

4.2. Limitation period

The question of limitation period is relevant to claims on the confiscation, the expropriation of corrupt property, compensation for requisition and unlawful expropriation. In case of expropriation for state or municipal needs and compulsory sale, compensation must be paid before expropriation, therefore the question of limitation period is irrelevant.

In my opinion, according to Russian law, a limitation period applies to any disputes related to expropriation because the rules on expropriation and limitation period are in the Civil Code. In judicial practice, the question was mostly relevant to prosecutor claims regarding the expropriation of corrupt property. Courts did not apply the limitation period to the claims of the prosecutor office, and the question was submitted to the Constitutional Court.

The Constitutional Court decided that despite the rules on expropriation being in Civil Code, the relations are not regulated by private law; they are public relations, and the limitation period from the Civil Code does not apply.¹⁹

The problem is that, following the logic of the Constitutional Court, all relations connected with expropriation are not purely private law relations. The state acts as a sovereign in the public interest, despite the rules being in the Civil Code. Developing this logic, in any disputes connected with the expropriation, the limitation period should not apply. For example, if there is no limitation period for expropriation, there should be no limitation period for claims on compensation. A contradiction is apparent: unlawful expropriation is a tort of a state, yet a limitation period applies to claims for recovering losses from state. The logic is flawed: the limitation period applies to disputes concerning losses for unlawful expropriation but does not apply to claims for compensation. All of these are disputes on expropriation, and the rules regarding limitation period should be the same. Therefore, this question is flagged and requires further research to resolve the contradiction.

4.3. Competence of a court

Four possible options will be discussed: national jurisdiction of the expropriating state; international jurisdiction; foreign jurisdiction and arbitration.

National jurisdiction

The general rule is that a claim must be brought in the judicial district where the respondent resides. If the expropriating state is Russia, the respondent is the Russian Federation, and the claim must be brought before a court in the location of the state body that committed an action on behalf of the state.

Also, according to the Article 248 of the Arbitrazh Procedural Code of the Russian Federation, the exclusive competence of Russian courts covers

¹⁹ Resolution of Constitutional Court of the Russian Federation dated 31 October 2024 No. 49-P on limitation period on the claims of prosecutor.

disputes concerning the expropriation of property for state needs. In other words, Russian law ascertains the exclusive competence of Russian courts for disputes connected with expropriation for state needs. However, expropriation is not limited by expropriation for state needs. There is also expropriation of mismanaged or corrupt property, confiscation, requisition and all cases of unlawful expropriation. I think other jurisdictions are not absolutely excluded. The question of other jurisdictions arises because there is no reliance on national jurisdiction as a part of a state.

International jurisdiction

Before Russia's withdrawal from the Council of Europe, persons had right to seek redress at the European Court of Human Rights. There is no such possibility after September 2022. However, it should be borne in mind that the European Convention on Human Rights guarantees protection against state interference with the property rights of private individuals. This protection consists of the right to complain to the ECHR and to be awarded compensation for the violation of property rights.²⁰ If the vector of Russia's development changes, the right to complain to the European Court of Human Rights may be restored. This option cannot be excluded.

There is an extensive international experience in creating international public tribunals for hearing disputes on compensation for military actions, mass human rights violations, and other violence. Mass claims are usually involved. For example, there is the Iran–United States Claims Tribunal (IUSCT), the Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia, and so on.²¹ I'm not excluding the possibility that a similar tribunal may be established in the future to restore the rights of victims of the Russian Ukrainian conflict. The fact is that the states involved in the conflict expropriate the property of individuals from the conflicting states, and the question of compensation will inevitably arise. Thus, the Russian authorities in the Donetsk People's Republic expropriate maritime vessels belonging to Ukrainian beneficiaries; the Ukrainian authorities expropriate maritime vessels belonging to Russian beneficiaries;²² the Russian authorities essentially refuse to issue inheritances in the territory of the Donetsk and Lugansk to persons with Ukrainian citizenship. There are many examples of violations of property rights of individuals by both conflicting states, and the time for mutual settlements will come. However, conflicting states

²⁰ See details in U. Kriebaum, 429–453.

²¹ See I. V. Rachkov, "Mass Claims in International Law", *Class actions: difficulties and perspectives* (ed. V. G. Domshenko), Moscow, Statute, 2025, 299–328.

²² M. Erokhova, B. Karimov, "Expropriation of a Foreign-Flagged Vessel – a Measure Unfavourable for all", *Maritime Law Journal* 3/2022, 54.

will be required to agree to special international arbitration; it is impossible to organize the process without the will of the states.

Foreign jurisdiction

Unlawful expropriation is a tort of a state. Under the procedural rules of some states, a victim of injury may have a right to bring a claim at his or her place of residence, this applies not only in cases of personal injury, but also in cases of injury to a business.²³ Consequently, claims for damages caused by unlawful expropriation may be brought in a foreign court. Here the new great problem arises – state immunity.²⁴ The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004) not yet in force,²⁵ therefore, the rules from Article 13 of this Convention on less immunity for property claims are not applied. Also, Russia did not ratify the European Convention on State Immunity (16 May 1972).

The conclusion is: when the state agrees to the competence of a foreign jurisdiction, there is no problem; when it disagrees, to judge and enforce the judgement would be against state immunity. A possible solution lies in the principle of reciprocity. For example, in 2024 Mr. Alekseenko brought a damage claim against the Kingdom of Norway in a Russian court. Mr. Alekseenko is a shareholder in a Norwegian legal entity, but after he became a designated person, he cannot manage his business. He believes this contravenes the Agreement between the Russian Federation and the Kingdom of Norway on the protection of investments. The court of first instance terminated the procedure due to state immunity. The court of cassation send the case to the court of first instance to new hearing (consideration) and suggested ordering an expert opinion from the Ministry of International Affairs on whether Norwegian courts have claims against Russia. If so, the Russian court would obtain jurisdiction based on the principle of reciprocity.²⁶

Arbitration

Expropriation may breach the investments treaties. Such processes are now occurring in Russia. Investment treaties may contain arbitration agreements. Therefore, disputes on compensation may be resolved by a

²³ Such rule is in Germany. See P. L. Murray, R. Sturmer, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, 2004, 140.

²⁴ See details about the problem: M. Cappelletti, J. M. Perillo, "Civil Procedure in Italy", *Columbia University School of Law Project on International Procedure* (ed. Hans Smit), 1965, 96. A. Leandro, *State Immunity from Execution of Foreign Judgements: Making Sense of Jurisdictional Issues in the Requested State*.

²⁵ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en.

²⁶ Case No. A35-6794/2023, Resolution of the Court of Cassation of Central District, dated 12.12.2024.

private tribunal, and even non-Russian law may apply to the conflict if parties agreed to it.²⁷

Therefore, all options of other jurisdictions work if the respondent state agrees to the competence of another jurisdiction. It is a significant problem that renders all substantive rules ineffective.

5. CONCLUSION

Any state has a right of expropriation but generally is obliged to pay compensation. The possibility of confiscation as lawful expropriation without compensation requires further research. Similar questions exist regarding the possibility of expropriation based on unlawful judgement, issues of limitation period, competent court and state immunity.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Cappelletti, Mauro, Perillo, Joseph M., "Civil Procedure in Italy", *Columbia University School of Law Project on International Procedure* (ed. Hans, Smit), 1965;
2. Derains, Yves, *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018;
3. Dumberry, Patrick, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Researchgate;
4. Erokhova, Maria, Karimov, Bulat, "Expropriation of a Foreign-Flagged Vessel – a Measure Unfavourable for all", *Maritime Law Journal* 3/2022;
5. Expropriation Law in Europe, (eds. J. Sluysmans, S. Verbist, E. Waring), (collective monography), Walters Kluwer, 2015;
6. Gerencsér, Balázs Szebolcs, "The Value of Property in Central and Eastern Europe: Comparative Expropriation in Poland, Ukraine and Hungary", *Procedural Requirements for Administrative Limits to Property Rights* (eds. M. Conticelli, T. Perroud), Oxford University Press, 2022, <https://www.researchgate.net/publication/364392332>;
7. Guilherme, Recena Costa, Compensation for Lawful Expropriation, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-compensation-for-lawful-expropriation>;
8. Khachvani, David, "Compensation for Unlawful Expropriation: Targeting the Illegality", *ICSID Review*, Vol. 32, No. 2 (2017);

²⁷ P. Dumberry, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, 369–382, Researchgate, 7. 3. 2025.

9. Kriebaum, Ursula, "Indirect Expropriation: A Comparative Approach", *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (eds. Gattini, Andrea, Tanzi, Attila, Fontanelli, Filippo);
10. Leandro, Antonio, *State Immunity from Execution of Foreign Judgments: Making Sense of Jurisdictional Issues in the Requested State*, 2024;
11. Murray, Peter L., Sturmer, Rolf, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, 2004;
12. Rachkov, I.V., "Mass Claims in International Law", *Class actions: difficulties and perspectives* (ed. V. G. Domshenko), Moscow, Statute, 2025;
13. Rafat, Amir, "Compensation for Expropriated Property in Recent International Law", 14 *Villanova Law Review* 199 (1969), <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol14/iss2/1>;
14. Zenker, Olaf, Walker, Cheryl, "Beyond Expropriation Without Compensation", *Beyond Expropriation Without Compensation: Law, Land Reform and Redistributive Justice in South Africa* (3–32). (PDF) *Beyond Expropriation Without Compensation* (researchgate.net).

Др Марија Ерокова

Онлајн предавач на Московској школи друштвених и економских наука, Правни факултет, Руска Федерација, са пребивалиштем у Београду, Србија

ОСНОВИ ЗА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈУ И ЊЕНЕ ПОСЛЕДИЦЕ: ГРАЂАНСКОПРАВНИ ПРИСТУП РУСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Сажетак

Експропријација је радња државе којом се одузимају или мијењају имовинска права неког појединца у вршењу њеног суверенитета. Експропријација може бити законита и незаконита. У руском праву, правни основи за закониту експропријацију су: државне или општинске потребе; реквизиција; конфискација; принудна продаја имовине која према закону не може бити у власништву приватног лица; принудна продаја лоше управљане парцеле земљишта, културних вриједности и домаћих животиња; експропријација корумпиране имовине. У руском праву не постоје други основи за закониту експропријацију, стога све остале државне радње представљају незакониту експропријацију. Незаконита експропријација може се сматрати злоупотребом права. Чини се да постоји општи договор у савременом праву да је држава обавезна да плати праведну надокнаду за одузету имовину. Могући изузетак од правила о надокнади може бити конфискација

имовине од лица које је починило кривично дјело. Аутор тврди да накнада за експропријацију може бити у новчаном облику или рести- туција, међутим, савјесни купци биће заштићени у случајевима рести- туције. На спорове у вези са експропријацијом примјењује се рок за- старјевања. Национални судови државе која врши експропријацију нису једини надлежни да рјешавају спорове везане за експропријаци- ју. Арбитража, међународна или страна јурисдикција могу бити на- длежни ако се обје стране сложе.

Кључне ријечи: *Законита експропријација; Реквизиција; Конфиска- ција; Експропријација за државне или општинске потребе; Принудна продаја имовине; Незаконита експропријација; Накнада штете за закониту експропријацију; Застарјелост; Надлежност суда.*

Advocate Monika Strus-Wołos, LL.D.

Allerhand Institute, Warsaw, Poland

INSTRUMENTS APPLIED IN POLAND PURSUANT TO THE DOMESTIC VIOLENCE PREVENTION LAW – EFFICIENT VICTIM PROTECTION MEASURES OR A LAW-ABUSING IMPLEMENT?

In 2020, the Polish civil law procedure was expanded to include an instrument designed to protect victims of domestic violence—a “Blue Card” procedure (integrated register of domestic violence acts) and a court warrant issued in civil proceedings, ordering the perpetrator to leave the place of residence shared with the victim and its vicinity with immediate effect and prohibiting the perpetrator from returning to said place of residence and its vicinity. These regulations were amended in 2023 to further include a restraining order, preventing the perpetrator from approaching the victim or entering specific institutions of education, culture, and sports.

Apart from courts of law, the legislator extended the authority to issue the aforementioned warrants and orders to police officers and military officials.

While the introduction of such an instrument is in itself commendable, the measure is to a certain extent flawed, in terms of procedural solutions in particular. Some provisions are ostensibly in violation of the Constitution of the Republic of Poland.

Regrettably, the instrument is occasionally abused, for instance, with intent to improve a particular individual’s processual circumstances in divorce, child support, or child visitation rights cases.

This paper presents the aforementioned instrument, including an analysis (against the backdrop of Polish adjudicature) of whether it has met the hopes placed therein or, on the contrary, offered an easy-to-use way of abusing the law. The author proposes de lege ferenda postulates.

Key words: Order to leave the place of residence; Ban on returning to the place of residence; Domestic violence; Protecting victims of domestic violence; Abuse of the law.

1. INTRODUCTION

The need for safety ranks high in the hierarchy of needs. In case of a persistent sense of safety deficit, meeting that need may surpass physiological needs.¹ As it is, domestic violence is a phenomenon potentially found in any environment. Nobody needs convincing of its destructive outcomes. Some categories of persons, such as children, women, the elderly or people with disabilities, are intrinsically more exposed to domestic violence due to their physical incapacities, vulnerability or helplessness.

Police statistics fail to reveal the full scale of the phenomenon, as proven by research²: the so-called dark number of undisclosed cases is a fact. Acts of domestic violence take place "*behind closed doors*"; victims frequently refrain from reporting violence for fear of escalation or suffer from learned helplessness syndrome, those closest to them occasionally unable to notice that things are not going well for the family. Misconceived familial solidarity and the attitude of "*not interfering with other people's affairs*" can hinder disclosure of violence as well.

Studies of violence against the elderly published in a report compiled by the Institute of Psychology of the Polish Academy of Sciences, for example, allows a conclusion that the scale of non-responding (in any form) among people observing violence against senior citizens outside their own families is downright shocking (nearly 80%).³ Astonishingly, these studies point to enormous differences in ways of justifying violence depending on the region (of Poland)⁴, potentially suggesting strong cultural conditioning⁵.

The Constitution of the Republic of Poland⁶ provides for special protection measures applicable to families (Article 71 clause 1) and children (Article 72 clause 2), the declaration chiefly exercised through the Domes-

¹ A. H. Maslow, *Motivation and Personality*, originally published in 1954, Polish translation by P. Sawicka, Warsaw 1990, 62–76.

² D. Rynkowska, "Przemoc wobec osób starszych – sposoby przeciwdziałania (Violence against the elderly – countermeasures)", *Polityka i Społeczeństwo* 1/2019, 81.

³ S. Bedyńska *et. al.*, 2009, 35.

⁴ In the Świętokrzyskie voivodship, 17.1%, 20.0% and 11.4% respondents justified physical, economic and psychological violence, respectively; in the Łódź, Mazovian and Małopolskie voivodships, these values reached 1.2-3% for physical violence, 4.7-8.8% for economic violence, and 3.8-4.4% for psychological violence.

⁵ This may be due to historical reasons: until 1918, Poland had been partitioned for 127 years by three powers: Prussia, Austria and Tsarist Russia, all of which imposing their own legal system upon occupied territories.

⁶ Constitution of the Republic of Poland, resolved as of April 2nd 1997 by the National Assembly and approved by a nationwide referendum on May 25th 1997, *Journal of Laws* 1997 No. 78, item 483.

tic Violence Prevention Law⁷ (hereinafter referred to as "DVPL"), the substantive legal foundation for the use of certain instruments targeting domestic violence perpetrators; other instruments include selected provisions of the Criminal Code, and laws comprising a support system for dysfunctional families and aid for persons with mental disorders.

Preventing violence is the subject matter of multiple acts of international law – conventions protecting fundamental human rights as well as legislation primarily designed to counteract domestic violence. The most important ones include Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council⁸, and (with regard to women) the so-called Istanbul Convention of the Council of Europe⁹. All impose certain responsibilities upon individual states with regard to establishing institutional violence prevention mechanisms, appropriate legal regulations included.

2. THE NEED FOR A NEW INSTRUMENT

Prior to the 2020 amendment of the Domestic Violence Prevention Law, legal protection against domestic violence was far from sufficient in Poland. While the criminal law procedure was expanded in 2010 to include the measure of ordering the perpetrator to vacate premises shared with the victim, that measure could be applied in criminal proceedings only, and it is common knowledge that domestic violence victims are occasionally unwilling to initiate criminal proceedings for various reasons.

Removing a child from the family and placing him or her under the care of other next of kin, a foster family or guardianship institution has been upheld as one of the options, should it be found that violence may result in a threat to the child's health or life (Article 12a of the DVPL). Notwithstanding the above, the instrument should only be reached for as a last resort: removing the child from his or her environment can have adverse psychological effects, implying separation from both parents, even if one of them is also the victim.

While the removal of a perpetrator of violence from a place of residence with the use of civil law measures had been possible prior to 2020 as

⁷ Domestic Violence Prevention Law of July 29th 2005, *Journal of Laws* 2024 No. 2, item 424.

⁸ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of October 25th 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, *Official Journal of the European Union* 2012, L315/57.

⁹ The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, drafted in Istanbul on May 11th 2011, and ratified by Poland pursuant to prior statutory consent, came into force in Poland as of August 1st 2015, *Journal of Laws* 2015 item 961.

well, the solution was flawed in that such decisions could only be exercised through eviction from residential premises. Eviction proceedings are time-consuming, primarily in view of far-reaching protection extended to the evictee (in some cases, eviction has to be suspended until such time as the municipality arranges public housing). In addition, contemporaneous regulations failed to provide for the issue of an order prohibiting the perpetrator from returning to the place of residence, or – more importantly – approaching the victim of violence.

Only in 2020 was the non-litigious proceedings part of the Code of Civil Procedure¹⁰ (hereinafter referred to as “*the CCP*”) expanded to include a new section (Ia) concerning proceedings in cases of obliging perpetrators of domestic violence to leave places of residence (shared with victims) and their vicinity, and/or restraining orders prohibiting perpetrators from approaching places of residence and their vicinity (Articles 560²-560¹² of the CCP), as well as Articles 755²-755⁴ allowing courts to extend interim protection to victims through preventive security instruments.

A 2023 amendment¹¹ to Article 11 of the DVPL introduced further restraining order (warrant) options, preventing perpetrators from approaching and/or contacting victims, and entering and/or being present at specific institutions or facilities, such as schools or educational, guardianship, cultural or sports institutions attended by domestic violence victims, as well as places of employment or other locations regularly frequented by said victims.

For all of the above reasons, I shall be using the collective terms “*orders/warrants*” herein when referencing any instrument in question.

Regrettably, aforesaid new solutions have from day one been affected by major legislative and/or unclarity issues¹² not all of which eliminated pursuant to subsequent amendments.

¹⁰ Code of Civil Procedure Law of November 17th 1964, *Journal of Laws* of 2023, item 1550, as amended.

¹¹ Law of March 9th 2023 amending the Domestic Violence Prevention Law and selected other laws, *Journal of Laws* 2023, item 535.

¹² M. Strus-Wołos, “Stąpanie po polu minowym. Rzecz o nowych przepisach postępowania cywilnego o zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazanie zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia (Walking a minefield. On new provisions in civil proceedings, ordering a perpetrator of domestic violence to leave a shared place of residence and its vicinity, or prohibiting him or her from approaching the place of residence and its vicinity)”, *Głos Prawa* 2/2020, 338–349.

3. THE DEFINITION OF DOMESTIC VIOLENCE IN POLISH LAW

Article 2 clause 1 of the DVPL contains a legal definition of domestic violence. Domestic violence shall be defined as a one-time or repetitive intentional act or negligence based on physical, psychological or economic advantage, violating the rights or personal interests of a person experiencing domestic violence, in particular if: a) exposing that person to the risk of loss of life, health or property, b) violating that person's dignity, bodily integrity or freedom, sexual freedom included, c) causing harm to that person's physical or mental health, resulting in suffering or injury, d) restricting or depriving that person of access to financial resources or ability to seek employment and/or gain financial independence, e) significantly invading that person's privacy, or causing him or her to feel threatened, humiliated or distressed, i.a. through the use of means of electronic communication.

Only since the 2023 amendment has the extensive definition been phrased to match the aforesaid Directive 2012/29 and Istanbul Convention with regard to terminology.

Domestic violence as defined by the DVPL has regrettably not been expanded to include sexual abuse. Albeit the crime is simultaneously recognised as an act of physical and/or psychological violence, including it explicitly in the Law would serve to dispel any interpretation-related doubts while ensuring conformity with the 1993 definition drafted by the Committee of the Parties of the Council of Europe (political body of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence), which identifies five forms of violence, i.e. physical violence, psychological violence, sexual abuse, negligence, and economic violence.¹³

The definition of violence enshrined in Article 2 clause 1(1) of the DVPL is broader than that of the crime of abuse under Article 207 §1 of the Criminal Code (hereinafter referred to as "*the CC*"). Furthermore, the array of subjects (persons) affected by violence is broader pursuant to the DVPL than the array of abuse crime victims.

4. THE "*BLUE CARD*" PROCEDURE

Article 9d clause 5 of the DVPL provides for the "*Blue Card*" procedure – a register of actions taken with regard to a specific family by assorted institutions (the police, medical services, schools, social welfare centres

¹³ M. Cabalski, *Przemoc stosowana przez kobiety, Studium kryminologiczne (Violence Committed by Women, a Forensic Study)*, Cracow 2014, 126.

etc.) in connection with reasonable suspicion of domestic violence having occurred. The purpose of the register is to facilitate information flow among all aforesaid institutions, and integrate all and any assistance measures.

As concerns violence notification statistics within the "Blue Card" procedure framework, 62,170 notifications were recorded in 2023, 54,029 of which first-time incidents; 8,141 notifications involved repeated incidents after the "Blue Card" procedure had been initiated against the given individual. The number of persons experiencing violence as specified in the Cards totalled 77,832, 66%, 11.7% and 21% of whom women, men, and minors, respectively. Perpetrator statistics are reversed: 87.6% of all 63,016 domestic violence perpetrators are male. Roughly one-half of all domestic violence incidents were perpetrated by intoxicated individuals¹⁴.

The fact of the procedure having been initiated and a "Blue Card" registered for the family does not in itself mean that violence had occurred.¹⁵ While initiating "Blue Card" proceedings is as swift as it is simple, the procedure closes once it is found that violence is absent or has ceased, or once an individually drafted family assistance plan has been implemented.

Notwithstanding the above, a study by M. Bialecki has shown that the "Blue Card" institution, established to the explicit purpose of proving that violence had been used, is referenced relatively often in divorce cases.¹⁶ Regrettably, judicial verifiability of motives behind using the instrument is well-nigh non-existent. The fact of a "Blue Card" having been registered is frequently in itself recognised as a foundation for adjudicating guilt in divorce proceedings, whereas it is often found in practice that "Blue Card"-associated actions are superficial, not even warranting initiation of criminal proceedings. The author further finds that be as it may, identifying mechanisms discouraging parties from taking such measures is far from easy: the outcome of initiating "Blue Card" proceedings resembles that of a notice of suspected offence: both require a procedure to verify whether a crime was indeed committed. It has, however, been postulated that in order to prevent abuse of the procedure, the Card ought to contain an entry ascertaining whether parties are involved in divorce, parental custody or child visitation rights proceedings.

¹⁴ All data sourced in police statistics: <https://statystyka.policja.pl>

¹⁵ M. Bialecki, "Disloyal actions by participants in divorce proceedings", *Prawo w Działaniu* 52/2022, 96–97.

¹⁶ M. Bialecki, 81–102.

5. ORDER TO LEAVE THE PLACE OR RESIDENCE AND ITS VICINITY, OR RESTRAINING ORDERS (WARRANTS) PROHIBITING THE PERPETRATOR FROM APPROACHING THE PLACE OR RESIDENCE AND ITS VICINITY, OR APPROACHING AND/OR CONTACTING THE VICTIM, OR ENTERING A SPECIFIC INSTITUTION

5.1. Orders/warrants issued by the police or military police

Since 2020, aforesaid orders/warrants can be issued by a court of law as well as a police officer (or military police officer, with regard to an active member of the military). Doubts have been expressed with regard to that measure's constitutionality, both in terms of protecting an individual's personal interests and the right to fair trial, especially given the extraordinarily limited judicial control of temporary dispossession, including property satisfying every human's basic need for a roof over one's head. While the legislator had modelled the solution on Austrian law, it is notable that the Austrian Constitution does not warrant the right to fair trial, safeguarding property rights to a lesser extent.¹⁷ Furthermore, the Austrian model has been critiqued even by local legal doctrine.¹⁸

Such orders/warrants do not have to be issued as a result of police officers having intervened at a place of residence; furthermore, a domestic violence notification does not have to be filed by the victim. The perpetrator of violence does not have to be interviewed. In consequence, it may happen that a police officer will issue an order or warrants without having moved from behind the desk, on basis of information unverified and filed out of malice. Since this may encourage instrumental use of the measure, particular diligence should be called for when verifying the credibility of violence-related information – the groundless issue of an order or warrants may become the basis for a justifiable compensation claim.

Officers issuing orders and warrants are obliged to adhere to multiple responsibilities, information-related in particular. They are required to instruct the perpetrator of violence as appropriate, and follow up to find whether the order/warrants have been enforced. Reference literature con-

¹⁷ M. Strus-Wolos, 2020, 342–343.

¹⁸ M. E. Eicke, *Die polizeiliche Wohnungsverweisung bei häuslicher Gewalt. Eine vergleichende Untersuchung des Polizeirechts der Länder in Deutschland*, „Schriften zum Öffentlichen Recht“, 2008, 223, 266–268; J. Ph. Seibert, R. A. Kohal, „Die polizeiliche Wohnungsverweisung und das Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt – zu den Normierungen einer Standardbefugnis und damit verbundenen rechtsdogmatischen Fragen“, *Juristische Ausbildung* 2019, 15–27.

tains detailed descriptions of measures taken by police officers.¹⁹ Police and military police officers may use coercive measures, should the individual required to leave the place of residence refuse to do so voluntarily.

Orders/warrants issued pursuant to the aforesaid procedure shall expire 14 days as of the date of issue, unless the perpetrator of violence is remanded or a preventive measure under Article 275a of the Code of Criminal Procedure is applied, or unless a court of law issues an order/warrants on the basis of a separate motion or as a preventive security measure. The court shall have the right to extend the term of an order/warrants issued by the police (or military police) upon having received a motion to that effect, or *ex officio*, should the victim of violence be identified as a minor. Should it be found that a minor had fallen victim to violence, officers of both services shall be obliged to notify the custody court.

Aforesaid orders/warrants can be appealed against before a court of law within a term of 3 days as of the date of them being served. The *ratio legis* behind the solution²⁰ is somewhat incomprehensible, since the right to appeal has, after all, been extended to an individual who will usually be pressed for time when facing an order to leave his or her place of residence. A person ordered to leave the place of residence has the right to take personal belongings and items essential to perform employment-related duties, as well as any pets owned if required for daily functioning and/or employment-related purposes. Yet should the domestic violence victim object to any of the above being removed, all belongings shall remain at the shared place of residence, any related claims resolved under separate civil law proceedings. In consequence, the perpetrator leaving his or her place of residence with his or her own wallet and mobile phone depends on the goodwill of both parties involved. It is further notable that court fees can only be waived for the person experiencing domestic violence. Thus in some cases the individual authorised to appeal against a valid order within a term of 3 days may find him- or herself unable to draft the pleading, and/or pay the fee as required. Rising concern that the Law provides ostensible right to trial rather than genuine judicial control has been exacerbated by the fact that of the 7,800 orders/warrants issued by assorted authorities over the years 2021-2022, only 3 have been lifted following an appeal.²¹

¹⁹ M. Strus-Wołos, "Rights and obligations of police officers in issuing an order to domestic violence offenders to immediately leave the shared residence and not to approach their immediate surroundings, or a restraining order on such residence and its immediate surroundings", *Przegląd Policyjny* 2/2022, 90–102.

²⁰ In all other cases under Polish civil proceedings, appeals shall be filed within a term of 7 days.

²¹ M. Istel, 2023.

Should any orders/warrants issued be found unjustified or unlawful, the court shall annul them, duly notifying the person against whom they were issued, the person experiencing domestic violence, the prosecutor, and the respective police force unit without undue delay.

Voluntary and intentional enforcement of orders/warrants was to be secured by expanding the Misdemeanours Code (hereinafter referred to as "*the MC*") to include Article 66b providing for sanctions for any acts of non-compliance with orders/warrants issued by uniformed services or a court of law, also as part of preventive security proceedings. As it is, a gross error resulted in reduced accountability in comparison with solutions applied previously: the legislator overlooked the existence of Article 244 of the Criminal Code, which safeguards the enforcement of any judicial decisions (including those issued by civil courts)²², the subject matter of which mirrors that of the new Article 66b of the MC with regard to orders/warrants. Rules of statutory interpretation, the criminal law principle of applying any law more lenient relative to the offender in particular, preclude the possibility of applying Article 244 of the Criminal Code, which provides for a minimum of 3 months and maximum of 5 years of imprisonment. Instead, a person violating the orders/warrants will only be held accountable answer for an offence punishable by detention, restriction of liberty, or fine.

5.2. Premises for a judicial order/warrants

A confluence of three premises has to be established for a court of law to issue an order for the perpetrator to leave the place or residence and its vicinity, or restraining orders (warrants) prohibiting the perpetrator from approaching the place or residence and its vicinity, or approaching and/or contacting the victim, or entering a specific institution:

- a) The perpetrator of violence has to be a family member of the person experiencing violence, or share a household with such person at the very least,
- b) At the time of violence, the perpetrator and victim have to share a place of residence (excepting circumstances duly specified in the Law),
- c) The violence perpetrator's behaviour shall be identified as particularly oppressive to sharing a place of residence.

Exceptions to the shared place of residence premise have been specified in Article 11a clause 2 of the DVPL. Consequently, orders/warrants

²² As per Supreme Court decision of February 26th 2004, Re. No. I KZP 47/03, OSNKW 2004/3, item 35.

may also be issued if the person experiencing domestic violence left the place of residence for reasons of having suffered violence thereat; if the perpetrator of violence left the shared place of residence; or if the perpetrator of violence stays at the shared place of residence periodically or irregularly in the presence of the victim. Notably, the person experiencing domestic violence has to be residing at the given location on a permanent basis.

Should the perpetrator of violence leave the shared place of residence, the court shall examine the fact to find whether the occurrence was in any way connected to the use of violence, and/or involved a reasonable time-frame. Should any of the two be responded to in the negative, the court should reject the motion for an order/warrants to be issued.

Pursuant to Article 11a §4 of the DVPL, provisions of clauses 1-3 shall apply to all and any premises serving daily housing need purposes, said premises defined as space allowing shared residence, including a room in a shared flat, shipping container home, shed, trailer etc.²³ The Supreme Administrative Court defined "*daily housing needs*" as simply "*securing a roof over one's head, colloquially put*"²⁴. Daily needs have to be current in nature. Consequently, no order/warrants can be issued with regard to residential premises purchased for investment purposes, or with a child's future needs in mind²⁵.

Pursuant to the 2023 amendment, Article 2 clause 2 of the DVPL was expanded to include a definition of a person experiencing violence, including an extensive catalogue listing family members, other persons sharing living space and household, as well as ascendants, descendants, siblings and spouses of persons affected by violence. Grammar and semantics thus allow a conclusion that victims of violence may include family members of a person cohabiting with the perpetrator, even if not residing at but merely visiting the given place of residence. This is an erroneous solution, potentially resulting in the issue of an order to leave the place of residence by a perpetrator of violence, even if sharing a conflict-free place of residence with a person whose next of kin or spouse residing elsewhere had experienced violence. One might well imagine a situation of conflict arising only between a person considered to be a perpetrator of violence and a visiting next of kin of the cohabitant. The sanction is thus excessively severe.

²³ M. Strus-Wołos [in:] T. Wiśniewski (ed.), 2020, 165–166.

²⁴ Judgement of the Supreme Administrative Court of March 9th 2016, Ref. No. II FSK 636/14.

²⁵ Judgement of the District Court in Łódź of March 10th 2014, Ref. No. II C 1218/13.

Regulations provide for no subject matter-related restrictions with regard to the perpetrator of violence, the sole requirement specifying the perpetrator to be of age²⁶. In consequence, an order/warrants can also be issued with regard to persons with mental disorders, mental illnesses included, even should such disorder have been the foundation of a decision to confirm insanity for reasons of a delusional psychotic disorder in criminal proceedings on charges of abuse²⁷. Under such circumstances, issuing an order/warrants may be considered outright essential.

Given its outcomes for the rights and freedoms of persons it applies to, provisions of Article 11a of the DVPL have to be interpreted in great detail. Consequently, the requirement of the violence perpetrator's behaviour being identifiable as particularly oppressive to sharing a place of residence cannot be affirmed for every conflict situation²⁸, especially if evidence suggests that the other party's behaviour is provocative – such as starting groundless rows²⁹. That said, this does not mean that provocation in any way justifies violence. Violence should never be overlooked. Under such circumstances, however, the victim shall be entitled to protection under criminal law or in civil action.

The 2023 DVPL amendment regrettably brought harmful change, Article 11a having been expanded to include clause 5, pursuant to which the enforcement of the order/warrant-specified obligation shall involve the respective application of provisions enforcing the obligation to vacate premises serving the residential needs of a debtor (eviction). The intention of introducing a swift-acting measure was thus annihilated through the restoration of the state of affairs preceding the year 2020 – and provisions of Section Ia.

5.3. The judicial procedure in order/warrant cases

Proceedings to issue an order/warrants shall not be initiated *ex officio*, but only pursuant to a motion.³⁰ In judicial proceedings, the person affected by violence (or his or her statutory representative) is the only person authorised to file a motion to initiate respective proceedings; a motion can also be filed by a prosecutor. This merits the question whether a cohabi-

²⁶ A separate support-and-education system has been set up for juvenile perpetrators of violence.

²⁷ Decision of the Circuit Court for Szczecin-Centrum in Szczecin of August 19th 2022, Ref. No. III Ns 598/21.

²⁸ Decision of the District Court for Warsaw-Praga in Warsaw of July 2nd 2019, Ref. No. IV Ca 712/19.

²⁹ Decision of the Circuit Court for Grudziądz of April 5th 2024, Ref. No. I Ns 146/24.

³⁰ P. Prus [w:] M. Manowska (ed.), note 7 do Article 560².

tating witness to violence can also be an eligible applicant. The author believes this ought to be answered in the affirmative, since violence can impact the entire family. Even if the perpetrator's aggression targets a specific individual, other household members may be affected as well. This is why the parent of children abused by the perpetrator, for example, shall be considered an eligible applicant, even if filing a motion on behalf of him- or herself rather than as a statutory representative of the child³¹. The application should not be rejected for reasons of active legitimisation, as affirmed by the content of the definition of violence pursuant to the DVPL, according to which forms of violence shall include action or negligence causing harm to mental health, and/or suffering or non-pecuniary damage. A parent filing a motion out of care, or even concern for his or her child's life and health, has most certainly been exposed to suffering and/or harm him- or herself. Opinion No. 2006/C 325/15 of April 21st 2006 of the European Economic and Social Committee on "*Children as indirect domestic violence victims*"³² has emphasised that a child witnessing violence against the person closest to him or her is also a victim of violence, and subjected to victimisation by proxy³³. Analogically, should the situation be reversed, the guardian of an abused child may be the indirect victim of domestic violence, especially if forced into passivity and submission. The interpretation remains in line with the purpose of the Law designed to provide assistance and security to the family.

The court is obliged to serve copies of the application and any other pleadings to the prosecutor, notifying him or her of hearing dates; the prosecutor may join the case at any stage.

The legislator has laid out a number of solutions intended to secure particular swiftness in examining such cases, a deformed application procedure and court fee waiver two flagship examples. Should the motion be missing a copy (having been filed in a single copy) or attachment copies, the court will handle the process of producing copies in-house with intent of serving them to participants to respective proceedings, said proceedings in turn not protracted because of a need to summon applicants to remedy formal or fiscal shortcomings. A similar solution has been provided for missing copies of appellations against judgements.

³¹ This, appropriately, with regard to an applicant – the mother of battered children: decision of the Circuit Court for Kętrzyn of February 21st 2023, Ref. No. I Ns 16/23.

³² *Official Journal of the European Union* C 325/15.

³³ Sz. Wójcik, "Przemoc w rodzinie, zaniedbanie, wiktyfikacja pośrednia. Wyniki Ogólnopolskiej diagnozy problemu przemocy wobec dzieci (Domestic violence, negligence, victimisation by proxy. Results of a nationwide diagnosis of violence against children)", *Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka* 3/2013, 53–57.

The court may also wave the traditional method of serving pleadings (by postal operator), opting for the police or military police instead. Both uniformed services are obliged to serve said pleadings within a term of 7 days. Failure to serve the perpetrator of violence with a copy of the motion constitutes a reason for invalidity of proceedings as a breach of the right to defence³⁴.

The procedural swiftness purpose is further served by a one-month term to examine the motion, another month for the appeal to be heard by a court of second instance, and the term for filing an appeal reduced to one week.

Issuing a decision requires a trial. Consistently with the term for instructions specified in Article 560⁵ of the CCP, the court shall rule within a term of one month as of the day of the motion having been filed. This is not always feasible, not least because given the potential clash of constitutionally protected rights (family and child protection on the one hand, the perpetrator's right to fair trial and personal interests on the other), all evidence has to be collected with great diligence, including judicial action *ex officio*. The admissibility of expert evidence cannot be ruled out either, exemplars including a psychiatrist or psychologist's expert opinion and/or the applicant being interviewed in the presence of an expert witness should the court suspect manipulation for purposes of divorce proceedings, for example, or the applicant presenting with personality disorders, Munchhausen syndrome in particular³⁵. Throughout the term of judicial proceedings, the applicant can be offered protection in the form of a security order, an *ex officio* order included, should a child be present at the shared place of residence.

The subject matter and nature of proceedings favour the view of the court's responsibility to seek substantive truth to a greater extent than in case of "*ordinary*" proceedings, and warrant equality of arms for all participants.

Provisions of Article 560⁷ §1 of the CCP list components to be included in the decision to approve the motion, such as the area or distance from shared premises the perpetrator of violence is obliged to observe. The content thereof should be sufficiently transparent for both parties to be fully aware of warrant area boundaries.

³⁴ Decision of the District Court for Łódź of August 16th 2022, Ref. No. III Ca 1301/22.

³⁵ The Munchhausen syndrome involves intentional induction of somatic symptoms in order to gain interest and/or sympathy. The transferred Munchhausen syndrome (Munchhausen's by proxy) is a particularly drastic variation, wherein symptoms are induced in the child by his or her guardian.

In contrast to the preventive security decision, the court is not obliged to specify the term for aforesaid order/warrants, the conclusion based on provisions of Article 560² §2 of the CCP, pursuant to which the decision to approve the motion is considered effective and enforceable upon proclamation. Should circumstances change, the court may alter or annul the decision, even if final and valid.

The right to file a cassation complaint with the Supreme Court has been waived for cases to issue orders/warrants pursuant to Article 11a of the DVPL (Article 519¹ of the CCP).

By dint of the 2023 amendment, the CPP has been expanded to include Article 560^{3a} which regulates the intermediary procedure of judicial consent to the perpetrator of violence collecting specific items or pets from a shared place of residence. In the course of main proceedings, a participant ordered to leave the shared place of residence and its vicinity may apply for permission to leave with personal belongings and/or items required for employment-related purposes, as well as any pets owned if required for daily functioning and/or employment-related purposes, should such permission be refused by the applicant. The participant's motion shall specify the item(s) and/or pet(s) to be collected, substantiating the use of said item(s) and pet ownership, including the latter's essentiality to daily functioning and/or employment-related purposes. The court shall examine the aforesaid motion without undue delay. While a separate trial is not required, the court shall be obliged to secure all clarifications submitted by the applicant in advance. In the course of aforesaid proceedings, the court shall not rule with regard to item and/or pet ownership, judicial decisions pertinent to collection from the place of residence only. Consequently, the fundamental premise examined by the court involves the essentiality of said item(s) and/or pet(s) to the daily functioning and/or employment-related purposes of the person ordered to leave the shared place of residence. The respective judicial decision may be appealed to another first-instance court panel.

Should the applicant voluntarily consent to enforcing the judicial decision, a date will be agreed for the release of item(s) and/or pet(s), duly handed over in the presence of police officers. Otherwise, the decision shall be enforceable by a court bailiff with the use of a collection procedure applicable to non-monetary benefits and surrender of movable assets.

While the regulation does not apply to the release of any other animals than pets, the author believes a respective demand should also apply to the surrender of working animals if essential to employment-related purposes.

5.4. Order/warrants issued by the court of law as preventive security measures

Preventive security measures are basically applied following a motion filed by an authorised individual – the applicant in order/warrant proceedings; that said, the prosecutor shall also be authorised to file the respective motion. Should minors be present at the shared place of residence, the custody court shall be obliged to initiate preventive security measure proceedings *ex officio* (Article 755⁴ of the CCP), unless such proceedings are considered unnecessary – especially if already in progress following a motion filed by an authorised individual. Should an order/warrants be issued by the police or military police, the issuing uniformed service will be obliged to notify the custody court as appropriate.

The legislator has regrettably not obliged any of the aforesaid services to notify the custody court, should a fully incapacitated adult or adult with disabilities reside at a shared place of residence. The author believes that the aforesaid responsibility should extend to circumstances of the presence of a person with visible physical, mental or intellectual disability at the shared place of residence.

Upon issuing a preventive security measure, the court shall specify the frequency of police or military police on-site inspections designed to find whether the underlying order/warrants have not been violated, since both services are charged with affirming the violence perpetrator's compliance with orders/warrants issued by uniformed services, or by a court of law as a preventive security measure. In contrast, the on-site inspection duty does not extend to judicial orders/warrants issued following a motion filed by an individual affected by violence. It seems that such an option ought to be introduced, if only on a facultative basis.

Pursuant to the 2023 amendment, whenever issuing a warrant prohibiting a perpetrator from entering a specific institution, the court shall duly notify said institution's manager *ex officio*, and (potentially) other individuals responsible for a location frequently or regularly visited by a person affected by domestic violence – should the latter be essential to proper order/warrant enforcement.

6. CONCLUSIONS

Measures countering domestic violence provided for in the DVPL are a commendable form of protecting domestic violence victims.

The regulation is regrettably flawed on a number of levels, extending insufficient protection to persons with disabilities, mental development disorders included. The elderly, in mid- and advanced stages of dementia

in particular, are another underprivileged group, frequently unable to file a motion for a court order/warrants. It would be therefore desirable for Article 560³ of the CCP to be amended through the expansion of judicial competencies to include orders/warrants issued *ex officio*, should a court be notified e.g. by a family member, social worker, police officer or neighbour of suspicions of violence targeting senior citizens or adults suffering of disorders preventing them from applying for court protection in person.

Legal regulations provide for the particular protection of minors: should the police or military police issue an order/warrants, they are also obliged to notify the custody court without undue delay. The legislator has regrettably not obliged any of the aforesaid services to notify the custody court, should a fully incapacitated adult or adult with a severe physical, mental or intellectual disability (visible to a police or military police officer) reside at a shared place of residence. Such responsibility ought to be established *de lege ferenda*.

Instruments discussed herein, i.e. the "Blue Card" procedure and orders/warrants, may be abused in case of conflict arising in conjunction with divorce, separation, parental custody or child visitation rights proceedings. As proven by a study by M. Bialecki, courts frequently recognise domestic violence notifications as major evidence while not verifying them with due diligence, and thus assuming *a priori* that the case at hand involves a violence perpetrator/ victim relationship. The approach may in turn affect adjudication of guilt in divorce proceedings, or decisions to the effect of parental custody rights being removed or restricted for an alleged domestic violence perpetrator.

In terms of police or military police-issued orders/warrants, judicial control is illusory, given the aforementioned three-day term of appeal and genuine judicial incapacity to examine the individual cases prior to the order/warrant expiry (14 days). It is somewhat doubtful whether the right to fair trial guaranteed pursuant to Article 45 clause 1 of the Constitution has been truly secured therein.

Last but not least, the right of the person ordered to leave a shared place of residence while in possession of specific items and belongings ought to be properly regulated, given that the objection of the person affected by violence is binding. This is another area for potential abuse contradicting the constitution right to personal property. A catalogue of items collectable regardless of the other party's position ought to be drafted (a specific amount of money, mobile phone, change of clothing, the computer and/or vehicle under specific circumstances).

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bedyńska S., Brzezicka A., Korzeniowski K., Radkiewicz P., Skarżyńska K., *Przemoc w rodzinie wobec osób starszych i niepełnosprawnych. Część I - Raport z badania ogólnopolskiego (Domestic violence targeting the elderly and persons with disabilities. Part I – Nationwide Study Report)*, Warsaw 2009;
2. Białecki M., "Disloyal actions by participants in divorce proceedings", *Prawo w Działaniu* 52/2022;
3. Cabalski M., *Przemoc stosowana przez kobiety, Studium kryminologiczne (Violence Committed by Women, a Forensic Study)*, Cracow 2014;
4. Eicke M. E., *Die polizeiliche Wohnungsverweisung bei häuslicher Gewalt. Eine vergleichende Untersuchung des Polizeirechts der Länder in Deutschland*, „Schriften zum Öffentlichen Recht” 2008;
5. Istel M., *Tak łatwo "wyrzucić z domu partnera"? Nie łatwo (sic), ale prawo chroni ofiary przemocy (Is "throwing out a partner" that easy? No it's not, but the law protects victims of violence)*, Konkret24 website, November 9th 2023, <https://konkret24.tvn24.pl/polska/przemoc-domowa-tak-latwo-wyrzucic-z-domu-partnera-nie-latwo-ale-prawo-chroni-ofiary-przemocy-st7427681>
6. Maslow A. H., *Motivation and Personality*, originally published in 1954, Polish translation by P. Sawicka, Warsaw 1990;
7. Prus P. [in:] Manowska M. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom II. Art. 478-1217 (Code of Civil Procedure. Updated commentary. Vol. II. Articles 478-1217)*, LEX/el. 2022;
8. Rynkowska D., "Przemoc wobec osób starszych – sposoby przeciwdziałania (Violence against the elderly – countermeasures)", *Polityka i Społeczeństwo* 1/2019;
9. Seibert J. Ph., Kohal R. A., "Die polizeiliche Wohnungsverweisung und das Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt – zu den Normierungen einer Standardbefugnis und damit verbundenen rechtsdogmatischen Fragen", *Juristische Ausbildung* 2019;
10. Strus-Wołos M., "Stąpanie po polu minowym. Rzec o nowych przepisach postępowania cywilnego o zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazanie zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia (Walking a minefield. On new provisions in civil proceedings, ordering a perpetrator of domestic violence to leave a shared place of residence and its vicinity, or prohibiting him or her from approaching the place of residence and its vicinity)", *Głos Prawa* 2/2020;
11. Strus-Wołos M., "Rights and obligations of police officers in issuing an order to domestic violence offenders to immediately leave the shared res-

idence and not to approach their immediate surroundings, or a restraining order on such residence and its immediate surroundings", *Przegląd Policyjny* 2/2022;

12. Strus-Wołos M. [in:] Wiśniewski T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Art. 506-729 (Code of Civil Procedure. Commentary. Vol. III. Articles 506-729)*, Warsaw 2021;
13. Wójcik Sz., "Przemoc w rodzinie, zaniedbanie, wiktyimizacja pośrednia. Wyniki Ogólnopolskiej diagnozy problemu przemocy wobec dzieci (Domestic violence, negligence, victimisation by proxy. Results of a nationwide diagnosis of violence against children)", *Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka* 3/2013.

UDC/УДК 342.726-053.2/.6(597)
343.62-053.2/.6(597)
EXPERT PAPER / ЕКСПЕРТНИ РАД

Adwokat Hoa Dessoulavy-Śliwińska

The N.E.W.S. Law Center Kancelaria Adwokacka, Warszawa
Lawyer and a member of the Hanoi Bar Association, Vietnam
PhD candidate at the Faculty of Law at SWPS University, Warsaw, Poland

THE BALANCE BETWEEN PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS AND ABUSE OF LAW IN THE VIETNAMESE LEGAL SYSTEM

Children inherently require special protection and care due to their vulnerability in interactions with adults, which renders them more susceptible to exploitation and abuse. Consequently, legal frameworks worldwide have been established to safeguard children's rights. However, a critical challenge in legislative development lies in balancing the protection and care children require—which often involves obedience to adults—against the risk of these rights being misused or violated, particularly by parents and caregivers.

The Vietnamese legal system has been structured to ensure the protection of children's rights while simultaneously preventing abuse, exploitation, human trafficking, and neglect. It imposes stringent penalties for violations through a comprehensive legal framework, which includes the Vietnam Penal Code of 2015 and the Children's Law of 2016. This article examines how the Vietnamese legislator has sought to achieve this balance through legal provisions designed to protect children from various forms of harm while preventing misuse of these laws.

Key words: Child; Children's rights; Violation; Criminal liability, Caregiving; Guardian.

1. THE VIETNAMESE PENAL CODE OF 2015

The Vietnamese Penal Code provides a comprehensive legal framework to protect children from violence, exploitation, and human traffick-

ing. Key provisions,¹ including Articles 140, 185, 185a, and 186, explicitly prohibit physical and psychological violence, cruelty, and neglect.

Article 140 criminalizes physical and psychological violence against children, encompassing assault, verbal threats, humiliation, excessive discipline, and emotional abuse. The provision recognizes that psychological harm can be as damaging as physical abuse, leading to long-term mental health consequences.

Articles 185, 185a, and 186 define and penalize child neglect and abandonment. Article 185 criminalizes reckless or deliberate failure to provide for a child's basic needs, including food, shelter, and healthcare. Article 185a addresses child abandonment, while Article 186 imposes criminal liability on parents or guardians who fail to fulfill educational, medical, or supervisory responsibilities.

The Penal Code also includes strict provisions on child sexual abuse. Articles 142, 144, and 146 prohibit rape, sexual assault, molestation, and indecent acts against minors, recognizing that children cannot provide informed consent to sexual activities. Article 151 criminalizes child trafficking, covering recruitment, transportation, and exploitation of minors for forced labor or sexual exploitation.

Regarding economic exploitation, Articles 296 and 297 criminalize child labor in hazardous environments. Article 296 prohibits employment in dangerous sectors, including mining, construction, and manufacturing with toxic chemicals or heavy machinery. Article 297 targets economic exploitation, ensuring that children are not subjected to unsafe or exploitative labor.

The Vietnamese government continues to refine these laws to ensure effective enforcement and protection of children's rights. While the legal framework is robust, improving implementation, public awareness, and social services remains critical in preventing child abuse and exploitation. The Penal Code of 2015 aligns with international child protection standards, reinforcing Vietnam's commitment to safeguarding children's rights.

2. THE CHILDREN'S ACT 2016

The Children's Act of 2016² is a fundamental legal instrument safeguarding children's rights and welfare in Vietnam. The Act defines a child

¹ Penal Code, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 100/2015/QH13.

² Law on Children, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 102/2016/QH13.

as any person under 16 years old and establishes a comprehensive framework to prevent and address abuse, violence, and exploitation.

Article 4 guarantees protection from all forms of harm, including physical, emotional, and psychological violence, applying to households, schools, and public spaces. The Act imposes legal duties on parents, guardians, educators, and local authorities to uphold these safeguards.

Article 6 explicitly prohibits violence against children and mandates shared responsibility among families, the state, and society to prevent abuse. Parents and guardians must meet their children's fundamental needs and protect them from harm. The state is required to enforce policies and legal frameworks to prevent child abuse.

Article 26 addresses child labor, prohibiting forced labor and economic exploitation. It defines forced labor as any coerced employment under threat or without consent and strictly forbids child labor at the expense of education, development, or well-being. Employers must ensure that minors only engage in age-appropriate, non-hazardous work.

Article 16 affirms children's right to education, prohibiting forced labor, neglect, or economic coercion that forces children to leave school. Article 8 bans child marriage, recognizing it as a form of exploitation that violates fundamental rights. It highlights health risks, interrupted education, and lifelong disadvantages, particularly for young girls. Vietnam's Marriage and Family Act 2014 sets the minimum marriage age at 18 for women and 20 for men, and the Children's Act reinforces this by explicitly criminalizing child marriage.

Article 52 establishes a comprehensive child abuse reporting system, assigning roles and responsibilities to law enforcement, social welfare organizations, and educational institutions. Authorities must ensure prompt investigations and immediate assistance, including medical care, psychological support, and shelter for victims.

By structuring a legally enforceable child protection framework, the Children's Act 2016 aligns Vietnam's policies with international standards, particularly the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC). The Act promotes a multidisciplinary approach, emphasizing cooperation between state institutions, law enforcement, healthcare providers, educators, and civil society to ensure comprehensive child protection.

3. DECREE NO. 56/2017/ND-CP

Decree No. 56/2017/ND-CP³ provides comprehensive guidelines for implementing Vietnam's Child Protection Act, outlining the roles and re-

³ Vietnamese government Decree, no 56/2017/ND-CP.

sponsibilities of governmental agencies, institutions, and stakeholders in safeguarding children's rights. The Decree establishes a framework to address child abuse, exploitation, and trafficking.

Article 9 mandates social support services for children affected by violence, exploitation, or trafficking, ensuring safe shelter, medical care, and psychological assistance to support their recovery. Recognizing education as vital to rehabilitation, the Decree emphasizes access to schooling to help break cycles of poverty and exploitation.

Article 52 strengthens inter-agency coordination between state bodies, civil society organizations, and local authorities to enhance prevention, detection, and response to violations of children's rights. This improves communication, intervention strategies, and efficiency in child protection efforts.

The Decree highlights the need for a multi-disciplinary approach, requiring collaboration between law enforcement, social workers, healthcare providers, and educators to ensure comprehensive child protection services.

By reinforcing legal obligations for governmental and non-governmental actors, Decree No. 56/2017/ND-CP aligns Vietnam's child protection mechanisms with international standards, particularly the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC). The Decree strengthens protection, rehabilitation, and opportunities for at-risk children, ensuring their safety and well-being.

4. THE PREVENTION AND COMBATING TRAFFICKING IN PERSONS ACT OF 2011

The Prevention and Combating Trafficking in Persons Act of 2011⁴ is a key legal instrument in Vietnam's fight against human trafficking, imposing strict penalties on offenders.

Articles 3, 4, and 5 criminalize child trafficking, including sexual exploitation, forced labor, and illegal adoption.

- Article 3 defines child trafficking as the recruitment, transportation, transfer, harboring, or receipt of children for exploitation, making it a criminal offense regardless of the child's consent.
- Article 4 prohibits trafficking for sexual exploitation, including prostitution, pornography, and forced labor.

⁴ The Prevention and Combating Trafficking in Persons Act, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 66/2011/QH12.

- Article 5 criminalizes illegal adoption, which can result in children being sold into exploitative circumstances.

The Act mandates severe penalties, including long-term imprisonment, with life sentences for aggravated cases, such as multiple victims, organized crime involvement, cross-border trafficking, or severe harm to the child.

Article 6 requires the government to provide legal, medical, and psychological support for trafficking victims, ensuring rehabilitation and reintegration. The Act aligns Vietnam's laws with international commitments, including the United Nations Palermo Protocol, reinforcing the country's dedication to eradicating human trafficking and protecting children from exploitation and abuse.

5. LABOR CODE 2019 (LAW NO. 45/2019/QH14)

The Labor Code of 2019⁵ provides a comprehensive framework governing labor relations in Vietnam, including strict protections against child labor. It sets minimum age requirements, defines permissible working conditions, and prohibits hazardous labor that may endanger a child's physical, mental, or emotional well-being.

Article 145 explicitly prohibits the employment of individuals under 18 in hazardous work, recognizing their ongoing physical, cognitive, and emotional development. Hazardous work includes tasks involving heavy machinery, toxic substances, extreme temperatures, or physically strenuous labor beyond a minor's capacity.

The Labor Code also regulates the employment of minors aged 13 to 15, permitting only light work that does not interfere with their education. Working hours are strictly limited:

- Minors aged 15-18: Maximum 8 hours per day, 40 hours per week.
- Minors aged 13-15: Maximum 4 hours per day, 20 hours per week.

Additionally, the Code prohibits night work and overtime for all minors, reinforcing the need to protect their education and development.

By enforcing strict child labor regulations, the Labor Code aligns Vietnam's domestic laws with international labor standards, particularly ILO Conventions No. 138 and No. 182. These measures reflect Vietnam's commitment to eliminating child labor and ensuring a safe environment for all children.

⁵ The Labor Code, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 45/2019/QH14.

6. THE PREVENTION AND COMBATING OF DOMESTIC VIOLENCE ACT 2007

The Prevention and Combating of Domestic Violence Act of 2007⁶ serves as a key legal framework addressing domestic violence, including offenses against children. It aims to prevent, penalize, and provide remedies for domestic abuse while ensuring victim protection and rehabilitation.

Article 3 explicitly prohibits all forms of domestic violence against children, defining it broadly to include physical abuse, psychological harm, and sexual violence. This ensures that offenses such as verbal threats, coercion, humiliation, and physical assault are recognized as serious violations.

Article 5 establishes the legal duty of parents, guardians, and legal custodians to ensure the safety, well-being, and protection of children within the home. This provision extends beyond basic necessities to include emotional support and safeguarding from all forms of violence. Failure to fulfill these obligations may result in legal accountability.

By enacting this legislation, Vietnam aligns its laws with international human rights and child protection standards, including the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC). The Act underscores the state's responsibility to adopt preventative measures, intervention mechanisms, and legal remedies to effectively combat domestic violence and protect vulnerable children.

7. CIRCULAR NO. 23/2010/TT-BLDTBXH

Circular No. 23/2010/TT-BLDTBXH⁷ provides detailed guidelines on preventing and combating child labor in Vietnam. It supplements broader labor laws by outlining the responsibilities of government agencies, employers, and civil society in addressing child labor violations.

A key aspect of the Circular is its classification of hazardous occupations where the employment of minors under 18 years old is strictly prohibited. These include construction, mining, metal processing, and chemical production, industries that pose significant risks due to dangerous machinery, toxic substances, and extreme conditions.

The Circular also establishes monitoring and enforcement mechanisms, granting labor inspectors and government agencies the authority to

⁶ The Prevention and Combating of Domestic Violence Act, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 02/2007/QH12.

⁷ Circular of the Ministry of Labor, No 23/2010/TT-BLDTBXH.

ensure compliance with child labor laws. Employers violating these restrictions may face monetary fines, administrative sanctions, or legal consequences.

By reinforcing existing labor laws and strengthening enforcement, the Circular aligns Vietnam's policies with international labor standards, including ILO Conventions No. 138 and No. 182. It plays a crucial role in protecting children from labor exploitation while ensuring adherence to national and international legal frameworks.

8. THE CONSTITUTION OF VIETNAM

Article 37 of the 2013 Constitution of Vietnam⁸ is a fundamental provision that establishes the legal foundation for the protection of children as a distinct category of citizens requiring special safeguards. The provision acknowledges that children, due to their physical and mental immaturity, are inherently dependent on adults for care, guidance, and protection.

Article 37 mandates that the government and society as a whole undertake proactive measures to shield children from harm and ensure that they are provided with conditions conducive to their holistic development. The state bears the primary responsibility for guaranteeing that children's basic needs—such as food, healthcare, and shelter—are adequately met.

Beyond the fulfillment of physical needs, the Constitution underscores the importance of emotional and psychological well-being, recognizing these as integral to a child's overall development. Furthermore, Article 37 explicitly guarantees the right to education, affirming that education constitutes a fundamental pillar in the empowerment and progression of children.

By enshrining these protections within the constitutional framework, Vietnam underscores its commitment to ensuring the welfare, security, and development of children, in alignment with international legal obligations, particularly those set forth under the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC).

9. DECREE NO. 144/2013/ND-CP

Decree No. 144/2013/ND-CP⁹ is a key legislative instrument in Vietnam that establishes penalties and sanctions for violations of children's rights. It serves as an enforcement mechanism within the child protection

⁸ *Constitution of Vietnam* of November 28, 2013.

⁹ Vietnamese government Decree, no 144/2013/ND-CP.

framework, ensuring legal accountability for individuals and institutions that fail to uphold children's rights.

The primary function of the Decree is to codify penalties for various forms of violations against children, thereby creating a structured legal deterrent to acts that compromise children's safety, well-being, and development. The decree delineates specific offenses and corresponding sanctions, ensuring proportionality between the severity of the violation and the imposed penalty.

The decree holds parents, guardians, teachers, and institutions legally accountable for breaches of their obligations to protect children. It prescribes financial penalties, administrative sanctions, and, in severe cases, criminal liability for non-compliance. The severity of sanctions is graded based on factors such as the nature of the offense, the number of children affected, and the extent of harm inflicted.

For minor infractions, financial penalties may be imposed. However, grave offenses—such as physical abuse, exploitation, or sexual violence—may result in substantial fines, criminal prosecution, and imprisonment.

By providing a clear and enforceable legal structure, Decree No. 144/2013/ND-CP strengthens Vietnam's commitment to child protection and compliance with international human rights obligations, reinforcing the principle that violations of children's rights will not go unpunished.

10. NATIONAL PROGRAMME FOR CHILDREN 2021-2030

The National Programme for Children 2021-2030 (Approved by Decision No. 06/QĐ-TTg) takes a comprehensive approach to child protection, addressing the varied risks children face across different social contexts. The Programme aims to create a safe and supportive environment where children are protected from violence, exploitation, and neglect.

A key objective is the prevention of abuse before it occurs, yet challenges remain, particularly limited access to social services in rural and remote areas. Children in these regions are at higher risk of abuse, trafficking, and neglect due to economic hardship and inadequate infrastructure.

10.1. Challenges in Balancing Protection and Prevention

Despite Vietnam's strong legal framework, enforcement remains inconsistent, particularly in under-resourced areas where child welfare agencies lack funding and training to address cases effectively.

Another issue is underreporting of abuse, driven by social stigma, fear of retaliation, and low public awareness. Many citizens remain unaware of legal protections and reporting mechanisms.

10.2. Gaps in Legal Implementation

Vietnam's child protection laws are well-structured but unevenly applied, with varying interpretations of penalties and enforcement. The Children's Act of 2016 supports child participation in legal proceedings, yet the system often fails to provide necessary support for victims to safely express their needs.

10.3. Psychological and Social Barriers

Abused children frequently suffer severe emotional trauma, worsened by an intimidating legal system. The lack of psychological support during legal proceedings may re-traumatize victims or deter them from seeking justice. Greater emphasis on preventative strategies, community initiatives, and education is needed.

10.4. Economic Challenges and Child Protection

Poverty is a key driver of child abuse and neglect in Vietnam. Many children from low-income households drop out of school to work, increasing their vulnerability to exploitation. While the Penal Code criminalizes child labor, enforcement without economic alternatives can worsen poverty and informal labor issues.

Additionally, financial barriers limit access to education, a critical protective factor. Despite free education guarantees, costs for transportation, uniforms, and materials remain prohibitive, perpetuating cycles of abuse and exploitation.

11. CONCLUSION

The National Programme for Children 2021-2030 is a crucial step in strengthening child protection in Vietnam. However, its success depends on improved enforcement, greater public awareness, and increased investment in social services. Addressing legal gaps, expanding victim support, and providing economic solutions will help Vietnam enhance its child protection system and ensure all children receive the security, education, and support they deserve.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Commentary on the 2015 Penal Code - Part on Crimes, Volume I, Authors' Collective, Private Publishing House, Hanoi 2021;
2. Le Thi Van Anh, *Crime of Human Trafficking and Crime of Child Trafficking under Vietnamese Criminal Law*, Justice Publishing House, Hanoi 2022;
3. Luu, Hoai Bao, Nguyen, Viet Khanh Hoa, *Preventing sexual abuse crimes against children*, Justice Publishing House. Hanoi 2024;
4. Nguyen, Ngoc Chi, *Scientific commentary on the 2015 Penal Code*, National political publication Truth, Hanoi 2024;
5. Trinh, Nhu Quynh, *The Right to Education in Vietnam Today*, Justice Publishing House, Hanoi 2023;
6. Truong, Ngoc Lieu, *Handbook, Prevention of Violence and Child Abuse*, National Political Publishing House Truth, Hanoi 2024.

Legal documents

1. *Constitution of Vietnam* of November 28, 2013;
2. Law on Children, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 102/2016/QH13;
3. Penal Code, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 100/2015/QH13;
4. The Labor Code, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 45/2019/QH14;
5. The Prevention and Combating of Domestic Violence Act, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 02/2007/QH12;
6. The Prevention and Combating Trafficking in Persons Act, *Official Journal of the National Assembly of Vietnam*, No. 66/2011/QH12;
7. Vietnamese government Decree, no 144/2013/ND-CP;
8. Vietnamese government Decree, no 56/2017/ND-CP;
9. Circular of the Ministry of Labor, No 23/2010/TT-BLDTBXH.

Dániel Erb, Ph.D. student

Criminology and Penal Execution Law Department, Faculty of Law,
University of Pécs, Hungary

CORPORATE REPUTATION IN THE LIGHT OF LAW AND COMPLIANCE

Corporate reputation has become one of the most valuable intangible assets today, fundamentally influencing companies' competitiveness, public perception, and long-term viability. This study aims to present the complex concept and value of corporate reputation, along with the legal protection mechanisms available under the Hungarian legal system, with special attention to civil, criminal, and competition law tools. The paper also highlights that reputational risks pose not only legal but also ethical, communicational, and strategic challenges, especially in the digital age, where disinformation, data security breaches, and violations of ethical standards can cause rapid and severe damage. The study places particular emphasis on the role of compliance systems, which serve as one of the most essential tools for the proactive protection of corporate reputation. A practical compliance framework ensures legal and ethical conformity, supports risk management, strengthens transparency and internal controls, thereby contributing to the preservation of corporate credibility and sustainable operation. The study concludes that protecting a reputation is not merely a legal duty, but a strategic imperative and a key factor in securing a company's future.

Key words: Corporate reputation; Compliance; Protection; Proactivity; Ethics; Risk management.

1. INTRODUCTION

Today, corporate reputation is not only a source of competitive market advantage but also one of the most important intangible assets, the protection of which is essential for the long-term survival and growth of businesses. Hungarian legislation provides a range of tools for safeguarding a company's reputation, including civil, criminal, and competition law reme-

dies. The purpose of this study is to present the legal protection of corporate reputation within the current Hungarian legal framework and to demonstrate that a well-structured compliance system can effectively mitigate reputational risks.

But in recent decades, many in the literature have emphasized that reputation is not only about external appearance but also encompasses deeper characteristics of the organization. We can think of identity or culture, along with the values associated with them, for example. As Gray and Balmer¹ argue, corporate reputation is formed at the intersection of corporate identity, communication, and stakeholder perceptions, creating a complex dynamic that must be managed consciously.

Reputation, therefore, has a strategic dimension, and this has become even more important in recent years due to globalization. Its importance is also enhanced by the fact that humanity has undergone numerous technological changes. In response to increased public scrutiny, the boundary between internal organizational reality and external parental expectations is becoming increasingly blurred.

The growing Czech scientific literature on corporate reputation² also emphasizes its multidimensional nature. These include trust, credibility, legitimacy, and social responsibility. A strong reputation can not only improve market performance but also protect companies in times of trouble, thereby facilitating access to capital. On the other hand, reputation damage can lead to significant financial and legal challenges for the organization. These risks highlight the need to integrate legal compliance and governance into reputation management strategies, as corporate misconduct can significantly erode stakeholder trust. The research aims to examine how legal frameworks and compliance mechanisms contribute to the protection and strategic enhancement of corporate reputation in today's business environment.

2. DEFINITION

Corporate reputation is a complex and dynamic concept that encompasses external impressions and perceptions formed about a company. Reputation is not merely a reflection of past performance but also a predictor of future behavior. According to the definition by Fombrun and Shan-

¹ E. R. Gray, J. M. T. Balmer, "Managing Corporate Image and Corporate Reputation", *Long Range Planning* 31/1998, 695–702, [https://doi.org/10.1016/S0024-6301\(98\)00074-0](https://doi.org/10.1016/S0024-6301(98)00074-0), 29 May 2025.

² K. Money et al., "Corporate Reputation Past and Future: A Review and Integration of Existing Literature and a Framework for Future Research", *Corporate Reputation Review* 20/2017, 193–211, <https://doi.org/10.1057/s41299-017-0033-y>, 29 May 2025.

ley (1990), “A corporation’s reputation is a perceptual representation of a company’s past actions and prospects that describes the firm’s overall appeal to all of its key constituents when compared with other leading rivals.”³ This interpretation emphasizes that reputation is a perception-based, collective image formed by stakeholders, including investors, consumers, employees, and partners. A good reputation reflects not only what the company has achieved so far but also how reliable and promising it is perceived to be in the future. Corporate reputation is therefore not just an assessment of the past, but also a strategic asset: it indicates the company’s ability to create value for its stakeholders and how it positions itself relative to its competitors. Reputation is grounded in both emotional and rational impressions, and it has a long-term influence on an organization’s legitimacy, attractiveness, and competitiveness. Scholars have further refined this concept, highlighting that reputation is formed at the intersection of corporate identity, communication, and stakeholder perceptions, forming a multidimensional construct that is actively shaped and managed over time.⁴

It is not synonymous with corporate image, which refers to short-term impressions, but rather represents a more stable and enduring evaluation shaped by accumulated experience and consistent performance.⁵

Reputation also reflects how well an organization aligns its values and behavior with social expectations and how effectively it fulfills its social responsibilities, which significantly influences stakeholder trust and legitimacy.⁶ As such, corporate reputation simultaneously mirrors internal corporate culture and serves as a bridge to external stakeholder relationships, serving not only as a signal of credibility and trustworthiness, but also as a strategic resource that enhances resilience and long-term success.⁷

3. CORPORATE REPUTATION AS A VALUE

Maintaining corporate reputation in today’s economic environment is an increasingly complex task, as companies face a wide range of interrelated threats stemming from the digital age, heightened global transparency,

³ C. Fombrun, M. Shanley, “What’s in a name? Reputation building and corporate strategy”, *Academy of Management Journal* 33(2), 1990, 233–258.

⁴ E. R. Gray, J. M. T. Balmer, 695–702.

⁵ G. Martín-de Castro *et al.*, “Corporate Environmental Reputation: Exploring its Definitional Landscape”, *Business Ethics: A European Review* 29/2020, 814–830, <https://doi.org/10.1111/beer.12284>, 5 October 2025.

⁶ S. J. Brammer, S. Pavelin, “Corporate Reputation and Social Performance: The Importance of Fit”, *Journal of Management Studies* 43/2006, 435–455, <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2006.00597.x>, 5 October 2025.

⁷ K. Money *et al.*, 193–211.

and rising social sensitivity. One of the most significant risks arises from data security incidents and cyber threats. The protection of personal and business data has become a fundamental expectation; therefore, data breaches, system hacks, or the leakage of customer information can lead to a severe loss of trust and often result in legal proceedings or substantial financial penalties. Such incidents can cast a long-lasting shadow over a company's credibility.

Deficiencies in ethical conduct and corporate social responsibility also pose considerable threats. Customers, partners, and the broader public are increasingly attentive to how companies approach environmental protection, labor rights, and human rights issues. A pollution scandal, a case of discrimination, or abuses discovered in the supply chain can quickly bring a company under public scrutiny, and restoring trust may take significant time and effort.

The spread of disinformation and fake news on social media represents another significant reputational risk. False or misleading content can circulate rapidly on online platforms, fueling smear campaigns. These attacks are difficult to counter swiftly and effectively, while fact-based corrections often reach the public much more slowly. Social media's viral nature means that even a single negative post can trigger a snowball effect, amplified by algorithms. This challenge is further exacerbated by competitors who may deliberately exploit negative publicity or targeted online defamation to damage a company's reputation.

Reputation can also be harmed by poor crisis management. Communication failures during incidents such as accidents, product recalls, or service outages, including delays, lack of transparency, or denial of responsibility, tend to intensify public disapproval and deepen the impact of the crisis. Irresponsible use of artificial intelligence presents a similarly high risk. If a company uses AI in unethical ways, for example, by deploying biased algorithms or manipulating consumer behavior, its credibility can be quickly undermined, leading to a loss of trust.

Quality should not be overlooked either. Poor products, repeated malfunctions, or inadequate customer service can generate swift negative backlash, especially in a digital environment where consumer reviews spread rapidly. Negative experiences can go viral and inflict long-term damage to a company's reputation.

Finally, taking a stance on social and political issues is a double-edged sword. A company's position may enhance its reputation if perceived as authentic and consistent, but divisive or performative messaging can provoke backlash among customers and partners.

All these factors combined underscore the need for companies to build and protect their reputation more deliberately and strategically than ever before in an environment that is constantly evolving.

4. LEGAL PROTECTION

The protection of corporate reputation is supported by the complementary operation of three branches of law. Civil law serves to remedy legal harm and prevents further infringements of rights. Criminal law addresses the most severe and socially dangerous attacks with sanctions. Competition law contributes by maintaining fair market conditions, thereby indirectly safeguarding corporate reputation.

Act V of 2013 on the Civil Code of Hungary (Ptk.) outlines the general protection of personality rights in Section 2:42. It states: "(1) Everyone has the right to freely enforce their personality rights including, in particular, the rights to private and family life, home, communication and contact with others by any means or methods, and to reputation within the limits of the law and the rights of others, and no one may prevent them from doing so.

(2) Everyone shall respect human dignity and the personality rights deriving from it. This Act protects these personality rights.

(3) Conduct to which the affected person has consented shall not constitute an infringement of personality rights."⁸ These general provisions also apply to legal entities, including companies, as stated in Section 3:1 of the Civil Code: "A legal person has legal capacity: it may have rights and obligations."⁹ Section 2:43 d) of the Civil Code lists explicitly the infringement of personality rights as including: "violation of honor and reputation."¹⁰ The most relevant provision regarding corporate reputation is Section 2:45: "(1) An infringement of honor is particularly constituted by an opinion that, due to its manner of expression, is unduly offensive and capable of negatively influencing a person's social perception.

(2) An infringement of reputation is particularly constituted by the statement or dissemination of a false fact concerning another person, or by presenting a point in a misleading manner that harms the person."¹¹

This means that the violation is not limited to deliberately spreading falsehoods. It also includes situations where accurate information is pre-

⁸ Act V of 2013 on the Civil Code of Hungary, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?-docid=a1300005.tv>, 20. 5. 2025.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

sented in a way that leads to misleading and damaging conclusions about the company. To establish a violation, it is sufficient to prove the illegality and the existence of the infringement. The occurrence of actual damage is not a prerequisite for the application of legal consequences. The possible legal consequences include: an injunction to cease the infringement, restitution (e.g. an apology), compensation for damages, and restitution of unjustly acquired financial benefits. These legal remedies aim to restore the company's reputation and prevent further violations.

When a company or its representatives are subjected to false, defamatory statements or offensive expressions, criminal law can also serve as a tool to protect their reputation. Several provisions of the Hungarian Criminal Code (Act C of 2012) may be applied in such cases. Defamation, criminal consequences of false statements of fact: Section 226 (1) of the Criminal Code states: "Anyone who states or disseminates a fact that is capable of damaging another person's honor, or uses an expression directly referring to such a fact, in front of others, commits a misdemeanor and may be punished with up to one year of imprisonment."¹² If the act is committed in a public setting, with malicious intent, or causes significant harm to interests, the punishment may be up to two years of imprisonment.

This is particularly relevant for companies when false and damaging statements such as allegations of financial misconduct, unlawful operations, or unethical behavior are spread in the press, on social media, or other public forums. Specific criminal provisions also apply to defamatory acts carried out in digital environments.

Section 226/A (1) addresses the creation of fake recordings: "Anyone who, with the intention of damaging another's honor, creates a false, forged, or misleading audio or visual recording, where the act does not constitute another criminal offense, commits a misdemeanor and may be punished with up to one year of imprisonment."¹³

Section 226/B (1) pertains to the dissemination of such materials: "Anyone who, with the intention of damaging another's honor, makes a false, forged, or misleading audio or visual recording accessible to others, commits a misdemeanor and may be punished with up to two years of imprisonment."¹⁴ In aggravated cases, these offenses may be punishable by up to three years of imprisonment.

Insult, exceeding the boundaries of opinion: Unlike defamation, which involves false statements of fact, insult refers to the use of offensive lan-

¹² Act C of 2012 Hungarian Criminal Code, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a-1200100.tv>, 15. 6. 2025.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

guage or behavior. According to Section 227 (1) b) of the Criminal Code: “Anyone who uses an expression capable of damaging another’s honor or commits another similar act in a public setting, commits a misdemeanor and may be punished with up to one year of imprisonment.”¹⁵ This is a common source of conflict, for instance, when a company executive is publicly labeled as “corrupt” without any factual basis, or when an employee is publicly criticized in a humiliating manner.

Limits of opinion and freedom of the press: The law provides a significant exemption, neither defamation nor insult is punishable if committed in the course of free discussion of public affairs, through a press product or media service, provided that the communication does not constitute an apparent and serious degrading denial of the victim’s human dignity. Section 226 (3) of the Criminal Code states: “Defamation is not punishable if committed in the context of free discussion of public affairs through a press product or media service, provided that the act does not constitute a clear and seriously degrading denial of the victim’s human dignity.”¹⁶ Similarly, Section 227 (3) adds: “Insult is not punishable if committed in the context of free discussion of public affairs through a press product or media service, provided that the act does not constitute a clear and serious degrading denial of the victim’s human dignity.”¹⁷ This rule serves to protect democratic public discourse but does not extend to malicious or defamatory content intended to discredit. For companies, it is crucial to understand where the line lies between legitimate criticism and unlawful defamation.

Section 2 of Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices states: “It is prohibited to engage in economic activities unfairly, particularly in a manner that infringes or endangers the lawful interests of customers, buyers, users, or consumers (hereinafter collectively: business partners), or competitors, or that violates the requirements of business fairness.”¹⁸ Of particular relevance to this topic is Section 3, which provides: “It is prohibited to harm or endanger the good reputation or creditworthiness of a competitor by asserting or disseminating false facts, presenting facts in a misleading manner, or through any other conduct.”¹⁹ These provisions are specifically designed to protect fair market conditions. The Hungarian Competition Authority (Gazdasági

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=99600057.tv>, 10. 6. 2025.

¹⁹ *Ibid.*

Versenyhivatal, GVH) assesses not only individual harm but also the impact on the fair functioning of the market as a whole. In the context of corporate reputation, this legal framework is especially significant as it enables the sanctioning of defamatory actions committed by competitors. The GVH is empowered to impose fines, order the cessation of unlawful conduct, and even require the public disclosure of the infringement. Such measures can play a key role in restoring a company's reputation after it has been unfairly targeted.

5. COMPLIANCE AS A PROACTIVE TOOL FOR PROTECTING CORPORATE REPUTATION

Compliance in corporate operations refers to ensuring that all business activities are conducted in accordance with applicable legal, ethical, and industry-specific standards. As a mechanism for protecting corporate reputation, a compliance system plays a crucial role in maintaining and enhancing a company's positive image while mitigating potential harm. The following outlines how a compliance framework can serve as an effective tool for safeguarding corporate reputation.

Ensuring legal compliance and avoiding legal disputes: One of the core functions of a compliance system is to ensure adherence to relevant laws and regulations. Companies must comply not only with domestic legislation but also with international legal standards to avoid legal consequences such as fines or lawsuits. These issues can seriously damage a company's reputation, as the public tends to respond negatively to organizations involved in legal violations. For example, complying with GDPR requirements for personal data protection helps prevent massive penalties and data privacy scandals, both of which could severely harm a company's reputation.

Upholding ethical standards and reinforcing corporate culture: Compliance is not limited to legal requirements; it also encompasses adherence to moral norms that reflect the company's core values. When a company respects not only the law but also ethical principles, external stakeholders such as customers, partners, and the public are more likely to view the company positively. Strengthening an ethical corporate culture is crucial for maintaining a strong reputation over the long term. Fair business practices, such as adhering to the principles of fair competition, respecting employee rights, and committing to sustainable operations, enhance the company's standing as an ethically responsible entity.

Proactive risk management and rapid response to issues: A robust compliance system enables the company to proactively manage risks and respond swiftly to emerging problems before they escalate into significant

reputational damage. By identifying and addressing risks early, the company can minimize potential harm. For instance, if a product is found to be non-compliant with safety standards, the compliance system can facilitate a fast and effective recall process, helping the company prevent a public scandal. A compliance system enables the company to operate transparently and communicate effectively with stakeholders, including customers, suppliers, regulators, and the general public. Transparency not only facilitates legal compliance but also strengthens the company’s trust capital, a vital asset in protecting its reputation. For example, when a company responds quickly and openly to public mistakes, such as product defects or data breaches, it reinforces trust. In contrast, secrecy and delayed responses can severely damage a reputation. In his study, “Protecting Corporate Reputational Capital in Times of Crisis”, Attila Marcsa emphasizes the importance of early and frequent communication, as well as understanding the role of the media, among the most critical actions in crisis response.²⁰

Internal Controls and Accountability: A compliance system establishes adequate internal controls that help ensure business operations align with expectations. Mechanisms such as ethics committees, regular audits, and incident reporting systems enable the company to detect and address issues promptly, preventing long-term reputational damage. A clear example is when a company quickly and adequately responds to an employee’s unethical conduct, demonstrating that it takes ethical standards seriously and does not tolerate violations.

Continuous Improvement and Regulatory Compliance: A robust compliance program empowers the company to continually enhance its operations and remain aligned with the latest legal developments and industry standards. Ongoing compliance ensures that the company meets not only current regulations but is also prepared for future legal and market challenges. For instance, a company that consistently updates its GDPR-related policies and adapts to new data protection requirements minimizes both legal risks and reputational threats arising from improper data handling.

External Audits and Independent Evaluation: External audits and independent assessments ensure that a company is compliant not only in accordance with its own internal benchmarks but also in line with industry standards. External experts examine the company’s operations and help identify potential areas for improvement. Third-party oversight enhances credibility and reduces the likelihood of allegations related to corruption, fraud, or unethical conduct. For example, an independent audit can uncov-

²⁰ A. Marcsa, “A vállalati reputációs tőke megóvása krízis idején”, *Vezetéstudomány* XL, évf. 2009, különszám, Budapest 2009.

er vulnerabilities in financial processes, enabling the company to ensure adherence to the highest legal and ethical standards.

In summary, the compliance system plays a crucial role in protecting a corporation's reputation. Ensuring legal and ethical compliance helps prevent reputationally damaging legal scandals, moral failures, and public backlash. Through strict adherence to regulations and proactive risk management, the company strengthens stakeholder trust, maintains a positive public image, and lays the foundation for long-term success.

6. COMPLIANCE AND THE PROTECTION OF CORPORATE REPUTATION

Compliance plays a crucial role in preserving a corporate reputation because it ensures that corporate operations are consistent and in line with legal and ethical regulatory expectations. It effectively establishes a mechanism within the company's operations to comply with current legal requirements as much as possible, which can be seen as an incentive to build the company's good reputation. In addition to its traditional function of preventing legal abuse, compliance can also be classified as a proactive strategic tool, as it protects corporate value and the trust of stakeholders.²¹ A systematically thought-out compliance program also contributes to transparency and accountability by integrating it into the corporate culture.²² By identifying and addressing potential legal or ethical risks early, companies reduce the likelihood of fines, scandals, or regulatory actions that could damage their credibility and market position.²³

Executive reputation is also closely linked to compliance performance. Companies led by CEOs with strong reputations are often better positioned to overcome environmental and legal challenges, as their credibility provides reputational protection in times of crisis.²⁴ At the same time, compliance fosters stakeholder trust by demonstrating that the company operates responsibly and transparently, thereby increasing its legitimacy and social

²¹ M. H. Baer, "Governing Corporate Compliance", *Boston College Law Review* 50/2009, 949–1019, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol50/iss4/2>, 5 October 2025.

²² S. O. Bayo, E. O. Emotongha, "Reputational Compliance: A Mechanism for Corporate Reputation and Ethical Responsibility", *Rajagiri Journal of Management and Public Policy* 1/2021, 1105–1114, <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.10210.79042>, 5 October 2025.

²³ K. Z. Zhou, Y. Li, H. Zhao, "CEO Reputation and Corporate Environmental Compliance: Can CEO Reputation Shield Firms from Environmental Violations?", *Frontiers in Psychology* 12/2021, 1–12, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2021.681276>, 5 October 2025.

²⁴ *Ibid.*

license to operate.²⁵ Ultimately, integrating compliance into corporate strategy transforms it from a mere legal obligation to a key driver of long-term reputational resilience and competitive advantage.²⁶

7. CONCLUSION

In today’s business environment, corporate reputation is not merely a symbolic asset; it has a direct impact on a company’s competitiveness, public perception, and financial performance. This study has demonstrated that protecting reputation is a complex, multidimensional task that encompasses not only legal but also strategic, ethical, and communicational considerations. The Hungarian legal system, through its civil, criminal, and competition law instruments, provides companies with means to act effectively in the event of legal violations. However, a purely reactive approach is not sufficient.

To manage reputational risks effectively, it is crucial to establish a robust compliance system that is deeply ingrained in the company’s organizational culture. Such a system is not only a guarantee of legal compliance but also a foundation for corporate integrity, transparency, and ethical conduct. Compliance functions as a proactive tool, identifying and addressing risks in advance, strengthening internal controls, and ensuring continuous adaptation to an evolving environment.

The company of the future must not only “perform well” but must also appear to act responsibly, credibly, and ethically. Reputation reflects this complex corporate identity. A company that neglects to manage its reputation consciously risks not only losing public trust but also jeopardizing its market position and long-term sustainability. Protecting reputation, therefore, is nothing less than securing the future of the business.

²⁵ Rajagiri Journal of Management and Public Policy (RJMP), “Compliance and Corporate Reputation”, *Rajagiri Journal of Management and Public Policy* 1/2021, 1110–1114, <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.10210.79042>, 5 October 2025.

²⁶ M. H. Baer, 949–1019.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Baer, Miriam Hechler, "Governing corporate compliance" *Boston College Law Review* 50/2009, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr-vol50/iss4/2>;
2. Bayo, S. O., Emotongha, E. O., "Reputational compliance: A mechanism for corporate reputation and ethical responsibility", *Rajagiri Journal of Management and Public Policy* 1/2021, <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.10210.79042>;
3. Brammer, Stephen J., Pavelin, Stephen, "Corporate reputation and social performance: The importance of fit", *Journal of Management Studies* 43/2006, <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2006.00597.x>;
4. Fombrun, Charles, Shanley, Mark, "What's in a name? Reputation building and corporate strategy", *Academy of Management Journal* 33(2), 1990;
5. Gray, Edmund, Balmer, John M. T., "Managing corporate image and corporate reputation", *Long Range Planning* 31/1998, [https://doi.org/10.1016/S0024-6301\(98\)00074-0](https://doi.org/10.1016/S0024-6301(98)00074-0);
6. Marcsa, Attila, "A vállalati reputációs tőke megóvása krízis idején", *Vezetéstudomány* XL évf. különszám, Budapest 2009;
7. Martín-de Castro, Gregorio, Amores-Salvadó, Javier, Navas-López, José E., Balarezo-Nuñez, Remy, "Corporate environmental reputation: Exploring its definitional landscape", *Business Ethics: A European Review* 29/2020, <https://doi.org/10.1111/beer.12284>;
8. Money, K., Saraeva, A., Garnelo-Gomez, I., Pain, S., & Hillenbrand, C., "Corporate reputation past and future: A review and integration of existing literature and a framework for future research", *Corporate Reputation Review* 20/2017, <https://doi.org/10.1057/s41299-017-0033-y>;
9. Rajagiri Journal of Management and Public Policy (RJMP), "Compliance and corporate reputation", *Rajagiri Journal of Management and Public Policy* 1/2021, <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.10210.79042>;
10. Zhou, K. Z., Li, Y., Zhao, H., "CEO reputation and corporate environmental compliance: Can CEO reputation shield firms from environmental violations?", *Frontiers in Psychology* 12/2021, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2021.681276>.

Legal documents

1. Act C of 2012 on the Hungarian Criminal Code. <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1200100.tv>;
2. Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=99600057.tv>;

3. Act V of 2013 on the Civil Code of Hungary. <https://net.jogtar.hu/-jogszabaly?docid=a1300005.tv>.

Данијел Ерб, докторанд

Правни факултет, Катедра за криминологију и кривично право,
Универзитет у Печују, Мађарска

ПОСЛОВНИ УГЛЕД У СВЕТЛУ ПРАВА И УСКЛАЂЕНОСТИ

Сажетак

Пословни углед је постао једно од највреднијих нематеријалних добара данас, фундаментално утичући на конкурентност компанија, перцепцију јавности и дугорочну одрживост. Ова студија има за циљ да представи сложени концепт и вриједност пословног угледа, заједно са механизмима правне заштите доступним у оквиру мађарског правног система, са посебним освртом на средства грађанског, кривичног и права конкуренције. У раду се такође истиче да ризици по углед представљају не само правне већ и етичке, комуникацијске и стратешке изазове, посебно у дигиталном добу, гдје дезинформације, кршење безбедности података и кршење етичких стандарда могу проузроковати брзу и озбиљну штету. Студија ставља посебан нагласак на улогу система усклађености, који служи као један од најважнијих алата за проактивну заштиту корпоративног угледа. Практичан оквир усклађености обезбеђује правну и етичку усклађеност, подржава управљање ризицима, јача транспарентност и интерне контроле, чиме доприноси очувању корпоративног кредибилитета и одрживог пословања. Студија закључује да заштита угледа није само законска обавеза, већ стратешки императив и кључни фактор у обезбјеђивању будућности компаније.

Кључне ријечи: *Пословни углед; Усклађеност; Заштита; Проактивност; Етика; Управљање ризицима.*

**СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У
ЗБОРНИКУ РАДОВА
„ПРАВО ИЗМЕЂУ ЗАШТИТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ“,
У ПЕТ ТОМОВА
СА XIII НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ
ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
који је одржан 26. октобра 2024. год. на Палама
(по азбучном реду, са знаком државе из које су)**

1. Аврамовић, Драгутин, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
2. Алихоџић, Јасмина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
3. Амповска, Марија, редовни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу, Сјеверна Македонија;
4. Бабић, Илија, редовни професор у пензији, Београд, Република Србија;
5. Батуран, Лука, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
6. Бејатовић, Станко, академик и редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
7. Благоић, Драган, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
8. Божић, Радомир, редовни професор Економског факултета, Пале, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
9. Бојанић, Бојан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
10. Бојић, Филип, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
11. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
12. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Васиљевић, Драгана, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
14. Васиљевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;

15. Видић, Марија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
16. Влашки, Бојан, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
17. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
18. Врањеш, Невенко, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
19. Вујовић, Огњен, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
20. Вуковић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
21. Вучетић, Дејан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
22. Вучић, Михајло, виши научни сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
23. Георгиевски, Сашо, редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
24. Говедарица, Младенка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
25. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
26. Голубовић, Срђан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
27. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
28. Грубешкић, Ивана, доцент Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
29. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
30. Дамјановић, Јелена, ванредни професор Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
31. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
32. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;

33. Димитријевић, Марина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
34. Димитријевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
35. Димитријевић, Предраг, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
36. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
37. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
38. Дреновак Ивановић, Мирјана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
39. Дуић, Дуња, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта „Јосип Јурај Strossmayer“ у Осијеку, Република Хрватска;
40. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
41. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
42. Ђокић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
43. Ђорђевић Алексовски, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
45. Здравковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
46. Здравковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
47. Зембрзуски, Тадеуш, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Варшави, Пољска;
48. Илић Попов, Гордана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
49. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
50. Иринеску, Луција, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Александар Јоан Куза“ у Јашију, Румунија;
51. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
52. Јовановић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу;
53. Јовић, Растко, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Београду;
54. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;

55. Јодановић, Ајна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бихаћу, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
56. Јотановић, Раденко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
57. Јурковић, Цвија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
58. Камбовски, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу, Сјеверна Македонија;
59. Капоте Перез, Луис Хавијер, ванредни професор, Правни факултет Универзитета Ла Лагуна, Тенерифе, Шпанија;
60. Каркалис, Јоанис, редовни професор, судија Врховног суда Грчке, Република Грчка;
61. Кнежевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
62. Ковачевић, Љубинка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
63. Ковачевић, Славиша, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
64. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
65. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
66. Кривокапић, Борис, редовни професор Пословног и правног факултета Универзитета „МБ“ у Београду и Правног факултета Самарског националног универзитета „С. П. Королјов“, Самара Русија, Република Србија;
67. Кршљанин, Нина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
68. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
69. Лалевска, Теа, доцент Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
70. Лалић, Срђан, редовни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
71. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Република Италија;
72. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
73. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
74. Лукић, Радомир, редовни професор, Уставни суд Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;

75. Марић, Бојан, ванредни професор Саобраћајног факултета, Добој, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
76. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
77. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
78. Матић Матешковић, Инес, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
79. Мезеи, Петер, редовни професор Факултета правних и политичких наука Универзитета у Сегедину, Република Мађарска;
80. Мехмедовић, Емир, ванредни професор Факултета за управу Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
81. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
82. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Милисављевић, Бојан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
84. Милић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
85. Милотић, Иван, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
86. Милутин, Милан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
87. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
88. Мићин, Саша, ванредни професор Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
89. Михајловић, Борко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
90. Мишковић, Маша, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
91. Мораит, Бранко, редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
92. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;

93. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
94. Никач, Жељко, редовни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
95. Николајев, Амина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
96. Омердић, Џенета, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
97. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
98. Пајванчић, Маријана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
99. Пајић, Денис, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
100. Паламарчук, Евгениј Александрович, ванредни професор, Ростовски институт (одјелење) Сверуског државног универзитета правде у Ростову на Дону; Донски државни технички универзитет, Ростов на Дону, Руска Федерација;
101. Петровић, Далибор, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
102. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
103. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
104. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
105. Поповић, Предраг, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
106. Пржеска, Тина, редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Ћирило и Методије“, Скопље, Република Сјеверна Македонија;
107. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
108. Пупић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
109. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
110. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
111. Раковић, Ђорђе, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;

112. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
113. Ребић, Младен, редовни професор, Економски факултет Пале, Универзитет у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
114. Ринолфи, Кристијана Марија Анастасија, доцент Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија
115. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
116. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
117. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
118. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
119. Самарцић, Сандра, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
120. Самарцић, Стефан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
121. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
122. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
123. Скибинска, Магдалена, доцент на Институту за правне студије, Универзитет Зелена Гора, Пољска;
124. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
125. Старчевић, Јелена, доцент, Министарство за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;
126. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за политичке студије, Београд, Република Србија;
128. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
129. Тешић, Ненад, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
130. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;

131. Тубић, Бојан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
132. Тузов, Данил Олегович, редовни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Висока школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
133. Турлуковски, Јарослав, ванредни професор, Директор Истраживачког центра за право Источне Европе и Централне Азије, Факултет за право и администрацију, Универзитет у Варшави, Пољска;
134. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
135. Ђорац, Санда, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
136. Хајдаровић, Сунчица, доцент, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
137. Хаубрих, Викторија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
138. Хаци Стевић, Брано, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
139. Хацић, Мехмед, редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
140. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
141. Џуцић, Вук, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
142. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
143. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
144. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
145. Шетка, Гојко, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
146. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска.

**LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN
PROCEEDINGS
"LAW BETWEEN PROTECTION AND ABUSE"
IN FOUR VOLUMES
WITH XII SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE
DAY OF THE FACULTY OF LAW
which was held on 26 October 2024, 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 Krivokapić, Boris, PhD, Faculty of Business and Law, MB University Belgrade, Republic of Serbia, and Faculty of Law, Samara National University "S. M. Korolev" Samara, Russian Federation;
3. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
4. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
5. Full Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
6. Full Professor Avramović, Dragutin, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
7. Full Professor Babić, Ilija, PhD, Retired Professor, Belgrade, Republic of Serbia;
8. Full Professor Božić, Radomir, PhD, Faculty of Economics, Pale, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
9. Full Professor Brković, Radoje, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
10. Full Professor Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
11. Full Professor Dimitrijević, Marina, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
12. Full Professor Dimitrijević, Predrag, 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 Drenovak Ivanović, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
16. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
17. Full Professor Georgievski, Sašo, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Northern Macedonia;
18. Full Professor Gocevski, Dragan, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of North Macedonia;
19. Full Professor Golubović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
20. Full Professor Govedarica, Mladenka, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
21. Full Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
22. Full Professor Ilić Popov, Gordana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
23. Full Professor Jašarević, Senad, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
24. Full Professor Jotanović, Radenko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
25. Full Professor Jovanović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac;
26. Full Professor Jović, Rastko, PhD, Faculty of Orthodox Theology, University of Belgrade;
27. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
28. Full Professor Karkalis, Ioannis, Supreme Court of Greece Judge, Republic of Greece;
29. Full Professor Kovačević, Ljubinka, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
30. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
31. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
32. Full Professor, Lukić, Radomir, Constitutional Court of Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
33. Full Professor Lobrano, Giovanni, PhD, Pontifical Catholic University of Peru, University of Sassari, Republic of Italy;

34. Full Professor Lončar, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
35. Full Professor Marković, Goran, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
36. Full Professor Marković, Ivanka, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
37. Full Professor Mezei, Peter, PhD, Faculty of Law and Political Sciences, University of Szeged, Hungary;
38. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
39. Full Professor Milisavljević, Bojan, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
40. Full Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
41. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
42. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
43. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
44. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
45. Full Professor Nikač, Željko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
46. Full Professor Omerdić, Dženeta, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of BH;
47. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
48. Full Professor Pajvančić, Marijana, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad;
49. Full Professor Planojević, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
50. Full Professor Popović, Dušan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
51. Full Professor Pržeska, Tina, PhD, Faculty of Law Iustinianus Primus, University "Ss. Cyril and Methodius" in Skopje, Republic of North Macedonia;
52. Full Professor Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

54. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
55. Full Professor Rebić, Mladen, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
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 Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
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 Tubić, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
63. Full Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
64. Full Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
65. Full Professor Vučetić, Dejan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
66. Full Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Zembrzuski, Tadeusz, PhD, Faculty of Law, University of Warsaw, Poland;
68. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
69. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
70. Associate Professor Bojanić, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
71. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
72. Associate Professor Capote Pérez, Luis Javier, PhD, Faculty of Law, University La Laguna, Tenerife, Spain;
73. Associate Professor Ćorac, Sanda, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

74. Associate Professor Cucić, Vuk, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
76. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
77. Associate Professor Damjanović, Jelena, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
78. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
79. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
80. Associate Professor Dimitrijević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
81. Associate Professor Duić, Dunja, PhD, Faculty of Law, University "Josip Juraj Strossmayer" in Osijek, Republic of Croatia;
82. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Haubrich, Viktorija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
86. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
87. Associate Professor Irinescu, Lucia. PhD, Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania;
88. Associate Professor Jodanović, Ajna, PhD, Faculty of Law, University of Bihać;
89. Associate Professor Jurković, Cvija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina, Bosnia and Herzegovina;
90. Associate Professor Knežević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
91. Associate Professor Kovačević, Slaviša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;

92. Associate Professor Kršljanin, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
93. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
94. Associate Professor Marić, Bojan, PhD, Faculty of Transport, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
95. Associate Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
96. Associate Professor Mehmedović, Emir, PhD, Faculty of Administration, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
97. Associate Professor Mićin, Saša, PhD, Faculty of Security Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
98. Associate Professor Mihajlović, Borko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
99. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
100. Associate Professor Nikolajev, Amina, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
101. Associate Professor Pajić, Denis, PhD, Faculty of Law, University "Džemal Bijedić" of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
102. Associate Professor Palamarchuk, Evgenii Aleksandrovitch, PhD, Rostov Institute (branch) All-Russian State University of Justice (RPA of the Ministry of Justice of Russia) in Rostov-on-Don; Don State Technical University, Rostov-on-Don, Russian Federation;
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 Tešić, Nenad, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
110. Associate Professor Turlukowski, Jaroslaw, PhD, Director of the Research Centre for Eastern Europe and Central Asia Law, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, Poland;
111. Associate Professor Vidić, Marija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
112. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
113. Associate Professor Vranješ, Nevenko, PhD, Faculty of Political sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
114. Associate Professor Vuković, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
115. Associate Professor Zdravković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
116. Associate Professor Zdravković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
117. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Assistant professor Baturan, Luka, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia
120. Assistant professor Bojić, Filip, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
121. Assistant Professor Čelić, Duško, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
122. Assistant Professor Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
123. Assistant Professor Đorđević Aleksovski, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
124. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
125. Assistant professor Grubešić, Ivana, PhD, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
126. Assistant Professor Hadži Stević, Brano, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant Professor Hajdarović, Sunčica, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;

128. Assistant Professor Kreštalica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
129. Assistant Professor Lalevska, Tea, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of North Macedonia;
130. Assistant Professor Milić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
131. Assistant Professor Milutin, Milan, PhD, Faculty of Law, Faculty of Law, University of Novi Sad
132. Assistant Professor Mišković, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
133. Assistant Professor Popović, Predrag, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Pupiće, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
135. Assistant Professor Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy.
136. Assistant Professor Samardžić, Sandra, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
137. Assistant Professor Samardžić, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
138. Assistant Professor Šetka, Gojko, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
139. Assistant Professor Skibińska, Magdalena, PhD, Institute of Law Studies, University of Zielona Góra, Republic of Poland;
140. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
141. Assistant Professor Toth, David, PhD, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary;
142. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
143. Assistant Professor Vasiljević, Dragana, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
144. Assistant Professor Vlaški, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska
145. Research Associate Stjepanović, Bogdana M., PhD, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

НАУЧНИ скуп "Право између заштите и злоупотребе" (13 ; 2024
; Пале)

Зборник радова "Право између заштите и злоупотребе".
Том 3 = Collection of Paper "Law Between Protection and Abuse".
Vol. 3 : XIII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп одржан 26. октобра 2024. год. на
Палама / [оргнизатор] Правни факултет Универзитета у
Источно Сарајеву ; [суорганизатори] Европска организација
за јавно право... [и др.] ; [коуредници Димитрије Ћеранић ... [и
др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2025 (Лакташи :
Графомарк). - XVIII, 589 стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Радови на срп., рус. и енгл. и језику. - Тираж
65. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-99938-57-93-8

COBISS.RS-ID 143316737