



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

„Правне празнине и пуноћа права“

Том III

COLLECTION OF PAPERS

“Legal gaps and the completeness of law“

Vol. III

XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама

УДК 34(082)

ISBN 978-99938-57-85-3

Источно Сарајево, 2024. 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

“Legal gaps and the completeness of law“

Vol. III

ЗБОРНИК РАДОВА

„Правне празнине и пуноћа права“

Том III

The XII Scientific conference on
The occasion of the Day of the Faculty of Law,
International scientific conference,
held in Pale, 28 October 2023

UDC 34(082)

ISBN 978-99938-57-85-3

East Sarajevo, 2024

ЗБОРНИК РАДОВА

XII 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 28. октобра 2023. год. на Палама, на тему:
„ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“

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 Радислав Лале
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
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
Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма
Виши асс. Љубана Сладић, ма
Виши асс. Брано Хаџи Стевић, ма

Штампа

Графомарк, Лакташи

Тираж

70 примјерака

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

COLLECTION OF PAPERS

The XII Scientific conference on The occasion of The Day of The Faculty of Law,
on general topic „Legal gaps and the completeness of law“, 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 Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
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
Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić
Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević
Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić
Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević

Printing

Grafomark, Laktaši

Circulation

70 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 дејателности Финансовог универзитета при Правительстве Российской Федерации, член исполкома Междунaродног сојуза 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 Источном Сарајеву, БиХ, Република Српска

Проф. др Туњица Петрашевић, Правни факултет Свеучилишта

„Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска

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

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

Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска

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 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; Мр Нинослава Радић; Виши асистент Ђорђе Перишић, мр;

Виши асистент Ивана Лазаревић, ма; Виши асистент Љубана Сладић, ма;

Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

Коуредници

Проф. др Димитрије Ђеранић; Проф. др Радислав Лале; Проф. др Свјетлана Ивановић;

Доц. др Ђорђе Мариловић; 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. Tunjica Petrašević, Full Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;

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 (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary;

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

Prof. Dunja Duić, Associate Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;

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; Associate Professor Dimitrije Čeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Full Professor Samir Aličić; Associate Professor Svjetlana Ivanović;

Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Dragana Damjanović; 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.; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Čeranić; Associate Professor Radislav Lale;

Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Правне празнине и пуноћа права“, који је одржан 28. октобар 2023. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

**ПОКРОВИТЕЉУ СКУПА – ОЛИМПИЈСКОМ ЦЕНТРУ ЈАХОРИНА,
директору Олимпијског центра г. Дејану Љевнаићу,**

**Предсједнику Републике Српске,
г. Милораду Додику,**

**Предсједнику Владе Републике Српске,
г. Радовану Вишковићу,**

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

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

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

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

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

Адвокату из Бијељине, г. Горану Василићу

Начелнику Општине Источно Ново Сарајево, г. Јовану Катићу

Начелнику Општине Источна Илица, г. Маринку Божовићу

Начелнику Општине Трново, г. Драгомиру Гаговићу

Начелнику Општине Калиновик, г. Радомиру Сладоју



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 **XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2023. години био највећи научни скуп у области права у југо-источној Европи и можда чак и највећи 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 XII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law on the general topic „LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW“, which was held in Pale on 28 October 2023. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

**The Sponsor of the Conference Olympic center Jahorina,
Director of the Olympic center Mr. Dejan Ljevnaić,**

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

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

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

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

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.**

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

Attorney from Bijeljina, Mr. Goran Vasilčić

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

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

Mayor of the Municipality of Trnovo, Mr. Dragomir Gagović

Mayor of the Municipality of Kalinovik, Mr. Radomir Sladoje



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 XII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2023 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences in Southeast Europe and maybe the largest 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	XV
-----------------	----

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 1

<i>Проф. др Гордана Станковић</i> ЕВЕНТУАЛНО ПАСИВНО СУПАРНИЧАРСТВО	1
<i>Проф. др Бранко Мораит</i> ЗАШТИТА ЛИЧНОСТИ ОД КЛЕВЕТЕ	22
<i>Проф. др Илија Бабић</i> УГОВОР О ПОКЛОНУ – РАСКИД И ОПОЗИВ. ПРАВНА ПРАВИЛА И ПРЕДНАЦРТ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА ИЗ 2015.	43
<i>Проф. др Станка Стјепановић</i> МОЖЕ ЛИ ПРУЖАЛАЦ БЕСПЛАТНИХ УСЛУГА НА ИНТЕРНЕТУ ОДГОВАРАТИ ЗА ШТЕТУ НАСТАЛУ ДЕТРАНЗИТИМА?	62
<i>Проф. др. сци. Драган Боланча</i> СПАШАВАЊЕ НА МОРУ (УНУТАРЊИМ ВОДАМА) – ОД РИМСКОГ ПРАВА ДО СУВРЕМЕНОГ ДОБА	79
<i>Проф. др Наташа Стојановић</i> ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА УНИВЕРЗАЛНОСТИ У НАСЛЕЂИВАЊУ У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ	91
<i>Проф. др. Нина Планојевић</i> ПРАВНА ДЕЈСТВА И ФУНКЦИЈЕ УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ.....	111
<i>Проф. др Тина Пржеска</i> <i>Асистент мр Теа Лалевска</i> ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У РЕГУЛИСАЊУ ПРАВА ЗАЛОГЕ У МАКЕДОНСКОМ СТВАРНОМ ПРАВУ	127

<i>Проф. др Дарко Радић</i> <i>Виши асистент Дејан Пилиповић, ма</i> ПОРОДИЧНИ ДОМ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	143
<i>Проф. др Борис Крешић</i> <i>Проф. др Златан Бегвић</i> ПРАВНА РЕГУЛАТИВА НАСИЉА У БРАЧНОЈ/ВАНБРАЧНОЈ ЗАЈЕДНИЦИ У ФЕДЕРАЦИЈИ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	173
<i>Проф. др Ђорђе Раковић</i> ИЗДВАЈАЊЕ (ВАН)БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ У НАСЉЕДНОМ ПРАВУ....	195
<i>Проф. др Борјана Миковић</i> ПРАВНА ЗАШТИТА СТАРИЈИХ ОСОБА С ОНЕСПОСОБЉЕЊЕМ У СВЈЕТЛУ ПРЕПОРУКЕ КОМИТЕТА МИНИСТАРА ВИЈЕЋА ЕВРОПЕ БРОЈ R(99)4	210
<i>Судија Божана Гужвић</i> ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ	239
<i>Научни сарадник др Богдана Стјепановић</i> НАЧЕЛО АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ И БРАЧНИ УГОВОР	251
<i>Асистент Дино Ковачевић, мр</i> ОБРАЗОВАЊЕ ДЈЕТЕТА И РОДИТЕЉСКА АУТОНОМИЈА – НЕРИЈЕШЕНА ПИТАЊА	271

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕКЦИЈА 2

<i>Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник</i> ПРИМЕНА НОРМИ У СЛУЧАЈУ ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	284
<i>Проф. др Ирина Стаматоуди</i> КОНЦЕПТ ОРИГИНАЛНОСТИ У ГРЧКОЈ И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ.....	303
<i>Проф. др Јелена Ђеранић Перишић, научни саветник</i> ЗАШТИТА ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНИХ ОЗНАКА У МЕТАВЕРЗУМУ – ПРЕДМЕТ <i>HERMÈS INTERNATIONAL V.</i> <i>MASON ROTSCHILD</i>	331

<i>Проф. др. сци. Анита Дураковић</i> <i>Проф. др. сци. Јасмина Алихоџић</i> МЕЂУНАРОДНИ ПРИВАТНОПРАВНИ АСПЕКТИ <i>TALAQ</i> -А У ПРАВУ ЕУРОПСКЕ УНИЈЕ И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	345
<i>Проф. др. Луис Хавијер Капоте Перез</i> УМЈЕТНОСТ, ОРИГИНАЛНОСТ И КРЕАТИВНОСТ У ПРАВУ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	369
<i>Проф. др. Мирјана Ристовска</i> ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ СЈЕВЕРЕНЕ МАКЕДОНИЈЕ	375
<i>Проф. др. сци. Викторија Хаубрих</i> <i>Проф. др. сци. Марија Видић</i> <i>Др. Мирјана Кево, судија</i> ОДНОС СТЕЧАЈНОГ И ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА НА СТВАРНУ И МЈЕСНУ НАДЛЕЖНОСТ – ПОТРЕБА УСТРОЈАВАЊА ТРГОВАЧКИХ СУДОВА У ФБИХ	392
<i>Проф. др. Дамјан Даниловић</i> СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ – „ <i>CONDITIO SINE QUA NON</i> “ ПОСТОЈАЊА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА И ТРЖИШНЕ ЕКОНОМИЈЕ	426
<i>Виши асистент Ђорђе Перишић, ма</i> ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ОПШТЕГ ПРЕВОЗИОЦА РОБЕ (<i>COMMON</i> <i>CARRIER</i>) У ОПШТЕМ ПРАВУ (<i>COMMON LAW</i>)	444
<i>Докторанд мр Зуан Либо</i> О ОБАВЕЗИ ПРЕДУГОВОРНОГ ИНФОРМИСАЊА У ОБЛАСТИ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ: КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ПРАВА ЕУ И КИНЕ	461
ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА	471

CONTENTS

FOREWORD	XVI
----------------	-----

CIVIL LAW SECTION 1

<i>Full Professor Gordana Stanković, LL.D.</i> POSSIBLE PASSIVE <i>LITIS CONSORTIUM</i>	1
<i>Full Professor Branko Morait, LL.D.</i> PROTECTION OF PERSONALITY AGAINST DEFAMATION	22
<i>Full Professor Ilija Babić, LL.D.</i> GIFT AGREEMENT – TERMINATION AND REVOCATION. LEGAL RULES AND THE DRAFT OF THE 2015 CIVIL CODE	43
<i>Full Professor Stanka Stjepanović, LL.D.</i> CAN A PROVIDER OF FREE SERVICES ON THE INTERNET BE LIABLE FOR DAMAGES CAUSED TO DETRANSITIONERS?	62
<i>Full Professor Dragan Bolanča, LL.D.</i> SALVAGE ON THE SEA (INLAND WATERS) – FROM ROMAN LAW TO MODERN TIME	79
<i>Full Professor Nataša Stojanović, LL.D.</i> DEROGATIONS FROM THE PRINCIPLE OF UNIVERSALITY IN SUCCESSION IN SERBIAN CONTEMPORARY LEGISLATION	91
<i>Full Professor Nina Planojević, LL.D.</i> LEGAL EFFECTS AND FUNCTIONS OF URBAN RE- PARCELLATION	111
<i>Full Professor Tina Przheska, LL.D.</i> <i>Teaching Assistant Tea Lalevska, LL.M.</i> THE LEGAL GAPS IN REGULATING THE RIGHT OF PLEDGE IN THE MACEDONIAN PROPERTY LAW	127

<i>Full Professor Darko Radić, LL.D.</i> <i>Senior Assistant Dejan Pilipović, LL.M.</i> FAMILY HOME IN THE REPUBLIC OF SRPSKA’S LAW	143
<i>Associate Professor Boris Krešić, LL.D.</i> <i>Associate Professor Zlatan Begić, LL.D.</i> LEGAL REGULATION OF VIOLENCE IN MARITAL/EXTRA MARITAL UNION IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA	173
<i>Associate Professor Đorđe Raković, LL.D.</i> SEPARATION OF (EXTRA)MARITAL PROPERTY IN THE LAW OF INHERITANCE	195
<i>Associate Professor Borjana Miković, LL.D.</i> LEGAL PROTECTION OF ELDERLY PERSONS WITH DISABILITIES IN THE LIGHT OF THE RECOMMENDATION OF THE COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE NUMBER R(99)4.....	210
<i>Božana Gužvić, Judge</i> FILLING IN LEGAL LOOPHOLES IN JUDICIAL PROCEEDINGS.....	239
<i>Research Associate Bogdana M. Stjepanović, LL.D.</i> THE PRINCIPLE OF AUTONOMY OF THE WILL AND THE MARRIAGE CONTRACT	251
<i>Teaching and Research Assistant, Dino Kovačević, LL.M.</i> PUBLIC INTEREST AND AUTONOMY OF FAMILY – UNRESOLVED ISSUES	271

CIVIL LAW SECTION 2

<i>Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.</i> APPLICATION OF NORMS IN CASE OF LEGAL GAPS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW.....	284
<i>Full Professor Irini Stamatoudi, LL.D.</i> THE CONCEPT OF ORIGINALITY IN GREECE AND THE EU	303
<i>Full Professor, Principal Research Fellow Jelena Čeranić Perišić, LL.D.</i> THE PROTECTION OF TRADEMARKS IN METVERSE – CASE HERMÈS INTERNATIONAL V. MASON ROTSCCHILD	331

<i>Associate Professor Anita Duraković, LL.D.</i> <i>Full Professor Jasmina Alihodžić, LL.D.</i> PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF TALAQ IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION AND BOSNIA AND HERZEGOVINA	345
<i>Professor Luis-Javier Capote-Pérez, LL.D.</i> ART, ORIGINALITY AND CREATIVITY IN THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW	369
<i>Associate Professor Mirjana Ristovska, LL.D.</i> FILLING LEGAL GAPS IN NORTH MACEDONIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW	375
<i>Associate Professor Viktorija Haubrich, LL.D.</i> <i>Associate Professor Marija Vidić, LL.D.</i> <i>Mirjana Kevo, LL.D.</i> RELATION BETWEEN BANKRUPTCY AND CIVIL PROCEEDINGS IN TERMS OF SUBJECT MATTER AND TERRITORIAL JURISDICTION: THE NEED FOR ESTABLISHMENT OF COMMERCIAL COURTS IN FBiH	392
<i>Associate Professor Damjan Danilović, LL.D.</i> JOINT AND SEVERAL LIABILITY—"CONDITIO SINE QUA NON" OF THE EXISTENCE OF BUSINESS ENTITIES AND THE MARKET ECONOMY	426
<i>Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M.</i> LEGAL POSITION OF THE COMMON CARRIER IN ANGLO- SAXON LAW	444
<i>Zhibo Luan, LL.M.</i> ON THE PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY IN THE FIELD OF ELECTRONIC COMMERCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF EU AND CHINESE LAW	461
LIST OF REVIEWERS	479

ПРЕДГОВОР

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, који је резултат научног скупа који је по дванаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан октобра 2023. године, **206 аутора и коаутора, са три континента, из 23 државе** (Русија, Грчка, Кина, Италија, Мађарска, Шпанија, Куба, Мексико, Турска, Бугарска, Румунија, Грузија, Молдавија, Кипар, Холандија, Данска, Шведска, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и БиХ са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ), саопштили су 162 реферата на српском, руском, енглеском, италијанском, шпанском односно матерњим језицима учесника.

Овај скуп био је **највећи одржани скуп у области права на простору југоисточне Европе, као и један од највећих на тлу цијеле Европе у 2023. години, а можда чак и највећи.**

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 **2400 страница у пет томова објављено 111 радова од 146 аутора и коаутора из 19 држава** (Русија, Грчка, Италија, Мађарска, Шпанија, Куба, Мексико, Турска, Бугарска, Румунија, Грузија, Молдавија, Кипар, Шведска, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Црна Гора и БиХ са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ). Трећина радова објављена је на свјетским језицима (енглески, руски и италијански).

Научни скуп који се одржава поводом Дана Правног факултета категорисан је и класификован од стране Министарства за научнотехнолошки развој 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 2024. год.

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

FOREWORD

We present to the scientific public the Proceedings “Legal gaps and the completeness of law”, which is the result of the scientific conference held for the twelfth time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the conference held in October 2023, **206 authors and co-authors, from three continents and 23 countries** (Russia, Greece, China, Italy, Hungary, Spain, Cuba, Mexico, Turkey, Bulgaria, Romania, Georgia, Moldova, Cyprus, the Netherlands, Denmark, Sweden, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina), presented 162 reports in Serbian, Russian, English, Italian, Spanish that is, in their native languages. This was the **largest conference held in the field of law in Southeast Europe, as well as one of the largest, perhaps the largest one, in Europe in 2023.**

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 **2,400 pages in five volumes with 111 works by 146 authors and co-authors from 19 countries** (Russia, Greece, Italy, Hungary, Spain, Cuba, Mexico, Turkey, Bulgaria, Romania, Georgia, Moldova, Cyprus, Sweden, Serbia, North Macedonia, Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from Republika Srpska and the Federation of BiH). A third 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 Republika 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 2024

Editors-in-Chief
Associate Professor Dimitrije Čeranić
Associate Professor Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Full Professor Samir Aličić

Проф. др Гордана Станковић

Правни факултет Универзитета у Нишу

ЕВЕНТУАЛНО ПАСИВНО СУПАРНИЧАРСТВО

Евентуално пасивно супарничарство, предвиђено правилима парничне процедуре да би се уклонили спорови из правних односа као патолошка друштвена појава, у литератури процесног права означава се различитим терминима с обзиром на то да законодавац није именовao овај процесни институт који се, као посебан вид тзв. законског супарничарства знатно разликује од осталих видова супарничарства. Оно што посебно одликује евентуално пасивно супарничарство представља одступање од општег процесног режима који се примењује у парници са супарничарима и метод одлучивања који суд примењује. Због фрагментарног законског регулисања овог процесног института настале су многе законске празнине које су у судској пракси различито интерпретиране што је доводило и доводи до правне несигурности.

Кључне речи: Супарничарство; Евентуално пасивно супарничарство; Тужбени захтев.

*

* *

1. Одредбом члана 206 Закона о парничном поступку Републике Србије (2011)¹ регулисан је институт евентуалног пасивног супарничарства² као посебна врста супарничарства која се разликује од осталих видова супарничарства као процесне заједнице. Овај процесни

Гордана Станковић, *gordanastankovic10@gmail.com*.

¹ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – др. закон. У даљем тексту ЗПП (2011).

² Термин „евентуално пасивно супарничарство“ за означавање овог вида супарничарства први је употребио проф. Миливоје Марковић (М. Марковић, *Грађанско процесно право*, Савез удружења правника Југославије, Београд 1957, 218). Проф. Срећко Чуља за означавање овог института користио је термин „алтернативно супарничарство“ (S. Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Školska knjiga, Zagreb 1957, 391). Касније су поједини правни писци овај процесни институт означавали различитим терминима.

институт није привукао посебну пажњу правних писаца и, по природи ствари, излаже се углавном у уџбеничкој литератури.

2. За разлику од осталих видова супарничарства код којих до кумулације субјеката може да дође у обе страначке улоге, у случају евентуалног пасивног супарничарства до кумулације субјеката може да дође само на страни туженог. У погледу овог вида супарничарства важи посебан процесни режим и метод одлучивања који карактерише одступање од појединих општих правила поступања.

ЗПП (2011), као и претходни југословенски³ и српски закони⁴ којима је регулисана парнична процедура, не садржи детаљне одредбе о поступку у случају ове врсте тзв. законског супарничарства,⁵ што изазива недоумице у погледу примене овог института тако да у пракси долази до различитог тумачења одредбе о евентуалном пасивном супарничарству којим се попуњава ова законска празнина.

3. Институт евентуалног пасивног супарничарство⁶ предвиђен је правилима парничне процедуре из практичних разлога. С једне стра-

³ Југословенски Закон о парничном поступку (1956) одредбом члана 185 увео је у цивилну парничну процедуру институт евентуалног пасивног супарничарства. Због проблема који су настајали у судској пракси поводом овог института због његовог фрагментарног регулисања и чињенице да је законско решење доводило у пракси до повреде основних правних принципа, посебно принципа правноснажности, Закон о парничном поступку (1976) донео је ново решење којим је предвиђено да се у случају евентуалног пасивног супарничарства о тужбеном захтеву који је управљен према друготуженом може одлучивати само ако је правноснажно одбијен тужбени захтев према првотуженом супарничару. И поред тога, судови се нису придржавали правила о поступном одлучивању и често су истом пресудом одбијали тужбени захтев према претходном сатуженом и истовремено усвајали тужбени захтев према наредном сатуженом.

⁴ Први Закон о парничном поступку Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 124/04 и 111/09, због правнополитичких и стратешких циљева које је требало да оствари, иако је мењао поједине процесне институте, није донео нова решења у погледу института евентуалног пасивног супарничарства.

⁵ Термин „законско супарничарство“ у теорији процесног права користи се као генусни појам за различите случајеве супарничарства предвиђене или различитим законима или посебним нормама који се од осталих видова супарничарства разликује по томе што настаје по посебном режиму који од општег режима одступа у погледу услова за заснивање или у погледу дејства. Често се случајеви тзв. законског супарничарства погрешно називају „супарничарством на основу закона“. Овај термин, међутим, није адекватан (као, уосталом, и термин законско супарничарство) јер супарничарство, без обзира на врсту, увек настаје у складу са условима који су предвиђени законом.

⁶ Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2023, 145; Г. Станковић, *Грађанско процесно право, Парнично процесно право*, осмо издање, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2010, 156; Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд

не, предвиђен је, пре свега, у интересу тужиоца да би му се олакшао приступ суду и омогућило да у једној уместо у више парница оствари претендовану правну заштиту против множине субјеката. С друге стране, овај процесни институт индиректно је и у интересу судства, без обзира на сложеност и трајање покренутог парничног поступка, јер се избегава потенцијално ангажовање судског апарата у већем броју парница које би се сукцесивно водиле и тиме изазвао повећан обим судског рада. Оно омогућава и да се вођењем једне парнице против сатужених избегне ризик доношења противуречних мериторних одлука које би могле да буду донете у појединим посебним парницама ако се оне сукцесивно воде или да тужилац изгуби две или више парница. Вођење једне парнице против пасивних супарничара у којој суд не одлучује истовремено о свим тужбеним захтевима истакнутим против појединих супарничара већ по одређеном редоследу и сукцесивно, уколико се не усвоји претходни тужбени захтев, спречава доношење противречних одлука, што је у интересу правне сигурности. Истовремено, на тај начин се отклањају и настали спорови у правним односима који представљају патолошку друштвену појаву и успоставља правни поредак.

Институт евентуалног пасивног супарничарства омогућава тужиоцу да у једној парници против свих сатужених оствари сва материјалноправна и процесноправна дејства подизања тужбе⁷ и да се у једној парници остваре принципи процесне економије, концентрације поступка и правне сигурности.

4. У процесној литератури се за означавање овог процесног института, осим термина евентуално пасивно супарничарство, користе различити термини јер ова врста супарничарства у законском тексту није означена посебним техничким термином. Термин евентуално пасивно супарничарство није довољно прецизан јер асоцира да пасивно супарничарство може да настане евентуално иако оно настаје подизањем тужбе против сатужених. Овај процесни институт односи се у ствари не на евентуално заснивање супарничарства, већ на метод или поступак одлучивања који примењује суд у парници кад је тужилац тужио пасивне супарничаре према којима је истакао исте или различите главне тужбене захтеве с тим што тражи да се усвоји тужбени захтев само према једном од сатужених.

2013, 161; Г. Станковић, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд 2018, 70.

⁷ О томе вид. Г. Станковић, В. Боранијашевић, 346.

Поједини правни писци користе термин алтернативно супарничарство,⁸ евентуално субјективно спајање тужбених захтева,⁹ супсидијарна субјективна кумулација тужбених захтева,¹⁰ супарничарство с евентуално туженим,¹¹ евентуално супарничарство,¹² супсидијарно супарничарство,¹³ помоћно супарничарство,¹⁴ евентуално или супсидијарно супарничарство,¹⁵ евентуално (супсидијарно) супарничарство,¹⁶ евентуално пасивно (супсидијарно) супарничарство¹⁷ или супсидијарна алтернација тужених.¹⁸

Термин алтернативно супарничарство није адекватан јер он значи да тужилац препушта суду избор сатужених у процесној заједници иако је тужилац својом вољом њих одредио. Термин евентуално супарничарство без означавања да процесна заједница настаје на страни тужених није довољно прецизан јер асоцира само на могућност настајања супарничарске заједнице уколико тужилац тужбом

⁸ S. Zuglia, 391.

⁹ Б. Познић, „Евентуално субјективно спајање тужбених захтева“, *Анали*, 1959, 19; Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2009, 492.

¹⁰ S. Zuglia, S. Triva, *Коментар Закона о парничном поступку*, sveska I, Narodne novine, Zagreb 1957, 446.

¹¹ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, седамнаесто издање, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2015, 235; А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, шесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 574; Д. Палачковић, *Парнично процесно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2004, 177.

¹² S. Kamhi, *Грађански судски поступак*, Zavod za izdavanje udžbenika, Sarajevo 1967; J. Juhart, *Civilno procesno pravo FNR Jugoslavije*, Univerzitetska založba, Ljubljana 1961, 308; Б. Познић, (2009), 491.

¹³ Б. Познић, *ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, šesto izdanje, Narodne novine, Zagreb 1986, 363; С. Георгијевски, *Парнична постапка*, Правен факултет, Скопје 1988, 193; *Лексикон грађанског права*, (ур. О. Станковић), Номос, Београд 1996, 710; Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2004, 251; А. Јаневски, Т. Зороска – Камилловска, *Грађанско процесно право*, книга прва, *Парнично право*, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2009, 211.

¹⁶ Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, седмо издање, Службени гласник, Београд 2012, 107.

¹⁷ Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Графокомерц, Требиње 2008, 141; Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, треће издање, Правни факултет, Бања Лука 2017, 152; Г. Станковић, Р. Рачић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Универзитет Медитеран, Подгорица 2010, 141.

¹⁸ M. Dika, J. Čizmić, *Коментар Закона о парничном поступку Федерације БиХ*, OSCE Sarajevo 2000, 351.

обухвати множину лица. Термин супсидијарно супарничарство¹⁹ указује на то да у процесној заједници постоје главни и другоразредни тужени док термин помоћно супарничарство указује на то да је циљ овог вида супарничарства помоћ која се пружа тужиоцу. Термин супарничарство с евентуалним туженим асоцира на то да је процесна заједница на активној страни, а да је на пасивној само један тужени уместо множина тужених. Термин супсидијарна алтернација тужених, због значења термина алтернација,²⁰ указује на помоћ која се пружа тужиоцу смењивањем, заменом или наизменичношћу у распореду тужених у супарничарској заједници.

Погрешан је и термин који се користио у старијој процесној литератури кад је овај вид супарничарства означаван као супсидијарна субјективна кумулација тужбених захтева или евентуално субјективно спајање тужбених захтева. Супарничарство као процесна заједница представља множину лица у једној процесној улози, док је супсидијарна кумулација тужбених захтева²¹ посебан модалитет сложеног тужбеног захтева²² када тужилац истиче више тужбених захтева према једном туженом. С друге стране, термин алтернативна кумулација означава посебну врсту модалитета тужбеног захтева,²³ а не множину субјеката у пасивној страначкој улози.

5. Евентуално пасивно супарничарство по својој правној природи представља вид тзв. законског супарничарства који се разликује од осталих врста супарничарства.

Евентуално пасивно супарничарство није формално супарничарство код кога супарничаре окупља у процесну заједницу битно истовр-

¹⁹ Реч супсидијаран (према Вујаклијином *Лексикону*), значи помоћни, другоразредни, споредан.

²⁰ Алтернација значи смењивање, одмењивање, наизменичност у распореду.

²¹ Супсидијарна кумулација представља модалитет тужбеног захтева у кондемпнаторној тужби кад тужилац тражи да му се досуди испуњење дуговане чинидбе с тим што има посебно процесно овлашћење да предложи да суд уколико усвоји његов тужбени захтев донесе пресуду којом ће одлучити да тужени може да уместо дуговане чинидбе плати тужиоцу одређени новчани износ чију је висину одредио тужилац или да испуни неку другу неновчану чинидбу иако пре парнице није постојало право туженог на избор чинидбе.

²² О томе вид. Г. Станковић, „Модалитети тужбеног захтева“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, Ниш 1988, 67; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 327.

²³ Алтернативна кумулација тужбених захтева, као изузетно дозвољен модалитет тужбеног захтева, допуштена је у парницама које се воде поводом алтернативних облигација или кад тужилац тражи осуду туженог на исту чинидбу али по различитим основама. Ако је законодавац материјалноправном нормом признао извесна права у алтернативном виду, тужилац је дужан да изврши избор овлашћења које му припада према правилима материјалног права приликом подизања тужбе.

сно чињенично и правно стање, јер се тужбени захтеви код евентуално тужених супарничара не морају заснивати на битно истоврсном чињеничном и правном основу, нити представља материјално супарничарство јер између евентуалних супарничара не мора да постоји ни фактичка ни правна заједница.

Евентуално пасивно супарничарство разликује се и од обичног супарничарства по томе што се код обичног супарничарства тужбом захтева да се пресудом усвоје сви тужбени захтеви који су истакнути према обичним супарничарима јер има онолико главних тужбених захтева колико има тужених супарничара, док се код евентуалног пасивног супарничарства захтева да се усвоји тужбени захтев само према оном супарничару који је пасивно стварно легитимисан и у односу на кога је он основано истакнут. У случају обичног супарничарства суд може да одлучи и делимичном пресудом, док је у случају евентуалног пасивног супарничарства искључена могућност доношења делимичне пресуде. У случају обичног супарничарства тужиочев успех према једном од сатужених не утиче на процесни положај осталих супарничара, док се код евентуалног пасивног супарничарства процесни положај сатужених радикално мења ако тужбени захтев буде усвојен према првом сатуженом.

Евентуално пасивно супарничарство разликује се и од јединственог супарничарства по томе што се у случају јединственог супарничарства захтева да се на једнак начин спор реши у парници према свим супарничарима, с обзиром на то да због природе правног односа постоји фикција да сви супарничари представљају једну странку и што се код јединственог супарничарства може донети само једна мериторна пресуда којом се решава спор, док у случају евентуалног пасивног супарничарства могу да се сукцесивно доносе пресуде према сатуженима под условима који су предвиђени законом.

Нужно и евентуално пасивно супарничарство разликују се по томе што тужилац код нужног супарничарства, ако жели да успе у парници, мора да тужбом обухвати све сатужене, док су код евентуалног пасивног супарничарства у парницу увучени сатужени вољом тужиоца који је одредио њихов редослед као сатужених.

За разлику од осталих супарничара који могу да имају истог пуномоћника, евентуалне пасивне супарничаре не може да заступа исти пуномоћник због сукоба њихових интереса. Исто тако, они не могу да имају ни заједничког пуномоћника за пријем писмена, нити им суд може одредити законског заступника за пријем писмена.

6. И поред значајних разлика између наведених врста супарничарства које се испољавају у погледу услова за настанак, правила

поступања, начина одлучивања и дејства, због околности да евентуално пасивно супарничарство представља врсту супарничарства, постоје и одређене сличности са осталим облицима супарничарства због њиховог страначког супарничарског својства.

Сличност са осталим врстама супарничарства је у томе што и евентуално пасивно супарничарство настаје вољом тужиоца и што тужилац једном тужбом покреће поступак против множине лица и заснива њихову процесну заједницу. Сличност са осталим врстама супарничарства је и у томе што је сваки од сатужених самостална странка која самостално предузима парничне радње.

7. У одредби става 1, члана 206 ЗПП (2011) предвиђено је да до евентуалног пасивног супарничарства може да дође кад тужилац тужбом обухвати два или више тужених према којима истиче исте или различите тужбене захтеве и што тражи да тужбени захтев буде усвојен према следећем туженом за случај да буде правноснажно одбијен према оном који је у тужби наведен пре њега. Евентуално пасивно супарничарство настаје, као и свако друго супарничарство, подизањем тужбе у којој су као тужени означени сатужени по одређеном редоследу. Евентуалност у парници, према одредби члана 206 ЗПП (2011) манифестује се у одлучивању о основаности тужбеног захтева према следећем туженом за случај да тужбени захтев буде правноснажно одбијен према оном супарничару који је у тужби наведен пре њега.²⁴

Одлучивање о наредном тужбеном захтеву који је уперен према поједином пасивном супарничару зависи од наступања неког догађаја у самој парници или од ситуације која је настала тако што је одбијен тужбени захтев који је био уперен према супарничару који је наведен пре наредног супарничара и та одлука је постала правноснажна.

8. Тужбу која је подигнута против евентуалних пасивних супарничара карактеришу два посебна елемента: редослед сатужених и истакнути тужбени захтеви уперени према појединим сатуженицима.

9. Приликом подизања тужбе тужилац одређује редослед пасивних супарничара који су обухваћени његовом тужбом и формулише редослед по коме ће суд одлучивати о истакнутом главном тужбеном захтеву који је уперен против појединог пасивног супарничара. Евентуалност код овог вида супарничарства манифестује се у методу одлучивања јер одбијање истакнутог главног тужбеног захтева према првотуженом представља услов за испитивање основаности истакнутог захтева према следећем, наредном туженом. Доношење мериторне

²⁴ Проф. Кеча је сматрао да се евентуалност манифестује у одређеном (евентуалном) распореду сатужених. Р. Кеча, 107.

пресуде којом се усваја главни тужбени захтев према првотуженом искључује могућност усвајања тужбеног захтева према наредном сатуженом јер тужилац захтева доношење само једне пресуде којом се усваја главни тужбени захтев.

С обзиром на то да се евентуалност односи на могућност одлучивања о основаности тужбеног захтева који је уперен против следећег туженог ако је тужбени захтев правноснажно одбијен према оном сатуженом који је у тужби наведен пре њега, то искључује могућност да се у случају усвајања тужбеног захтева према прворедном сатуженом сматра да наредни сатужени није био тужен као што сматрају поједини правни писци.²⁵ Таква фикција нема ослонац у самом законском тексту који предвиђа да тужба садржи редослед сатужених и редослед одлучивања.

10. Редослед пасивних супарничара у тужби зависи од воље тужиоца и он тај редослед може да мења у току парнице. Редослед сатужених зависи од процене тужиоца у погледу постојања њихове пасивне стварне легитимације, изгледа у погледу могућности усвајања тужбеног захтева у односу на појединог сатуженог и изгледа на успех у конкретној парници.

Евентуално пасивно супарничарство као процесни институт омогућава тужиоцу да избегне ризик нетачне стварне легитимације и да због тога претрпи неуспех у парници. С једне страна, постоје изгледи, по оцени тужиоца, да је један од сатужених пасивно стварно легитимисан у конкретној парници и да због тога тужилац може да оствари претендовану правну заштиту. Ако би тужилац, који није сигуран у постојање стварне легитимације, подигао тужбу против само једног туженог и чекао да се најпре правноснажно оконча та парница, пошто је у тој парници тужбени захтев одбијен као неоснован, он би касније покренуо нову парницу против тог лица као туженог и изложио би се ризику да у међувремену наступи застарелост потраживања или да због протеча преклузивног рока изгуби право на правну заштиту.²⁶ Кад тужилац истом тужбом обухвати два или више тужених, он избегава истовремено и ризик нетачне стварне легитимације и остварује знатне уштеде у времену и трошковима без обзира што ће, за случај да успе са захтевом према првотуженом, бити дужан да накнади парничне трошкове и друготуженом односно осталим сатуженицима. Подизањем тужбе против евентуално тужених супарничара тужилац

²⁵ Протагонисти овог схватања не објашњавају како и зашто суд одлучује о накнади парничних трошкова сатуженог који има право на накнаду парничних трошкова ако се сматра да није био тужен.

²⁶ То би се, примера ради, могло да догоди кад тужилац није сигуран у то које лице је извршило сметање државине.

покреће једну парницу у настојању да у њој успе. Због тога је институт евентуалног пасивног супарничарства предвиђен, с једне стране, у интересу заштите интереса тужиоца да не би изгубио право на правну заштиту и да би му се олакшао приступ суду, а с друге, у интересу правног поретка да би се елиминисали спорови као патолошка појава у друштву.

11. Одређивање редоследа сатужених зависи искључиво од воље тужиоца и суд не може да мења тај редослед и да одступи од њега. Приликом одлучивања о тужби којом су тужени евентуални пасивни супарничари суд је дужан, кад за то буду испуњени законски услови, да сукцесивно одлучује о сваком тужбеном захтеву који је у тужби истакнут према поједином супарничару, с тим што може да усвоји само један главни тужбени захтев ако се испостави да је он основан.

12. Тужилац може у току поступка да предузима диспозитивне парничне радње којима може да промени првобитни распоред сатужених. Тужилац може да се одрекне од тужбеног захтева према првотуженом или да се са њим поравна закључењем судског поравнања и да на тај начин утиче на редослед одлучивања. Исто тако, предузимањем појединих диспозитивних парничних радњи он може да изазове и престанак евентуалног пасивног супарничарства кад су била два сатуженика и да у наставку парнице остане само један тужени.

13. Тужилац у тужби, осим редоследа у погледу одлучивања, формулише и поједини тужбени захтев у односу на сваког сатуженог да би суд могао да одлучује о основаности тужбеног захтева упереног против сваког од сатужених.

Из тог разлога се не би могло прихватити мишљење које је постојало у старијој процесној литератури²⁷ да у случају евентуалног пасивног супарничарства постоји, осим субјективне кумулације тужених, и евентуална кумулација тужбених захтева, као модалитет тужбеног захтева. Евентуална кумулација тужбених захтева постоји кад тужилац у тужби истиче више тужбених захтева према истом туженом који су у међусобној вези тако што захтева да суд усвоји следећи од тих захтева ако нађе да претходни није основан.²⁸ У случају евентуалног пасивног супарничарства према сваком од сатужених супарничара истакнут је један главни тужбени захтев који представља предмет одлучивања. Да није у питању евентуална кумулација тужбених захтева указује и чињеница да је у законском тексту одредба члана

²⁷ Вид. М. Јанковић *et al.*, *Коментар Закона о парничном поступку*, Привредна штампа, Београд 1977, 265; S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, седмо издање, Narodne novine, Zagreb 2004, 447.

²⁸ ЗПП (2011), чл. 197, ст. 2.

206 ситуирана у одредбама о супарничарству („тузилац тужбом може да обухвати два или више тужених“) и да је термин „тужбени захтев“ употребљен у једнини.

14. Тузилац у тужби против евентуалних пасивних супарничара формулише најпре према првотуженом супарничару прворедни главни тужбени захтев,²⁹ а потом и према осталим сатуженим наредне главне захтеве који ће бити предмет одлучивања и чију ће основаност испитивати суд уколико прворедни главни тужбени захтев не буде усвојен. Редоследом тужбених захтева уперених против сатужених тузилац одређује метод одлучивања у покренутој парници тако да се наредни захтев уперен према поједином сатуженом може усвојити само ако је тужбени захтев према претходном супарничару одбијен и та одлука постане правноснажна. Оваквим законским решењем не угрожавају се право на правни лек и институт правноснажности као што је то био случај у време важења првог југословенског ЗПП (1956). Евентуалност се манифестује у томе што је процесни услов за одлучивање о сваком наредном тужбеном захтеву упереном против наредног сатуженог правноснажна одлука којом је одбијен тужбени захтев према претходном супарничару.

Усвајање тужбеног захтева према првотуженом пасивном супарничару искључује могућност да суд истовремено и истом одлуком одлучује и о тужбеним захтевима који су истакнути против осталих сатужених јер нису за то испуњене законске претпоставке.³⁰

15. Према одредби става 2, члана 206 ЗПП (2011), тузилац може у тужби да истакне главни тужбени захтев исте садржине према свим туженим супарничарима³¹ или да истакне садржински различите тужбене захтеве према сваком од њих.³² Исти тужбени захтев тузилац може да формулише према свим сатуженим иако предлаже да се тужбени захтев усвоји само према једном од сатужених јер је спор настао

²⁹ Тузилац уз главни тужбени захтев може да истакне и споредне тужбене захтеве (на пример, потраживање на име камате, плодова, уговорне казне) и акцесорни захтев за накнаду парничних трошкова који поједини правни писци и судије, без ослонаца на законски текст, третирају као споредно потраживање иако захтев за накнаду парничних трошкова представља посебан правозаштитни захтев.

³⁰ Супротно: С. Сворцан, *Коментар Закона о парничном поступку*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2012, 484.

³¹ Тужбени захтев је исти према свим сатуженима кад тузилац на пример тражи накнаду штете од власника аутомобила као опасне ствари којим је причињена штета и од возача који је без дозволе управљао возилом и причинио штету.

³² Тужбени захтев може да буде различит кад тузилац на пример у односу на првотуженог захтева раскид уговора о купопродаји због неизвршења, а у односу на друготуженог захтева предају ствари и накнаду штете која је на њој причињена коришћењем.

поводом истог правног односа или истог догађаја. Тужилац истиче садржински различите тужбене захтеве који се заснивају на повезаним правним односима јер само на тај начин он може да спречи истицање недостатка процесне пасивне легитимације и избегне вођење нове парнице. Чињенични основ истакнутих тужбених захтева и кад су они садржински истоветни може да буде исти или различит. Кад су истакнути садржински различити тужбени захтеви они могу да буду у међусобној вези или да се искључују. Различит чињенични основ појединих тужбених захтева последица је међусобно повезаних правних односа.

16. Тужилац је дужан да у тужби образложи тужбени захтев који истиче према сваком од појединих супарничара. Тужилац је дужан да у тужби наведе чињенични основ сваког тужбеног захтева без обзира да ли је он истакнут према прворедном сатуженику или према наредном туженом супарничару. Кад су различито формулисани тужбени захтеви према појединим сатуженицима тужилац је дужан да изнесе чињенични основ сваког појединог главног тужбеног захтева јер се сваки тужбени захтев уперен према поједином супарничару заснива на посебном и друкчијем чињеничном основу.³³

17. Тужбом у којој су тужени евентуални пасивни супарничари тужилац формулише тужбени захтев тако што предлаже усвајање тужбеног захтева према првотуженом, а за случај да се испостави да је он неоснован, предлаже да се усвоји истакнути тужбени захтев према наредном, друготуженом супарничару, а ако и тај тужбени захтев није основан, предлаже да се усвоји тужбени захтев према следећем супарничару.

18. Евентуално пасивно супарничарство може знатно ређе да настане и касније у току парнице а не само подизањем тужбе. Оно може да настане субјективним преиначењем тужбе уколико она буде проширена на новог туженог уз његов пристанак, с тим да је тада тужилац дужан да накнадно у преиначеној тужби одреди редослед сатужених.

19. Одредбом става 1, члана 206 ЗПП (2011) предвиђено је да је евентуално пасивно супарничарство допуштено кад постоји иста стварна и месна надлежност истог суда за сваког туженог, без обзира да ли су у тужби против сатужених истакнути исти или различити тужбени захтеви. Атракција надлежности није могућна без обзира да

³³ Чињенични основи се разликују кад тужилац према прворедном туженом захтева поништење уговора због неиспуњења, а од друготуженог као држаоца захтева предају ствари која је била предмет уговора чије се поништење тражи и накнаду причињене штете.

ли су истакнути истоветни или различити тужбени захтеви. Уколико би атракција била дозвољена сатужени који нису у материјалноправном односу са тужиоцем били би приморани да буду тужени пред судом који није надлежан за њих уколико је суд надлежан за првотуженог супарничара.

За случај да суд приликом претходног испитивања тужбе утврди да није стварно и месно надлежан за све сатужене дужан је да донесе решење којим ће одбацити тужбу јер није испуњена битна процесна претпоставка за допуштеност евентуалног пасивног супарничарства у погледу надлежности из одредбе члана 206 ЗПП (2011). У парници која је покренута тужбом против евентуалних супарничара суд не може да се огласи ненадлежним у односу на појединог супарничара и да раздвоји поступак у односу на сатуженог у погледу кога није стварно надлежан због природе института и садржине тужбе, као што је то могуће код обичних супарничара.

У време важења југословенског ЗПП (1976) у судској пракси постојало је схватање да суд који је месно надлежан за првотуженог у парницама са евентуалним пасивним супарничарима не може да се огласи месно ненадлежним по приговору друготуженог јер не може да раздвоји поступак према сатуженима. Због тога се сматрало да тек кад постане правноснажна пресуда којом је одбијен тужбени захтев уперен према првотуженом, суд може да одлучи о приговору ненадлежности и да констатује да тужба у односу на њега није допуштена.³⁴

20. Иако то није изричито предвиђено законом, за све истакнуте тужбене захтеве мора бити предвиђена иста врсте поступка јер то омогућава да се истовремено води поступак против свих евентуално тужених.

21. Тужилац је одређивањем редоследа сатужених у тужби истовремено одредио редослед расправљања, извиђања и одлучивања тако да је на тај начин сузио у одређеној мери улогу суда у погледу управљања поступком.

22. Суд је дужан да тужбу достави свим сатуженим евентуалним супарничарима јер су сви они обухваћени истом тужбом. После достављања тужбе сатуженицима почиње литиспенденција.

У старијој процесној литератури, због схватања да су у питању спојене парнице а не једна, било је мишљења да се тужба доставља само првотуженом супарничару и да суд поступа најпре у првој пар-

³⁴ Вид. одлуке Савезног суда, Грс. 176/78 од 12. јула 1978. и Грс 18/80 од 6. фебруара 1980, наведене према: А. Радованов, *Парнични поступак*, Интермекс, Београд 2006, 237.

ници према првотуженом супарничару, а да касније, по правноснажности одлуке којом је одбијен тужбени захтев према првотуженом, доставља тужбу друготуженом супарничару и отвара поступак у наредној парници према друготуженом супарничару³⁵ и да тек од тог тренутка према друготуженом почиње литиспенденција те настају дејства достављања тужбе³⁶ и да он тек од тада може да предузима парничне радње.³⁷

23. Кад се у поступку поступа по правилима општег парничног поступка суд је дужан кад достави тужбу сатуженима да им наложи да одговоре на тужбу. У појединим посебним парничним поступцима одговор на тужбу сатужених није обавезна парнична радња с тим што они имају право да на тужбу одговоре јер је то у њиховом интересу пошто је у тренутку достављања тужбе неизвесно какав ће бити даљи ток и развој парнице. За случај да поједини од сатужених не поднесе факултативан одговор на тужбу, он има могућност да одговори на тужбу усмено на рочишту и да се упусти у расправљање о главној ствари.

Одбрана од тужбе сваког од супарничара и на процесном и на материјалноправном терену је различита и може да буде противречна са одбраном осталих сатужених. До противречне одбране не мора увек да дође уколико се, примера ради, првотужени брани изношењем чињеница које се односе само на чињенични основ оног главног тужбеног захтева који је уперен према њему.

24. Ако првотужени евентуални супарничар не одговори на тужбу у законском року или се сматра да није одговорио на тужбу, испуњени су услови да се у односу на њега донесе пресуда због пропуштања којом ће бити усвојен тужиочев тужбени захтев уколико су испуњени законски услови за њено доношење.³⁸

Суд ће по доношењу пресуде због пропуштања застати с поступком у парници до наступања њене правноснажности. По правноснажности ове пресуде с обзиром на то да парница још увек тече према свим евентуалним супарничарима, суд је дужан да закаже рочиште и

³⁵ Проф. Познић је сматрао да се тужбом којом су тужена два евентуална пасивна супарничара воде две спојене парнице, а не једна. Вид. Б. Познић, (1959), 19.

³⁶ У судској пракси привредних судова сматрало се да се тужба доставља свим сатуженима али да литиспенденција према друготуженом супарничару почиње да тече од правноснажности пресуде којом је одбијен тужбени захтев истакнут према првотуженом супарничару. Вид. Закључак XII састанка виших привредних судова од 21–23. маја 1984).

³⁷ Вид. одлуку Савезног суда, Грс 18/80 од 6. фебруара 1980, наведено према А. Радованов, 237.

³⁸ ЗПП (2011), чл. 350, ст. 1.

да на том рочишту одбије као неоснован тужбени захтев према друготуженом евентуалном супарничару јер је спор решен правноснажном пресудом и да одлучи о накнади трошкова поступка друготуженом супарничару.

25. По пријему одговора на тужбу, суд најпре разматра одговор који је дао првотужени евентуални супарничар. Кад суд утврди да између тужиоца и првотуженог супарничара нема спорних чињеница, испуњени су услови за доношење пресуде без расправљања.³⁹

Ако првотужени евентуални супарничар није оспорио тачност чињеница на којима тужилац заснива свој захтев, иако је оспорио основаност тужбеног захтева, у конкретној парници је неспорно чињенично стање које представља доњу премису судског силогизма, а с друге стране, спорно је само правно питање. Признавањем истинитости чињеница које је изнео тужилац, првотужени евентуални супарничар је омогућио да се у парници између тужиоца и њега формира неспорни чињенични супстрат одлуке и, својим процесним држањем, отклонио је потребу да се истинитост чињеница проверава доказивањем јер се признате чињенице не доказују. У том случају, уколико он није у одговору на тужбу истакао процесне приговоре, испуњени су услови да првостепени суд мериторно одлучи без заказивања и одржавања рочишта за усмено расправљање. Овом пресудом суд може усвојити или одбити тужбени захтев, тако да од тога зависи даљи ток поступка према евентуалним пасивним супарничарима.

26. У законском тексту нису предвиђена посебна правила о томе на који ће начин суд организовати расправљање тужиоца и сатужених и од одлуке суда о временском оквиру поступка зависи како ће организовати расправљање странака⁴⁰ и како ће вршити концентрацију процесне грађе да би могао да формира чињенични супстрат одлуке.

27. Расправа је, по правилу, заједничка јер је то у интересу принципа процесне економије и принципа суђења у разумном року. Суд може да предвиди да тужилац расправља појединачно са сваким евентуално сатуженим или да омогући заједничко расправљање тужиоца и сатужених на једном истом рочишту. Појединачно расправљање може да буде организовано због редоследа и природе и односа истакнутог тужбеног захтева према првотуженом и тужбеног захтева

³⁹ Детаљно вид. Г. Станковић, „Пресуда без одржавања расправе“, *Право – теорија и пракса*, 7–9/13, 1.

⁴⁰ У судској пракси се понекад грешу и говори се да суд расправља са странкама. Пошто се у парници решава спор странака између којих постоји неслагање и сукоб интереса, странке расправљају пред судом у настојању да га убеду у основаност онога што захтевају. Осим тога, термин расправљати, потиче од речи „распра“ која означава свађу парничних противника.

истакнутог према наредном супарничару. Из разлога процесне економије суд може да организује и заједничко расправљање свих сатужених са тужиоцем на истом рочишту. У том случају, сатужени на које се не односи истакнути тужбени захтев према првотуженом дужни су да учествују у заједничкој расправи која се води на рочиштима без обзира на то што су према њима истакнути тужбени захтеви о којима се одлучује под условима који су предвиђени законом. Уколико би у поступку само првотужени супарничар и тужилац предузимали парничне радње и ако би касније према првотуженом био одбијен тужбени захтев, по правноснажности те коначне пресуде поново би се понављале све парничне радње што би било нецелисходно, нерационално и неекономично јер је подизањем тужбе према свим пасивним супарничарима покренута једна парница и њеним достављањем сатуженима отпочела литиспенденција, која спречава покретање парнице о истом захтеву и према друготуженом и осталим сатуженима. Заједничко расправљање странака омогућава да се по правноснажности одлуке према првотуженом одлучује о тужбеном захтеву према друготуженом супарничару. С обзиром на то да је у току поступка формиран чињенични супстрат, суд може одржавањем једног рочишта да створи услове за одлучивање.

Иако је расправљање странака заједничко, то не искључује могућност да суд решењем о временском оквиру поступка одреди да се расправљање странака и извођење доказа у току главне расправе најпре ограничи на спорне чињенице које се односе на тужбени захтев према првотуженом супарничару.

28. Организовањем заједничког расправљања странака суд је у позицији да врши извиђање и доказивање у погледу свих спорних чињеница без обзира на то што ће бити у прилици да „каскадно“ одлучује. Осим тога, заједничко расправљање о свим истакнутим захтевима, због операционализације расправног принципа, поделе поступка на фазу у којој се износи процесни материјал и фазу у којој се изводе докази и принципа преклузије у погледу изношења процесног материјала у одређеној мери може да убрза поступак у изузетно сложеној парници.

29. Ако на припремно рочиште или прво рочиште за главну расправу не дође уредно позвани тужилац, сматра се да је повукао тужбу према свим евентуално туженим супарничарима. У том случају првотужени евентуални супарничар може да има правни интерес да се расправа одржи уколико претендује да буде одбијен тужиочев тужбени захтев као неоснован. Друготужени евентуални супарничар у том случају неће имати право да се противи предлогу првотуженог евентуалног супарничара.

30. У току поступка суд извиђа све спорне чињенице и прикупља неопходну процесну грађу. Ако у току поступка настану разлози за прекид поступка у односу на првотуженог супарничара, дејство прекида настаје према свим евентуалним супарничарима јер нису испуњени услови за процесну делатност због тужбом одређеног редоследа у погледу доношења мериторне одлуке која је процесна претпоставка за ток поступка и одлучивање у односу на друготуженог.

31. Кад правна ствар сазри за одлучивање, суд закључује расправу и доноси пресуду према првотуженом евентуалном супарничару.

32. У одредби става 1, члана 206 ЗПП (2011) предвиђен је редослед у погледу одлучивања.⁴¹ Суд је дужан да најпре одлучује о тужбеном захтеву који је управљен према првотуженом. Зависно од резултата расправљања и извиђања, суд може да закључи да је тужбени захтев према првотуженом основан или да није основан. Од ове његове одлуке зависи даљи ток и развој поступка. Док се не одлучи о основаности евентуално изјављене жалбе на донету одлуку према првотуженом и док пресуда којом је суд одлучио о тужбеном захтеву који је био уперен према првотуженом не постане правноснажна, суд не може да одлучује о захтеву који је уперен према друготуженом. Од момента доношења пресуде према првотуженом супарничару до њене правноснажности суд застаје са поступком према друготуженом јер је настављање поступка могуће по наступању правноснажности донете одлуке. Уколико се првотужени одрекао права на правни лек или је повукао изјављену жалбу створени су услови за настављање поступка.

33. Услов за застајање с поступком може да настане и кад тужилац са првотуженим закључи судско поравнање с обзиром на то да судско поравнање представља сурогат пресуде и производи исто дејство као и правноснажна пресуда.⁴²

Ако је судским поравнањем спор решен, у том случају сматра се као да је донета правноснажна пресуда којом је усвојен тужиочев тужбени захтев. У тој ситуацији суд одмах може да према друготуженом донесе пресуду којом ће одбити тужбени захтев као неоснован јер је спор који је био повод парници решен.

34. Кад је пресудом усвојен тужбени захтев према првотуженом, по правноснажности те одлуке суд је дужан да настави са поступком који је био привремено обустављен и да одлучи о захтеву који је

⁴¹ У процесној литератури одлучивање у случају евентуалног пасивног супарничарства третира се као одлучивање по тужби у којој су евентуално кумулирани тужбени захтеви. Вид. С. Сворцан, 484.

⁴² О томе вид. Г. Станковић, В. Боранијашевић, 385.

истакнут према друготуженом. У том случају он је дужан да донесе пресуду којом одбија тужбени захтев као неоснован који је био истакнут према друготуженом због недостатка пасивне стварне легитимације.⁴³

35. У процесној литератури постоје схватања да по правноснажности одлуке којом се усваја тужбени захтев према првотуженом супарничару треба сматрати да је у односу на остале евентуалне пасивне супарничаре тужба повучена или да постоји фикција о повлачењу тужбе с обзиром на то да у парници не постоји изричита изјава тужиоца да повлачи тужбу, нити постоји пристанак евентуално сатужених на њено повлачење.

Ако би се сматрало да је тужба повучена, тужилац би поново могао да покрене парницу против сваког од раније евентуалних сатужених и да поново у новој парници истиче исти захтев без обзира што је спор решен усвајањем његовог тужбеног захтева и што више не постоји пасивна стварна легитимација, те би нова парница представљала шикану за неког од ранијих евентуалних сатужених.

Да је законодавац имао намеру да се у том случају сматра да је тужба повучена, он би изричито то предвидео законом, као што то предвиђа у другим случајевима кад фикцију о повлачењу тужбе без изричитог пристанка туженог третира као последицу пропуштања тужиоца да предузме парничну радњу коју у датој ситуацији може да предузме или као процесну санкцију због његовог пропуштања да очекивану парничну радњу предузме у року. У ситуацији кад је одлука о усвајању тужбеног захтева постала правноснажна, спор који је био повод парници решен је у интересу тужиоца и он нема више правни интерес да поново подиже тужбу против ранијих евентуалних супарничара са истим тужбеним захтевом.

У старијој југословенској процесној литератури постојало је и схватање да суд у случају усвајања тужиоцевог тужбеног захтева према првотуженом супарничару, по правноснажности пресуде треба да донесе решење којим се тужба према свим наредним сатуженима одбацује јер је у питању пресуђена свар. Схватање да је у питању пресуђена ствар не би могло да се прихвати јер странке нису исте иако су у тужби били истакнути истоветни захтеви који су се заснивали да истоветном чињеничном и правном основу. Ситуација је још јаснија ако су тужбени захтеви према појединим сатуженима били садржински различити.

⁴³ Супротно: С. Сворцан 484. Аутор сматра да суд у првом ставу диспозитива усваја тужбени захтев према првотуженом, а у другом ставу диспозитива обуставља поступак према друготуженом.

Постоји и схватање да по правноснажности пресуде којом је суд усвојио тужбени захтев истакнут према првотуженом престаје да тече парница према друготуженом (као и према осталим сатуженицима) и да је суд дужан да о томе одлучи у диспозитиву те пресуде.⁴⁴

36. С обзиром на то да је у парници против евентуално тужених супарничара достављањем тужбе започела литиспенденција и да је у парници пошто је донета мериторна пресуда дошло до привременог обустављања парничне делатности до правноснажности пресуде којом је усвојен тужиочев тужбени захтев у односу на првотуженог, по окончању застоја у наставку поступка суд је у позицији да одлучи у погледу тужбених захтева који су били истакнути према сатуженима и који и даље егзистирају, а који су очигледно постали неосновани јер је спор решен и у погледу којих тужилац више нема стварну легитимацију. Из тог разлога, пошто још увек постоји литиспенденција у покренутој парници против евентуално тужених супарничара, суд је дужан да по правноснажности пресуде којом је усвојен примарно истакнути захтев, донесе пресуду којом одбија истакнути захтев према друготуженом и да одлучи о накнади трошкова поступка с обзиром на успех у парници. Овакав закључак индиректно произлази из дикције одредбе става 1, члана 206 ЗПП (2011) која предвиђа да се у случају евентуално тужених супарничара (увек) доносе две пресуде с тим што њихов редослед зависи од основаности односно од неоснованости тужбеног захтева. Осим тога, овакав закључак произлази и из чињенице да је тужилац једном тужбом против евентуалних тужених истакао тужбени захтев према сваком поједином сатуженом.

37. Ако суд усвоји тужбени захтев према првотуженом он не може пре правноснажности те одлуке да одлучује о основаности захтева према друготуженом,⁴⁵ јер би поступао супротно условима који су постављени у погледу редоследа одлучивања и временског тренутка у развоју поступка у коме се може мериторно одлучити о тужбеном захтеву према друготуженом.

38. Пошто према одредби става 1. члана 206. ЗПП (2011) суд може да одлучује о тужбеном захтеву који је истакнут према друготуженом тек када према првотуженом тужбени захтев буде правноснажно одбијен,⁴⁶ није од значаја да ли је суд то учинио мериторном

⁴⁴ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, петнаесто издање, Савремена администрација, Београд 1999, 235; Д. Палачковић, 177.

⁴⁵ Супротно: С. Сворцан, 484.

⁴⁶ Проф. Сворцан сматра да кад суд нађе да је неоснован тужбени захтев према првотуженом у првом ставу диспозитива одлучиће да је неоснован тужбени захтев према првотуженом, а у другом ставу диспозитива, уколико је основан захтев према друготуженом, одлучиће да усвоји тужбени захтев према друготуженом. За случај да

одлуком на основу контрадикторних тужбених захтева странака или је то учињено пресудом на основу одрицања од тужбеног захтева, која се у погледу свог дејства ни у чему не разликује од пресуде којом је одбијен тужбени захтев након мериторног расправљања, осим у погледу разлога због којих се ова врста пресуде може побијати.

39. Кад суд одбије као неоснован тужбени захтев према првом сатуженом сваки од евентуалних пасивних супарничара има правни интерес да ту пресуду побија жалбом јер у случају успеха у поступку по жалби има прилику да касније у односу на њега тужбени захтев буде одбијен. Кад тужбени захтев према првотуженом буде одбијен, у судској пракси се сматра да сваки од сатужених има правни интерес да изјави жалбу против пресуде којом је одбијен тужбени захтев према претходном туженом.⁴⁷

40. Кад тужбени захтев према првотуженом буде одбијен и та одлука постане правноснажна, тек тада суд може да одлучује о основности захтева према друготуженом супарничару јер је тек тада испуњен законски услов у погледу одлучивања. У овој ситуацији долази до померања у редоследу сатужених тако да ранији друготужени постаје првотужени супарничар. Тужбени захтев према друготуженом који је постао првотужени суд може или да усвоји или да одбије.

41. Започета а незавршена реформа парничне процедуре представља прилику да се попуњавањем постојеће законске празнине отклоне уочени проблеми који су последица различите интерперетације одређе члана 206 ЗПП (2011) у пракси.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Георгијевски, Стефан, *Парнична постапка*, Правен факултет, Скопје 1988;
2. Dika, Mihajlo, Čizmić, Jozo, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije BiH*, OSCE Sarajevo 2000;
3. Zuglia, Srećko, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Školska knjiga, Zagreb 1957;
4. Zuglia, Srećko, Triva, Siniša, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, sveska I, Narodne novine, Zagreb 1957;

су неосновани захтеви и према првотуженом и друготуженом, он наводи да ће суд у првом ставу диспозитива одбити као неоснован тужбени захтев према првотуженом, а у другом ставу диспозитива одбиће као неоснован тужбени захтев према друготуженом. Вид. С. Сворцан, 484.

⁴⁷ Вид. пресуду Врховног касационог суда, Рев. 8793/21 од 2. фебруара 2022.

5. Јакшић, Александар, *Грађанско процесно право*, шесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
6. Јаневски, Арсен, Зороска – Камиловска, Татјана, *Грађанско процесно право*, книга прва, *Парнично право*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2009;
7. Јанковић, Милка, Карамарковић, Хранислав, Јанковић, Живота, Петровић, Драгољуб, *Коментар Закона о парничном поступку*, Привредна штампа, Београд 1977;
8. Juhart, Jože, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetrska založba, Ljubljana 1961;
9. Kamhi, Samuel, *Грађански судски поступак*, Zavod za izdavanje udžbenika, Sarajevo 1967;
10. Кеча, Ранко, *Грађанско процесно право*, седмо издање, Службени гласник, Београд 2012;
11. Кеча, Ранко, Старовић, Боривој, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2004;
12. *Лексикон грађанског права*, (ур. О. Станковић), Номос, Београд 1996;
13. Марковић, Миливоје, *Грађанско процесно право*, Савез удружења правника Југославије, Београд 1957;
14. Палачковић, Душица, *Парнично процесно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2004;
15. Познић, Боривоје, Ракић, Водинелић, Весна, *Грађанско процесно право*, седамнаесто издање, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2015;
16. Познић, Боривоје, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2009;
17. Познић, Боривоје, Ракић, Водинелић, Весна, *Грађанско процесно право*, петнаесто издање, Савремена администрација, Београд 1999;
18. Познић, Боривоје, „Евентуално субјективно спајање тужбених захтев“, *Анали* 1959;
19. Радованов, Александар, *Парнични поступак*, Интермекс, Београд 2006;
20. Сворцан Слободан, *Коментар Закона о парничном поступку*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2012;
21. Станковић, Гордана, Боранијашевић, Владимир, *Грађанско процесно право*, *Службени гласник*, Београд 2023;
22. Станковић, Гордана, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд 2018;
23. Станковић, Гордана, Рачић, Ранка, *Парнично процесно право*, треће издање, Правни факултет, Бања Лука 2017;
24. Станковић, Гордана, *Грађанско процесно право*, девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд 2013;

25. Станковић, Гордана, „Пресуда без одржавања расправе“, *Право – теорија и пракса*, 7–9/13;
26. Станковић, Гордана, *Грађанско процесно право*, *Парнично процесно право*, осмо издање, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2010;
27. Станковић, Гордана, Рачић, Ранка, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Универзитет Медитеран, Подгорица 2010;
28. Станковић, Гордана, Рачић, Ранка, *Парнично процесно право*, Графокомерц, Требиње 2008;
29. Станковић, Гордана, „Модалитети тужбеног захтева“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, Ниш 1988;
30. Triva, Siniša, Belajec, Velimir, Dika, Mihajlo, *Грађанско парнично процесно право*, šesto izdanje, Narodne novine, Zagreb 1986;
31. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Грађанско парнично процесно право*, sedmo izdanje, Narodne novine, Zagreb 2004.

Правни извори

1. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – др. закон;
2. Закон о парничном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 124/04 и 111/09.

Full Professor with a Permanent Title Gordana Stanković, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

POSSIBLE PASSIVE LITIS CONSORTIUM

Summary

Possible passive litis consortium, regulated by the rules of litigation proceedings to remove disputes from legal relations as a pathological social phenomenon, is designated by different terms in the literature of procedural law. This is because the legislator did not name this procedural notion, which, as a special type of the so-called legal litis consortium, differs significantly from other types of litis consortium. A possible passive litis consortium stands out due to its deviation from the general procedural rules applied in a litigation involving litis consortium and the court's decision-making method. The fragmentary legal regulation of this procedural notion has resulted in numerous legal gaps that have been interpreted differently in court practice, leading to ongoing legal uncertainty.

Key words: *Litis consortium; Possible passive litis consortium; Statement of claim.*

Проф. др Бранко Мораит

Редовни професор и судија у пензији

ЗАШТИТА ЛИЧНОСТИ ОД КЛЕВЕТЕ¹

*Прије двадесет година у Републици Српској извршена је декриминализација клевете. За то вријеме је успјешно процесуирана грађанскоправна тужба против лица које је оклеветало другог. Декриминализација клевете извршена је својевремено путем *lex specialis*, Закона о заштити од клевете. Политичка воља је условила да се 2023. године покрене и доврши законодавни поступак враћања кривичног дјела клевете у систем кодификације кривичног права, Кривични законик Републике Српске. Бурне реакције новинарских удружења, невладиних организација и представника „међународне заједнице“ нису зауставиле криминализацију клевете. Релативни успјех протестне кампање је постигнут тако што су новчане казне за клевету смањене у односу на Нацрт закона о измјенама и допунама Кривичног законика Републике Српске. Посљедично томе, правне посљедице осуде не могу наступити када је за кривично дјело изречена новчана казна.*

Кључне ријечи: Клевета; Новчана казна; Накнада штете; Кривично право; Грађанско право.

1. УВОД

Клевета је у старим правима била један од најтежих злочина. Хамурабијев законик предвиђао је смртну казну за клеветника, док је римско право властима налагало да клеветнику усијаним жељезом урежу на чело грчко слово „К“ тако да сви, чим га погледају, виде да је он клеветник.

Бранко Мораит, *brankomoraitbm@gmail.com*.

¹ *Calumnia* (клевета)

Nihil est tam volucrum quam maledictum: nihil citius excipitur, nihil latius dissipatur. (Cicero, *Pro Mur*, 6) Ништа није тако хитро као клевета; ништа се лакше не износи, ништа брже не прихвата и ништа даље не шири.

Diffamare cave, quia revocare grave. (Чувај се да не клеветаш, јер је (клевету) тешко опозвати.) А. Ромац, *Латинске правне изреке*, Загреб 1982, 71.

Данашње стање друштвених односа, нарочито у јавном простору, презасићено је насиљем свих врста и према свакоме. То се посебно осјећа у политичком животу гдје су засједања највиших законодавних тијела, код нас али и у региону, полигон за салве увреда и вријеђања политичких противника и неистомишљеника, што се медијски преноси у домове свих грађана. Такав медијски смјер је настављен и путем штампаних медија али и каналима тзв. друштвених мрежа, а особито сајтовима новина који су сада реквизит доступан сваком имаоцу мобилног телефона, без потребе да купује штампу или да гледа телевизију. Босна и Херцеговина је и након двадесет осам година од завршетка грађанског рата формално-правно али и реално издијељена земља, упркос несмањеном утицају фактора „међународне заједнице“ на њено унутрашње уређење и укупно функционисање. Алатке које су уградиле западне силе у виду високог представника, вијећа за имплементацију мира, страних судија у Уставном суду БиХ, представника ЕУ, разних савјетника и владиних и невладиних организација, премрежиле су друштвено-политички живот у земљи и зашле у све поре друштвено-политичких и економских односа. Сви потези домаћих политичких представника, који су демократски бирани, под сталном су паском међународних представника. Таква је ситуација и у домену законодавства. Транзицијски прописи доношени су под утицајем међународних званичника и високих представника. На тај начин је својевремено извршена декриминализација клевете у оба босанско-херцеговачка ентитета. Декриминализација клевете није својствена већини законодавстава Европе.² Намјера владе и скупштине Републике Српске да (ре)криминализује клевету наишла је на одлучно противљење фактора „међународне заједнице“, организација „цивилног друштва“, удружења грађана, новинарских удружења и невладиних организација, као и невладиних медија. На аргументе заговорника криминализације, да је клевета у већини европских земаља криминализована,³ представник ЕУ у Босни и Херцеговини је реплицирао ставом да је правосуђе у тим земљама на вишем нивоу од босанско-херцеговачког правосуђа. Тиме је оклеветано домаће правосуђе инсинуацијом да ће оно пристрасно и ригидно примјењивати одредбе кривичног законика на штету новинара и грађана, а по нало-

² Клевета је декриминализована у Великој Британији, Ирској, Румунији, Кипру и Малти (*International Press Institute – IPI*).

³ Исланд, Шпанија, Португал, Андора, Француска, Монако, Луксембург, Лихтенштајн, Швајцарска, Њемачка, Белгија, Холандија, Данска, Шведска, Литванија, Летонија, Естонија, Пољска, Чешка, Словачка, Аустрија, Италија, Словенија, Мађарска, Грчка, Турска, Русија, Бјелорусија, Украјина, Сан Марино, Србија (затворске казне), Бугарска, Сјеверна Македонија.

зима политичких моћника!⁴ То је оцјена високог политичког резидента ЕУ о оном истом правосудном апарату који је формиран уз директну подршку „међународне заједнице“ уз, од домаћих званичника, „прихваћена“ законодавна, организациона и кадровска рјешења! Према изјави шефа мисије *OSCE-a* у БиХ, америчког дипломате, *Briana Aggelera*, међународна заједница је забринута стањем слободе медија у земљи, те растом непријатељства према медијима и невладином сектору, јер према анализама правних експерата *OSCE-a*, преко 80 одсто случајева тужби за клевету у БиХ поднесено је против новинара и новинских кућа, а тужиоци су политичари.⁵

2. О (РЕ)КРИМИНАЛИЗАЦИЈИ КЛЕВЕТЕ

Народна скупштина Републике Српске је на Четвртој редовној сједници одржаној 20. јула 2023. године усвојила Закон о измјенама и допунама Кривичног законика. На истој сједници, Народна скупштина Републике Српске задужила је Владу Републике Српске да у року од 90 дана припреми и у скупштинску процедуру упути Нацрт закона о медијима.⁶ Тиме је окончана јавна расправа и протести новинара поводом доношења законских одредаба којима се кривичноправним санкцијама врши рекриминализација клевете. Босна и Херцеговина је једна од ријетких транзицијских европских држава⁷ која је у оба своја ентитета, својевремено, донијела законе о декриминализацији клевете. То се сматрало великим цивилизацијским, демократским и либералним пројектом који је имао за циљ да се ослободе медији и грађани од стега цензуре и да слободније говоре о ономе што виде и мисле. У Федерацији БиХ клевета је остала декриминализована, мада се сматра да ће криминализација клевете извршена у Републици Српској утицати и на грађане и медије у Федерацији, због озакоњене међуен-

⁴ На конференцији „Критички гласови под притиском?“ Сатлер је рекао: „Друга чињеница да то постоји у неким земљама чланицама ЕУ је да те земље имају изузетно здрав правосудни систем. Уколико то и постоји у законима, тамо има правосудни систем који заиста функционише. Оно што видимо у БиХ, с обзиром на досадашње извештаје о напретку, јесте да постоји много проблема у раду правосуђа и пуно политичких утицаја, а управо је опасност да ће се то злоупотребити на тај начин.“ (БИРН БиХ, 1. 6. 2023., *avaz.ba*).

⁵ Извор: *slobodnaevropa.org*, са Конференције „Критички гласови под притиском?“ о медијским слободама у организацији Делегације ЕУ у БиХ, *OSCE-a* и Амбасаде Чешке у БиХ, Бања Лука, 1. јун 2023. године.

⁶ Интернет страница Народне скупштине Републике Српске, 20. јул 2023. године.

⁷ У већини европских држава прописане су затворске казне за клевету. У Бугарској, Хрватској и Сјеверној Македонији, предвиђене су новчане казне као кривичне санкције. Клевета је декриминализована у Великој Британији, Ирској, Румунији, Кипру и Малти. (Подаци Међународног новинарског института – *IPI*)

титетске кривичноправне сарадње у прогону починилаца кривичних дијела.

С обзиром на то да је рекриминализација клевете у Републици Српској изазвала велику пажњу професионалне јавности и критике новинарске асоцијације, опозиционих странака и дијела грађанства, неопходно је поставити питање: да ли је клевета заиста кривично дјело? По овом питању, тражили смо одговор у кривичноправној теорији. Кривично право има основну функцију заштите друштва од криминала и обезбјеђивање услова за заједнички живот људи у друштву. Кривично право одређује које људско понашање представља кривично дјело.⁸ По нашем мишљењу, кривично право, односно наука кривичног права указују на то које људско понашање представља кривично дјело и легитимно образлажу законодавцу које понашање треба да опише и санкционише као кривично дјело. И данас важи максима: *nulla crimen, nulla poena sine lege*. Да ли кривично право као наука има у данашњем политичком и правном окружењу ауторитет да то утврђује и да га законодавац слиједи? По нашем мишљењу, наука кривичног права у нашем региону нема такву власт, него је свој ауторитет препустила извршној власти или чувеној „политичкој вољи“ странака на власти. Професори кривичног права⁹ указују да је неопходно успоставити материјалну, суштинску, страну кривичног права. Кривично право проналази разлог за нормирање кривичних дјела у почињеном злочину, његовој тежини и кривици починиоца.¹⁰ Учиниоца кривичног дјела је извршилац кривичног дјела и због утврђене виности у кривичном поступку од стране независног судије, изричу му се кривичне санкције, казне или мјере упозорења (условна осуда или судска опомена), мјере безбједности или васпитне мјере. У контексту контроверзи око рекриминализације клевете, треба испитати улогу принципа супсидијарности кривичног права. То је принцип ограничавања кривичноправне принуде на случајеве када се заштита основних правних добара не може остварити неким другим, нерепресивним или мање репресивним методом регулисања. Питање је, да ли је примјена кривичноправних метода, као мјера заштите од клевете, оправдана и легитимна? Као што је добро познато, извршне и законодавне власти у Републици Српској, упркос притисцима представника „међународне заједнице“ и протестима једног дијела новинарске заједнице, нису одустале од криминализације клевете те је, заједно са досадашњим грађанскоправним приступом одговорности за клевету,

⁸ М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право – општи дио*, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука 2008, 19.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, 21.

усвојила и кривичноправне прописе за клевету. Сликвито речено, тачак правне историје санкционисања клевете грађанским санкцијама је заустављен и враћен уназад са донекле модификованом, односно ублаженом кривичноправном регулативом.

Према неким процјенама, барем у погледу новелираних законских прописа о медијима, под притиском фактора међународне заједнице, Босна и Херцеговина је, без обзира колико то парадоксно изгледало, у предности у односу на медијске прописе који важе у земљама у окружењу. Међутим, медијска пракса је управо проблем који треба више да се освијетли, јер је угроженост права приватности и личности од стране медија, контраефекат или колатерална штета у пројекту освајања слободе медија ради развоја демократије. Иако је право на слободу изражавања гарантовано и међународним и домаћим законским актима, ова слобода није безгранична и неприкосновена. Професори кривичног права напомињу да је неопходно успоставити материјалну (суштинску) страну кривичног права.¹¹

То су управо дилеме које се отварају и правној теорији, зато што се питамо да ли је боље да имамо слободу изражавања, што је компонента слободе и демократије и као вриједност „за себе“, чак и онда када се користи на такав начин да вријеђа достојанство људског бића, као вриједности „по себи“.

Посебно нас занима којим правним средствима најбоље заштитити лична права на част, углед и достојанство. Част је сопствено осјећање моралне вриједности. То је сопствено мишљење које свако има о себи, које може бити повријеђено неистинитим објавама, особито у медијима и друштвеним мрежама. Углед је став животне средине о моралној вриједности грађанина или квалификација коју животна средина даје о нечијој личности. То је уважавање и поштовање које неко има од стране особа које га познају и цијене, и које могу да се промијене и уздрмају неистинитим изјавама. Ради се о заштити нечијег „доброг имена“ или „доброг гласа“. Достојанство је апсолутна и аутономна унутрашња вриједност блиска узвишености, самосвијест о значењу себе као размишљајућег и моралног бића свјесног потребе остварења себе као слободног бића. Достојанствен човјек не прави уступке и не стиди се своје слободе и одговорности.

Да ли ће демократија, као политички пројекат, боље „умети да пева“ ако маргинализујемо, путем законских норми, људско достојанство, част, углед и приватност појединца зарад ње саме, остаје да се покаже у пракси.

¹¹ М. Бабић, И. Марковић, 19.

3. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА НА ЛИЧНО ДОСТОЈАНСТВО У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Кривично законодавство у постдејтонској Босни и Херцеговини развијало се у периоду од 1992. до 2003. године на нивоу ентитета. У Републици Српској били су на снази Кривични закон Републике Српске и Кривични закон Републике Српске – посебни дио. Оба ова закона су била готово неизмијењени Кривични закон СФРЈ и Кривични закон СРБиХ преузети одредбом чл. 12 Уставног закона за провођење Устава Републике Српске. Доношењем Кривичног законика 2000. године Република Српска је добила своје прво кривично законодавство. У Федерацији БиХ је била идентична ситуација све до доношења Кривичног закона Федерације БиХ 1998. године.¹²

У преузетом¹³ кривичном закону СР Босне и Херцеговине, Кривични закон СРБиХ у поглављу 10 прописивао је кривична дјела против части и угледа:¹⁴ клевета (80), увреда (81), представљање личних и породичних околности (82), омаловажавање пребацавањем за кривично дјело (83), некажњивост за поједина кривична дјела против части и угледа нормираних у чл. 80 до 82, (84), повреда угледа социјалистичке републике и социјалистичке аутономне покрајине, народа и националности Југославије (85), кривично гоњење за кривична дјела против части и угледа (86) и објављивање судске пресуде (87).

Клевета је била дефинисана као изношење или проношење неистине о другоме, што би могло да угрози његову част и углед и била је забрањена новчана казна или казна затвора до шест мјесеци (чл. 80, ст. 1). Ако је клевета ширена преко штампе или других средстава за јавне информације или комуникације или на јавном скупу, забрањена је била затворска казна до годину дана (чл. 80, ст. 2). Ако је садржај клевете од таквог значаја да је то узроковало озбиљне последице по повријеђену особу, казна је била од три мјесеца до три године затвора (чл. 80, ст. 3). Ако је оптужени био у стању да докаже да су његове тврдње истините или ако је доказао да има разумног основа да вјерује у истинитост онога што је рекао или проносио, није могао да буде кажњен због клевете, али је могао да буде кажњен због увреде (81) или за омаловажавање пребацавањем за кривично дјело (83) (чл. 80, ст. 4). Ко за другога лажно износи или проноси да је починио кри-

¹² *Ibid.*, 61.

¹³ Кривични закон СРБиХ, *Службени лист СРБиХ*, бр. 16/77 од 10. јуна 1977. са амандманима: 32/84, 19/86, 41/87, 33/89, 2/90, 24/91, и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 4/93, 17/93, 26/93 и 14/94.

¹⁴ У заградама су бројеви одредаба – чланова КЗ СРБиХ.

вично дјело за које се гони по службеној дужности казниће се због клевете, иако је имао разуман разлог да вјерује у истинитост онога што је рекао или пренио, ако изношење или доношење није учињено под условима наведеним у одредби чл. 84, ст. 2 КЗ СРБиХ, зато што су овом одредбом прописани услови некажњавања за кривично дјело клевете. Према изричитој законској одредби, истинитост чињенице да је неко починио кривично дјело, за које се гони по службеној дужности, може се доказати само правоснажном пресудом, а другим доказним средствима само ако гоњење или суђење није могуће или није дозвољено (чл. 80, ст. 5). Због клевете, суд је могао да изрекне само судску опомену за нарочито тешки облик клевете из ст. 3, чл. 80 КЗ СРБиХ, ако је починилац на клевету био изазван непристојним или грубим понашањем оштећеног, ако је клеветник пред судом показао спремност да се оклеветаном извини и ако је пред судом опозвао оно што је износио или проносио о посебно озбиљној форми клевете која се помиње у ставу 3 члана 80.

У Републици Италији клеветање кроз штампу је кривично дјело, али према ријечима проф. др Паола Каретија, за четрдесет година била су само два случаја у којима су новинари осуђени на затворске казне, наглашавајући да је такав исход више резултат неуспјеха одбране. Према извјештајима медија, новинари у Турској су 17. марта 2005. године протестовали на улицама Истанбула, неки са лисицама на рукама и селотејпом на устима, како би указали властима да нови кривични закон Турске гуши слободу штампе, да је написан нејасним језиком који може да олакша санкционисање новинара и да садржи одредбе које могу отежавати новинарски посао, те да предвиђа затворске казне умјесто новчаних казни за увреду.¹⁵

4. О ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЈИ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА ПРОТИВ ЧАСТИ И УГЛЕДА

Кривични закон Републике Српске – КЗРС,¹⁶ који је ступио ступио на правну снагу 1. јула 2003. године, декриминализовао је кривична дјела клевете и увреде.

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине¹⁷ ступио је на снагу 1. августа 2003. године и ступањем на снагу престао је да важи Кривични закон ФБиХ,¹⁸ и не садржи главу у којој су раније била

¹⁵ Ослобођење, 18. III 2005.

¹⁶ Службени гласник РС, бр. 54/03.

¹⁷ Службене новине ФБиХ, бр. 36/03.

¹⁸ Службене новине ФБиХ, бр. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00 и 59/02.

прописана „кривична дјела против части и угледа“, чиме је и у ФБиХ извршена декриминализација клевете и увреде.

Високи представник (HR) за Босну и Херцеговину је својом Одлуком о слободи информисања и укидању кривичних казни за увреду и клевету, од 30. јуна 1999. године укинуо затворску казну предвиђену одредбама чл. 80 до 87 тада важећег, Кривичног закона Републике Српске – Посебни дио. Својом одлуком је HR позвао ентитетске законодавне власти да припреме Закон о заштити од клевете – ЗоК према методи грађанскоправног уређивања друштвених односа и да утврде грађанскоправне санкције у случају повреде права личности у складу са највишим међународним стандардима. Циљ ове законодавне иницијативе била је декриминализација одговорности за повреде нанесене части и угледу физичког или правног лица укидањем чл. 174 до 182 Кривичног законика Републике Српске. Даљи циљ ове одлуке HR-а било је прилагођавање одредаба грађанског права о клевети, садржаних у Закону о облигационим односима – ЗОО, највишим међународним стандардима. Ови стандарди утврђени су одредбом чл. 10 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, а потврђени су кроз одлуке Европског суда за људска права у Стразбуру.

У примјени, одредбе ЗоК-а требало је тумачити као *lex specialis* у складу са релевантним одредбама ЗОО, које нису биле дерогиране, али њихова примјена је била могућа само за случајеве досуђивања накнаде нематеријалне штете, за сваку повријеђену особу која има право на задовољење због повреде права личности за претрпљене душевне болове, повреде части и угледа, која им је нанијета од стране других лица, али не путем медија.¹⁹ Стога, ЗОО остаје на снази за случајеве повређивања части, угледа и достојанства које су друге особе починиле против грађана, али не преко медија. Међутим, ЗоК штити грађане од медијски извршене клевете, односно клевете путем медија. У том смислу, ЗоК успоставља заједничку одговорност, тачније одговорност више лица за исту штету.

Мотиви и разлози који су навели HR-а да подстакне ову законску регулацију декриминализације клевете кроз медије налазимо у идеји да се осигура максимална слобода изражавања, којој је, по схватању HR сметала кривичноправна регулатива и кривично санкционисање ових понашања, а истовремено, да се установе прихватљива ограни-

¹⁹ Чл. 5 ЗоК своди одговорно лице на свако пословно способно лице које је проузроковало другоме штету повредом угледа физичког или правног лица изношењем или проношењем нечег неистинитог и откривши идентитет оклеветаног лица трећим лицима.

чења која могу да омогуће заштиту части, угледа и достојанства грађана који би били повријеђени изношењем и проношењем неистинитих чињеница.

5. КРАТАК ОСВРТ НА РЈЕШЕЊА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ОД КЛЕВЕТЕ

Република Српска усвојила је Закон о заштити од клевете на сједници Народне скупштине Републике Српске 24, 25 и 26. јула 2001. године.^{20 21}

Федерација Босне и Херцеговине усвојила је Закон о заштити од клевете у марту 2003. године,²² а ступио је на снагу 14. маја 2003. године.²³

Закон о парничном поступку²⁴ од 17. јула 2003. године, ступио је на снагу у Републици Српској 1. августа 2003. године.

Закон о парничном поступку²⁵ од 28. октобра 2003. године, ступио је на снагу у Федерацији Босне и Херцеговине 5. новембра 2003. године.

Закон о извршном поступку²⁶ од 23. јуна 2003. године, ступио је на снагу у Републици Српској 1. августа 2003. године.

Циљ ових новелираних материјалноправних и процесноправних прописа грађанског права било је промовисање и заштита „слободе медија“, која се развија у право на слободу медија. У одредби члана 1 ЗоК утврђује се да његове одредбе одређују прихватљива ограничења у вези са правом на слободу информација посебним регулисањем грађанскоправне одговорности за штету проузроковану угледу физичког или правног лица тако што ће износити или проносити неистините чињенице. У истом чл. 1, ст. 1, т. (а), (б) и (ц) право на слободу информисања ће бити гарантовано као основа демократског друштва

²⁰ *Службени гласник РС*, 37/01.

²¹ Чланом 1 ЗоК РС прописано је да се овим законом уређују прихватљива ограничења слободе изражавања у погледу грађанске одговорности за штету нанесену угледу физичког или правног лица изношењем или проношењем нечег неистинитог.

²² *Службене новине ФБиХ*, 19/03.

²³ Члан 1 ЗоК ФБиХ прописује да се овим законом регулише грађанска одговорност за штету проузроковану репутацијом природног или правног лица представљањем или преносом неистинитих чињеница идентификовањем тог физичког или правног лица трећем лицу.

²⁴ *Службени гласник РС*, 58/03.

²⁵ *Службене новине ФБиХ*, 53/03.

²⁶ *Службени гласник РС*, 59/03.

у питањима политичког и јавног интереса; оно укључује не само корисне и увредљиве информације, већ и слободу изражавања и и за оне информације које могу да увриједе, шокирају или узнемиравају, јер медији треба да имају значајну улогу у процесу изградње демократског друштва, као јавни посматрачи и снабдјевачи јавности информацијама, и који могу слободно да износе и проносе све информације без ограничења, али и да сnose одговорност коју толика слобода пружа ако и када нанесу штету части, угледу и достојанству физичком или правном лицу, и са правним посљедицама утврђеним одредбама ЗоК на принципима и нормама грађанскоправне одговорности. У том смислу, одредбе о тумачењу правила ЗоК прописују да се она морају тумачити у примјени на начин, да би се осигурала, у највећој мјери, слобода изражавања (чл. 2 ЗоК). То значи да се одредбе ЗоК тумаче у корист емитера информације, а не оштећене стране. Ово је посебна варијанта примјене правила тумачења уговора за добробит дужника (упореди одредбу чл. 101 ЗОО).

6. НАКНАДА ШТЕТЕ ЗА КЛЕВЕТУ ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ОД КЛЕВЕТЕ

Према одредби члана 11 ЗоК, накнада штете због клевете обухвата накнаду како материјалне тако и нематеријалне штете. Регулацивом ЗоК, одредбом чл. 11, ст. 1 прописано је шта се подразумијева под циљем накнаде штете за клевету. Према тој одредби, накнада штете се врши искључиво са намјером да се надокнади штета настала повредом угледа повријеђеног лица, а та накнада мора бити пропорционална насталој штети. У другом дијелу исте одредбе, законодавац је прописао посебне критерије за одмјеравање висине штете, односно износа новчане накнаде штете. У првој групи специјалних критеријума постоји упутство суду да узме у обзир све околности случаја, посебно све мјере предузете да би се умањила штета, а нарочито: објављивање исправки, опозивање изјаве или извињења, чињеница да ли је клеветник стекао новчану корист од изношења или проношења неистинитих чињеница о оклеветаном, као и чињеница да би вриједност накнаде штете, која би требала бити досуђена оштећеном, могла довести до великих финансијских проблема или банкрота проузроковача клевете.

Све те мјере су сегментирани аспекти обавезе умањења, која иде у правцу заштите извора клевете од претјерано високо постављеног захтјева за накнаду штете, јер би тада значајно својеврстан насртај на слободу изражавања. Законодавац је очигледно желио да умањи степен заштите права личности грађана од клевете како би „слобода изражавања“ опстала као уставом загарантовано право у складу са

највишим међународним стандардима, који су обухваћени одредбом чл. 10 Европске конвенције о људским правима и основним слободама и потврђени од стране Европског суда за људска права, што би био важан допринос изградњи слободе и демократије у Босни и Херцеговини.²⁷

У прилог²⁸ овој оцјени постоји и одредба да суд не може да усвоји мјере које забрањују или ограничавају изражавање прије првог публикавања клевете. Привремена судска мјера која забрањује преношење изражавања заправо је правосудна мјера која забрањује даље изражавање с обзиром на то да се мјера забране или ограничавања изношења или проношења клевете може исходити од суда само *post festum*,²⁹ тек након што се штета догоди, а њено изрицање је вишеструко условљено.³⁰ Стална судска мјера, која забрањује пренос изражавања и забрану даљњег изражавања, може се изрећи ако се испуне два кумулативна услова: 1) да је утврђено да је изражавање незаконито и 2) да је утврђено да је конкретно лице одговорно за изношење или проношење изражавања. Самим тим, само друго и било које следеће изражавање може се забранити судским мјерама, али само ако се утврди да су дати изрази незаконити. То значи да је неопходно доказати да су специфични изрази незаконити у правном поступку или у поступку у којем се одлучује о трајној судској забрани изражавања. Да би изражавање било нелегално, мора бити неистинито. Одредба о накнади штете је нормирана и у одредбама ЗЈИ.³¹ Ова одредба директно одговара одредби чл. 11, ст. 3 ЗоК, јер одговара на питање које се изражавање сматра незаконитим, односно противправним. Поред тога, одговорност особе за изражавање или проношење израза мора бити утврђена. Одговорна особа је она која је обавезна да надокнади штету. По правилу, то је штетник, лице за које повријеђена страна докаже да штета потиче од њега, тачније речено, да је предузео штет-

²⁷ Из *Образложења Нацрта закона о клевети*, Министарство правде Републике Српске, Бања Лука, март 2001. године.

²⁸ Закон о јавном информисању – ЗЈИ, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 10/97, чл. 11, ст. 2.

²⁹ ЗоК, чл. 11, ст. 2.

³⁰ ЗоК, чл. 11, ст. 3.

³¹ Одредба чл. 64 ЗЈИ гласи: „Ако јавно гласило објави неистиниту информацију којом се нарушава углед или интерес правног или физичког лица на кога се информација односи, или којом се вређа част или интегритет појединца, износи или преноси неистинити наводи о његовом животу, знању, способностима, или на други начин вређа његово достојанство, заинтересовано правно или физичко лице има право на тужбу надлежном суду за накнаду штете против оснивача, издавача, главног и одговорног уредника и аутора информације.“

ну радњу неистинитим изражавањем и да такво лице може да буде одговорно лице, јер је оно деликтно способно.³²

Према чл. 12, ст. 1 ЗоК субјективни рок застаре подношења захтјева суду је три мјесеца од датума када је тужилац сазнао или је могао да сазна за изражавање и идентитет лица које је узроковало штету. У истој одредби, у другом дијелу реченице, одређен је објективни рок застаре од годину дана од датума када је изражавање предочено трећем лицу. У сваком случају, специјалним законом, ЗоК, знатно су скраћени рокови застаре потраживања захтјева за надокнаду проузроковане штете у односу на застарне рокове прописане у ЗОО. Сва друга питања застаре потраживања накнаде штете предмет су одговарајућих одредаба ЗОО.³³

Друга одредба ЗоК која привлачи пажњу је она која на посебан начин одређује питање наслеђивања права на надокнаду штете. Овим одредбама је предвиђено да као сукцесор тужиоца у парници може да се појави само „наследник првог степена“ ако се тај наследник обрати суду у року од три мјесеца од датума смрти тужиоца и изјави да жели да настави поступак.³⁴

Под називом „Границе дјеловања закона“ у одредби чл. 4, ст. 1 ЗоК прописано је да се одредбе тога закона примјењују на све тужбе за накнаду штете, а не одредбе ЗОО-а, без обзира на наводе тужиоца у тужби, ако је могуће процијенити, из чињеничног основа тужбе, да је тужба поднијета због незаконите повреде угледа тужиоца изазване изношењем или проношењем нечег неистинитог, без обзира на врсту тужбе. Активну легитимацију за подношење тужбе немају јавни органи. Чланови јавног органа, тј. јавни службеници, могу да поднесу тужбу само у личном својству.³⁵

Када је у питању тумачење закона, суд је обавезан да тумачи одредбе ЗоК у корист принципа слободе изражавања или на тај начин како би осигурао слободу изражавања у највећој мјери.³⁶ То значи да се законодавац определио да између принципа слободе изражавања и заштите личних права части и угледа, предност има начело слободе изражавања, које се сматра основом демократског политичког система и који се не може жртвовати или ограничити заштитом личности од клевете, јер би тада слобода изражавања била ослабљена и онемогућена.

³² Б. Мораит, *Облигационо право – књига друга*, Бања Лука 1999, 31.

³³ ЗоК, чл. 13.

³⁴ ЗоК, чл. 12, ст. 2.

³⁵ ЗоК, чл. 4, ст. 2.

³⁶ ЗоК, чл. 2.

По правилу, суд је обавезан да суди по закону, тачније да се придржава процесних одредаба чије норме су императивне природе. Међутим, у области суђења за штету проузроковану прекорачењем граница слободе изражавања, која, према намјерама законодавца, треба да буде неограничена, суд је обавезан не само да се придржава императивних норми грађанског процесног права, него и да узме у обзир судску праксу Европског суда за људска права, која је настала примјеном одредаба чл. 10 (2) Европске конвенције о људским правима, а која судска пракса се у ЗоК назива „стандардом доказивања“.³⁷ Сврха ове одредбе је да ограничење права на слободу изражавања такође ограничи и суду који досуђује накнаду штете за клевету, према одредбама ЗоК. То значи да ће судска пракса бити извор права у дијелу који се односи на досуђивање накнаде штете због прекорачења граница слободе изражавања и тиме проузроковане штете, а да ће досуђивање такве штете бити ограничено и хармонизовано са судском праксом Европског суда за људска права. Другим ријечима, према одредбама ЗоК, одступа се од начела потпуне накнаде штете успостављеног у ЗОО.

Тужилац је, у поступку накнаде штете према правилима ЗоК, обавезан да поштује такозвану „обавезу ублажавања“. Од повријеђене стране ЗоК захтијева да смањи могућа оштећења, односно да предузме све мјере за ублажавање обима штете узроковане клеветом, а посебно да тражи исправку клевете.³⁸

ЗоК је такође превидио мирeње странака, као алтернативни начин рјешавања спора, поводом захтјева за накнаду штете од клевете. Надлежни суд ће имати у виду да, када су се стекли услови, спор оконча мирeњем странака.³⁹

ЗоК је успоставио специјални институт за заштиту повјерљивих извора. Дужности свједочења о повјерљивим информацијама, тј. о извору информација, ослобођен је новинар⁴⁰ или друга особа укључена у новинарске активности, тражења, примања или дијељења информација јавности, као и било које друго физичко лице које учествује у судском поступку који, као резултат свог професионалног односа са новинаром или другом особом која је ангажована у новинарству, сазна идентитет повјерљивог извора информација.⁴¹ Право

³⁷ ЗоК, чл. 7.

³⁸ ЗоК, чл. 1, ст. 1.

³⁹ ЗоК, чл. 9.

⁴⁰ ЗоК, чл. 10, ст. 1.

⁴¹ ЗоК, чл. 10, ст. 2.

заштите повјерљивих информација⁴² укључује право да се не открива суду или јавности било који документ који би могао да идентификује идентитет извора информација, који укључује посебно: усмене, писане, аудио, визуелне или електронске материјале.⁴³ ЗоК посебно⁴⁴ наглашава да право на заштиту повјерљивог извора није ограничено контекстом процедуре у смислу овог закона. То је такође утврђено одредбом чл. 13 ЗоК према којој⁴⁵ је овај закон *lex specialis* и у односу према Закону о парничном поступку, укључујући и правила ЗПП која се односе на свједоке. Како је прописано одредбом чл. 13 ЗоК, овај закон је *lex specialis* у односу не само на материјалноправне прописе, као што је Закон о облигационим односима, него и у односу на процесноправне прописе, Закон о парничном поступку и Закон о извршном поступку.

7. ПРАВНЕ ПОСЉЕДИЦЕ (РЕ) КРИМИНАЛИЗАЦИЈЕ КЛЕВЕТЕ

Још 2000. године Влада Републике Српске припремила је Нацрт закона о измјенама и допунама Кривичног законика – КЗ. Постојала је иницијатива да се у посебном дијелу КЗ пропишу кривична дијела против части и угледа. Ова иницијатива није прихваћена од стране Комисије за израду Нацрта кривичног законика из разлога, како се наводи у Образложењу Нацрта КЗ из фебруара 2000. године, из разлога што је одредбама важећег ЗоК⁴⁶ искључена кривична одговорност за наведена кривична дјела, а прописано право на утврђивање грађанске одговорности. Како се даље наводи, у наведеном законском образложењу, приликом доношења ЗоК водило се рачуна да право на слободу изражавања, које је гарантовано Уставом Републике Српске и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, представља један од темеља демократског друштва, посебно када се ради о питањима од политичког и јавног интереса, те да средства информисања имају веома значајну улогу у демократском друштву као јавни посматрачи и снабдијевачи јавности информацијама.⁴⁷

⁴² ЗоК, чл. 10, ст. 1.

⁴³ Један од недавних примјера у САД је интересантан, јер је суд у Атланти осудио бившег аналитичара у националној агенцији за наркотице на годину дана затвора због одавања повјерљивих информација лондонском „Тајмсу“ (К. Курспахић, *Независне новине*, 20–21.12.2003, 7).

⁴⁴ ЗоК, чл. 10, ст. 1.

⁴⁵ ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, чл. 137–146.

⁴⁶ *Службени гласник РС*, бр. 37/01.

⁴⁷ Према *Објашњењу Нацрта закона о амандманима на Кривични закон Републике Српске*, Влада Републике Српске, фебруар 2000.

На иницијативу предсједника Републике Српске, Влада РС је у марту 2023. припремила Нацрт закона о измјенама и допунама КЗ. Овај законодавни документ изазвао је жестоку реакцију међународне заједнице, удружења новинара и удружења грађана због својих драконских санкција. Тако је била запријеђена казна за увреду од 5.000 до 20.000 КМ, а ако је увреда емитована преко медија од 10.000 до 50.000 КМ, за клевету од 8.000 до 30.000 КМ, а за клевету путем медија од 15.000 до 80.000 КМ, а ако би клевета довела до озбиљнијих посљедица за оклеветано лице од 20.000 до 1000.000 КМ!

Након проведених јавних расправа и скупштинског законодавног поступка, Народна скупштина Републике Српске је 20. јула 2023. године усвојила Закон о измјенама и допунама КЗ РС,⁴⁸ којим је клевета прописана као кривично дјело. У наставку, представићемо одредбе Закона о измјенама и допунама КЗ РС.

„У Кривичном закону РС-а додаје се нови члан 156а, који гласи:

Неовлаштено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка

(1) Ко објави или прикаже спис, портрет, фотографију, видео запис, филм или фонограм личног карактера, без пристанка лица које је спис саставило или на кога се спис односи, односно без пристанка лица које је приказано на портрету, фотографији, видео запису или филму или чији је глас снимљен на фонграму или без пристанка другог лица чији се пристанак по закону тражи, а такво објављивање или приказивање је имало или могло да има штетне посљедице по лични живот тог лица, казниће се новчаном казном или казном затвора до двије године.

(2) Ако је дјело из става 1 овог члана учињено према члану породице или породичне заједнице или према другом лицу у намјери наношења штете угледу тог лица, учинилац ће се казнити казном затвора од шест мјесеци до три године.

(3) Ако је усљед дјела из ст. 1 или 2 овог члана озбиљно нарушено здравље лица чији је спис, портрет или видео снимак објављен, учинилац ће се казнити казном затвора од једне до пет година, а ако је то довело до смртне посљедице, учинилац ће се казнити затвором од двије до десет година.“

Послије члана 208, додаје се нова Глава XVIIа – Кривична дјела против части и угледа, називи чланова и нови чл. 208а, 208б, 208в, 208г, 208д и 208ђ, који гласе:

⁴⁸ *Службени гласник РС*, бр. 73/23, објављен 24. 8. 2023.

Клевета, члан 208а.

(1) Ко о другом износи или проноси нешто неистинито, што може шкодити његовој части или угледу, знајући да је оно што износи или проноси неистина, казниће се новчаном казном од 1.000 КМ до 3.000 КМ.

(2) Ако је дјело из става 1 овог члана учињено путем штампе, радија, телевизије, компјутерске мреже или других видова комуникације, на јавном састанку или на други начин, због чега је оно постало доступно већем броју лица, казниће се новчаном казном од 2.000 КМ до 5.000 КМ.

(3) Ако је оно што се износи или проноси довело или могло довести до тешких посљедица за оштећеног, учинилац ће се казнити новчаном казном од 3.000 КМ до 6.000 КМ.

Изношење личних и породичних прилика, члан 208б.

(1) Ко износи или проноси штогод из личног или породичног живота неког лица што може шкодити његовој части или угледу, а што није, нити може представљати чињенице које су од оправданог интереса, казниће се новчаном казном од 1.000 КМ до 3.000 КМ.

(2) Ако је дјело из става 1 овог члана учињено путем штампе, радија, телевизије, рачунарске мреже или других видова комуникације, на јавном скупу или на други начин, због чега је постао доступан већем броју лица, учинилац ће се казнити новчаном казном од 2.000 КМ до 5.000 КМ.

(3) Ако је оно што се износи или проноси довело или могло довести до тешких посљедица за оштећеног, учинилац ће се казнити новчаном казном од 3.000 КМ до 6.000 КМ.

(4) Истинитост или неистинитост онога што се износи или проноси из личног или породичног живота неког лица не доказује се.

Јавно излагање порузи због припадности одређеној раси, вјери или националности, чл. 208в.

Ко јавно изложи порузи или презиру лице или групу лица због припадности одређеној раси, боји коже, вјери, националности или због етничког поријекла, сексуалног одређења или родног идентитета, казниће се новчаном казном од 2.000 КМ до 6.000 КМ.

Искључење противправности код кривичних дијела против части и угледа, чл. 208г.

Нема кривичног дјела из чл. 208а и 208б овог законика, ако се ради о увредљивом изражавању или изношењу нечег неистинитог у научном, стручном, књижевном или умјетничком дјелу, у вршењу дужности прописане законом, новинарског позива, политичке или

друге јавне или друштвене дјелатности или одбрани неког права, ако из начина изражавања или из других околности произилази да то није учињено у намјери омаловажавања, или ако лице докаже истинитост свог тврђења, или да је то имало основаног разлога да повјерује у истинитост онога што је износило или проносило.

Гоњење за кривична дјела против части и угледа, члан 208д.

(1) Гоњење за дјела из чл. 208а и 208б овог законика предузима се по приједлогу.

(2) Ако су дјела из чл. 208 и 208б овог законика учињена према умрлом лицу, гоњење се предузима по приједлогу брачног друга или лица које је са умрлим живјело у трајној брачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица.

Јавно објављивање пресуде за кривична дјела против части и угледа, члан 208ђ.

(1) Пресуда којом је оглашен кривим учинилац кривичног дјела против части и угледа извршеног путем штампе, радија, телевизије, компјутерског система или компјутерске мреже или другог средства јавног информисања или комуникације објавиће се у цијелости или дјелимично о трошку учиниоца.

(2) Суд ће у пресуди одредити начин њеног објављивања, при чему ће, увијек када је то могуће, одредити да то буде у истом средству јавног информисања или комуникације у којем је кривично дјело учињено, истог формата и трајања у односу на радњу извршења дјела.

Мијења се и назив члана и члан 340 и гласи:

Повреда угледа суда и учесника у поступку

(1) Ко год у поступку пред судом изложи порузи суд, судију, јавног тужиоца или адвоката, или ко дјело изврши писменим поднеском суду, казниће се новчаном казном или казном затвора до једне године.

(2) Ако је дјело из става 1 овог члана учињено на посебно непримјерен начин или је увредљиво изражавање таквог значаја да је довело или могло довести до тежих штетних посљедица за оштећеног учинилац ће се казнити новчаном казном или казном затвора до двије године.“

8. ЗАКЉУЧАК

На судовима је да тумаче и примјењују одредбе КЗ РС, као и да одмјеравају износе новчаних казни или вријеме трајања затворске казне, тако да ће будућа судска пракса у овим кривичноправним стварима показати да ли је контроверзна законска радња, поновне крими-

нализације клевете, била друштвено оправдана. То ће бити у надлежности истих оних судија које је амбасадор ЕУ у Босни и Херцеговини оцијенио некомпетентним. У исто вријеме, то ће бити исте оне судије које су без друштвених или стручних критика, успјешно примјењивали одредбе Закона о заштити од клевете преко двадесет година!

У крајњој линији, пракса Европског суда за људска права (ЕСЉП) показаће какви су резултати криминализације клевете и поступања домаћег правосуђа у тим случајевима. ЕСЉП има надлежност да одлучује о кршењу грађанских и политичких права која су заштићена Конвенцијом о људским правима. Практика ЕСЉП је најважнији извор права, а одлуке ЕСЉП обавезују државе чак и када налажу усклађивање законодавства у областима на које се одлуке односе. Слобода изражавања укључује слободу мисли, слободу да се шире идеје и информације, као и слободу преузимања идеја и информација.⁴⁹ Тумачење права на слободу изражавања је опсежно и подразумијева троструки тест нужности у демократском друштву прописан одредбом чл. 10, ст. 2 ЕСЉП. Конвенцијом је предвиђено да ограничења слободе изражавања морају да се пропишу законом, како би се заштитиле исцрпно наведене вриједности неопходне у демократском друштву.⁵⁰ У случају *Хандусиде против УК*, ЕСЉП је утврдио да се заштита наведена у одредби чл. 10 не примјењује само на изношење друштвено прихватљивих погледа и информација, него и на заштиту слободе изражавања поменуте у одредби која се односи и на изразе који су увредљиви, шокантни или узнемиравајући за државу или било кога другог. Тежиште је на слободи ширења информације и примања информација, чак и ако су друштвено неприхватљиве. Поред тога, терет доказивања социјалне потребе да се ограничи право на слободу изражавања пребачено је на државу.⁵¹

Бурне реакције новинарских удружења, невладиних организација и међународних фактора умијешаних у политичко-правни миље Босне и Херцеговине резултирале су значајним смањењем висина казни за клевету и декриминализацију увреда. Као резултат ових законодавних одлука, имамо да правне посљедице пресуде не могу да наступе када је за кривично дјело прописана и изречена новчана казна.⁵² Новчана казна се, у случају да се не може извршити, замјењује супсиди-

⁴⁹ Д. Дуић, Т. Петрашевић, В. Судар, „Преглед праксе Суда ЕУ и Еуропског суда за људска права – слобода говора“, *Хармониус* XI/2022, 124.

⁵⁰ *Ibid.*, 125.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² М. Бабић, И. Марковић, 519.

јарном, затворском казном, која се не може изрећи на дужи период од шест мјесеци.⁵³

Мудрост шутње није идеал у слободном и демократском друштву. Ризик говора се све више умањује, јер слобода изражавања постаје владајући друштвени идеал. Стога би било потребно правним прописом успоставити равнотежу између слободе говора и њене злоупотребе. Од смртне казне за клевету, преко жигосања клеветника и кривичне одговорности за клевету дошло се и до декриминализације клевете. Клатно одговорности за клевету се, у нашем праву, враћа на кривичну одговорност, клевету као кривично дјело. Чини се да би, с обзиром на друштвене околности, требало наћи равнотежу у санкционисању клевете и афирмацији слободе говора.

Као што је неко духовито рекао, „ништа није трајно осим промјена“. Ако бисмо трагали за оптималним правним рјешењима за санкционисање клевете *de lege ferenda*, онда би ставове науке кривичног права и принцип супсидијарности кривичног права требало да прихвати и примијени законодавац приликом нормирања одговорности за клевету. С друге стране, с позиција облигационог права, постоји теоријска неадекватност новчане накнаде нематеријалне штете путем покушаја да се одмјери новчани износ због повреде личних добара, јер монетарни еквивалент не постоји за кршење части и угледа од клевете. По нашем виђењу, ако та двојност одговорности у сфери слободе изражавања остане на снази, требало би размотрити да се поново афирмише запостављена грађанска санкција, приватна казна.⁵⁴ Она ће бити, од стране суда, одмјерена у складу са околностима случаја, на основу слободног судијског увјерења, а плаћао би је учинилац клевете у корист оклеветаног лица. Сматрамо да би приватну казну за клевету требало систематизовати у кодификацију облигационог права. Накнада материјалне штете одмјеравала би се у складу са одредбама ЗоК.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Милош, Марковић, Иванка, *Кривично право – општи дио*, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука 2008;

⁵³ *Ibid.*, 400.

⁵⁴ М. Хорват, *Римско право*, Загреб 1974, 211, наводи: „Повријеђени против починитеља деликта има облигациону тужбу (*actio penalis*) на плаћање новчане глобе (*poena*). Новчана глоба оштећеном имала је карактер задовољштине и казне, а не накнаде штете. Мисао накнаде штете није била позната старијем римском праву, али примивши новчану казну добио би оштећеник тиме стварно и накнаду штете.“

2. Дујић, Дуња, Петрашевић, Туњица, Судар, Вероника, „Преглед праксе Суда ЕУ и Еуропског суда за људска права – слобода говора“, *Хармониус* XI/2022;
3. Мораит, Бранко, *Облигационо право – књига друга*, Бања Лука 1999;
4. Ромац, Анте, *Латинске правне изреке*, Загреб 1982;
5. Хорват, Маријан, *Римско право*, Загреб 1974.

Правни извори

1. Кривични закон СРБиХ, *Службени лист СРБиХ*, бр. 16/77 32/84, 19/86, 41/87, 33/89, 2/90, 24/91 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 4/93, 17/93, 26/93, 14/94;
2. Кривични закон Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/03;
3. Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 36/03;
4. Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00 и 59/02;
5. Закон о заштити од клевете, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 37/01;
6. Закон о заштити од клевете, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 19/03;
7. Закон о парничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, 58/03;
8. Закон о парничном поступку, *Службене новине ФБиХ*, 53/03;
9. Закон о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03;
10. Закона о јавном информисању, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 10/97;
11. Закон о измјенама и допунама Кривичног законика Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 73/23;
12. *Образложење Нацрта закона о клевети*, Министарство правде Републике Српске, Бања Лука, март 2001.

Full Professor Branko Morait, LL.D.

University professor and retired judge

PROTECTION OF PERSONALITY AGAINST DEFAMATION

Summary

Twenty years ago, defamation was decriminalized in the Republic of Srpska. During that time, a civil lawsuit was successfully prosecuted against a person who defamed another. Defamation was once decriminalized through the *lex specialis*, the Law on Protection from Defamation. The political will necessitated initiating and completing the legislative procedure in 2023 to return the criminal offense of defamation to the criminal law codification system, the Criminal Code of the Republic of Srpska. Violent reactions from journalist associations, non-governmental organizations, and representatives of the “international community” failed to stop the criminalization of defamation. The protest campaign achieved relative success by reducing defamation fines in relation to the draft law on names and amendments to the Criminal Code of the Republic of Srpska. Consequently, the legal consequences of a conviction cannot occur when a fine has been imposed for a criminal offense.

Key words: *Defamation; Fine; Damages; Criminal law; Civil law.*

Проф. др Илија Бабић

Редовни професор у пензији, Београд

УГОВОР О ПОКЛОНУ – РАСКИД И ОПОЗИВ – правна правила и Преднацрт грађанског закона из 2015 –

Аутор синтетички анализира институт опозива и раскида уговора о поклону према правним правилима, ставовима правне науке, упоредног права и судске праксе. На основу ове анализе, применом више метода сазнавања и тумачења права, критички оцењује решења Преднацрта Грађанског законика Србије из 2015 (Преднацрт ГЗ)¹ и предлаже одговарајућа решења.

Уговор о поклону није целовито регулисан у позитивном праву Србије (и Републике Српске) те се на поклон примењују правна правила из раније важећих грађанских законика. На основу ових правила (проистеклих из римског права) и правне науке аутор одређује појам поклона и анализира његов опозив и раскид. Раскид двострано обавезних уговора због неиспуњења, промењених околности и немогућности испуњења регулисан је 300 чл. 124–138, али не и раскид добротиних уговора.

Стране у уговору о поклону могу предвидети разлоге због којих се он може једнострано раскинути и опозвати пре и после његовог потпуног извршења. Уговор о поклону се, по правилу, раскида и опозива када је већ извршен и тада раскид и опозив делују уназад (ретроактивно). Одређени поклони – уобичајени пригодни (мање вредности), наградни, учињени у општекорисне сврхе и други, не могу се опозвати и уговор раскинути. Најчешће се уговор о поклону опозива и раскида у случају незахвалности (неблагодарности) поклонопримца и осиромашења поклонодавца, што се потпуније истражује у овом раду.

Ако је закључен поклон с налогом (donatio sub modo), а поклонопримац не изврши налог ни у накнадном примереном року, поклонодавац може да раскине уговор и захтева да поклонопримац врати што је при-

Илија Бабић, *babic.ilija@yahoo.com*.

¹ Влада Републике Србије, Београд 2015.

мио, изузев кад је неко трећи стекао право да захтева извршење налога. Раскида се и опозива пуноважан уговор о поклону. Ако је уговор непуноважан (због рушљивости или ништавости) он ће се, по тужби лица које за то има правни интерес или по службеној дужности, поништити.

Скица за Законик о облигацијама и уговорима (Скица)² опозив уговора о поклону је уврстила у разлог за његов раскид, што је оправдано преузео и Преднацрт ГЗ.

Кључне речи: Уговор о поклону; Опозив уговора о поклону; Раскид уговора о поклону; Незахвалност (неблагодарност) поклонопримца; Осиромашење поклонодавца; Неопозиви поклони.

1. УВОД

Поклон (дар) је уговор којим се поклонодавац обавезује да из своје имовине пренесе у имовину поклонопримца неко имовинско право без накнаде.³ Он не настаје кад поклонодавац једнострано преузме обавезу да ће одређено право из своје имовине пренети у имовину поклонопримца него кад се с тим сагласи и поклонопримац (сагласност воља).

У српском средњовековном праву државе Немањића уговором о поклону преносило се право својине на поклонопримца. Најбројнији сачувани уговори из тог периода управо су уговори о поклону црквама у форми хрисовуља. Израз поклонити означавао се речима „записати, приложити, подложити (под цркву) приносити“, ређе „даровати..., дати“.⁴ Уговори о поклону, нарочито владаочеви, закључивани су у писаној форми у виду писама, због чега се поклон и називао „записаније“.⁵ Пристанак цркве или манастира да прими поклон подразумевао се и није требало да буде изричито изјављен. Повеље владалаца о даровању издаване су на молбу заинтересованог лица. У даровним повељама може се запазити посебан део – интервенција или петиција у којој се таква молба укратко или надугачко излаже.⁶

² М. Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Савремена администрација, Београд 1969.

³ О дефиницијама поклона вид. Б. Благојевић, *Грађанско-правни облигациони уговори*, Научна књига, Београд 1957, 67; С. Јакшић, *Облигационо право II, Посебни дио – поједини типови облигационих уговора*, Веселин Маслеша, Сарајево 1960, 32.

⁴ Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, 641.

⁵ *Ibid.*, 644.

⁶ *Ibid.*, 645.

Уговор о поклону није регулисан Законом о облигационим односима (ЗОО),⁷ па се на поклон, на основу чл. 4 Закона о неважности правних прописа донесених пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације,⁸ примењују правна правила записана у Српском грађанском законнику из 1844. (СГЗ) и Општем аустријском грађанском законнику из 1811. (ОАГЗ). СФРЈ није била надлежна да регулише уговоре који немају за предмет промет робе и услуга као што је и поклон, него републике (нису целовито уредиле овај уговор).⁹

Члан 50 Закона о наслеђивању Србије (ЗН)¹⁰ одређује, примера ради, да се поклоном сматра свако одрицање од права, па и одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника, отпуштање дуга, оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела, или због оснивања или проширења домаћинства или обављања занимања, као и свако друго бесплатно располагање.¹¹ Ако је уговорено да поклонопримац узврати поклон поклонодавцу (уздарје) „онда то није прави дар у целоме, већ само односно вредности, која чини разлику између једног и другог дара“ (пар. 942 ОАГЗ).

Преднацрт ГЗ поклон (дар) је уредио у Глави XXI, чл. 798–818, углавном преузимајући решења о овом уговору из Скице.

РИМСКО ПРАВО

Римско право је сматрало да је поклон (*donatio*) у суштини уговор,¹² а настајао је увек када се неки правни посао обави уз *animus*

⁷ *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени гласник РС*, бр. 18/20.

⁸ *Службени лист ФНРЈ*, бр. 86/46.

⁹ Вид. Устав СФРЈ (1974), чл. 281, ст. 1, тач. 4.

¹⁰ *Службени лист РС*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15.

¹¹ Изјава о „уступању наследног дела“ санаследнику има значај понуде за закључење уговора о поклону (чл. 216 ЗН). Уколико понуђени изјави да прихвата понуду (чл. 39 ЗОО) између страна настаје уговор о поклону.

Детаљна дефиниција дара (поклона) дата је у чл. 899, ст. 1 Општег имовинског законика за Црну Гору из 1888 (ОИЗ): „Дар бива не само кад коме правце дадеш у влаштину неку ствар коју нијеси био дужан дати (896) него и кад на који драго начин, од свога коме какву имовинску корист учиниш, што нијеси дужан био. По томе дар бива и онда када се одречеш каква свога права на корист другога; кад свога или туђега дужника ослободиш дуга; кад радиш туђ посао који се обично плаћа, а плате не иштеш; над навлаш платиш што дужан нијеси итд.“

¹² К. Салковски, *Институције с историјом Римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894, 408; Л. Марковић, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 554–555; М. Хорват, *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974, 290–291; Д. Стојчевић, *Римско облигационо право*, Завод за

donandi – уз искључиву намеру да се увећа имовина поклонопримца на терет имовине поклонодавца. Увећање имовине поклонопримца могло се постићи: фактичким преношењем својине (еманципацијом или традицијом), уступањем потраживања или другог имовинског права, отписом дуга и друго.¹³

Римско право је све до хришћанског периода ограничавало поклоне. *Lex Cincia* из 204. године пре н. е. забрањивао је сваки поклон адвокатима под претњом четвороструке казнене наплате, а поклони преко одређене вредности учињени лицима изван породице постајали су природна облигација. За време класичног периода били су забрањени поклони између брачних другова.¹⁴

Према схватању класичног римског права, обећање поклона стварало је утуживу облигацију само ако је обећање било учињено у форми стипулације (поклањање *promittendo*). Јустинијаново право признало је обавезност и утуживост неформалног обећања поклона само до износа од 500 солида (*pactum donationis, pactum legitimum*).¹⁵ У царско доба (од краја 3. века н. е.) за уговор о поклону уводи се нова форма – *insinuatio* (уписивање поклона у записник код области). Према Јустинијановом праву, за пуноважност поклона преко 500 солида била је потребна *insinuatio*, док је свако неформално обећање поклона до 500 солида постало обавезно и утуживо.¹⁶ Римско право, међутим, није поклон уврстило у реалне уговоре.

Поклонопримац је, на основу закљученог уговора, стицао овлашћење да захтева од поклонодавца извршење уговора о поклону. Поклонодавац је имао право да захтева да не буде осуђен на враћање поклона (*beneficium competentiae*) ако би тиме било доведено у питање његово издржавање и издржавање његове породице.

Поклонодавац је овлашћен да побија или опозове поклон (*revocatio donationis*) ако је поклонопримац незахвалан или је поклонодавац накнадно добио дете или ако поклонопримац није испунио налог који му је поклоном наметнут. Ако је поклоном био повређен нужни део право побијања и ревокације поклона имали су и нужни наследници.

издавање уџбеника Републике Србије, Београд 1960, 106–107; О. Станојевић, *Римско право*, Правни факултет у Београду, Београд 1997, 307–308.

¹³ Д. Стојчевић, 106.

¹⁴ М. Хорват, 291; Д. Стојчевић, 106–107.

¹⁵ М. Хорват, 290.

¹⁶ К. Салковски, 412; М. Хорват, 291; А. Ритер од Арнесберга, *Пандекте или данашње римско право – Увод*, књига прва, Краљевска српска државна штампарија, Београд 1890, 169–291; О. Станојевић, 308; Д. Стојчевић, 107.

Повериоци поклонодавца могли су побијати поклон ако је учињен *in fraudem creditorum*.¹⁷

2. ПОЈАМ РАСКИДА И ОПОЗИВА УГОВОРА

Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. (ОИЗ) одређује када даривалац има „право искати повраћај дара“ (чл. 487–491). Параграф 567 СГЗ и пар. 946–954 ОАГЗ, предвиђају када дародавац може поклон „порећи“. У правној науци и судској пракси, заснованој на правним правилима из СГЗ и ОАГЗ, најчешће се говори о опозиву поклона.¹⁸

Према једном мишљењу могу се са истим дејством опозвати уговори у наследном и породичном праву чак и у случају кад поверилац побија радње свог дужника (*Actio Pauliana*).¹⁹ Друго мишљење разликује опозив уговора о поклону и побијање поклона од стране трећих заинтересованих лица.²⁰

Реч опозив у књижевном језику, који је утицао и на језик закона, значи, поред осталог, одрећи се, поништити своју претходну изјаву, повући је, дерогирати, нешто порећи, укинути, обеснажити, док израз раскинути значи одустати од закљученог посла, прекинути (нешто), одрећи се, одвојити и друго.²¹ Очевидно је слично значење ових израза. Са дејством раскида ЗОО на више места одређује да се може опозвати: понуда за закључење уговора (чл. 36, ст. 2), пуномоћје (чл. 92–93), корист за трећег (чл. 150), јавно обећање награде (чл. 230, ст. 1), налог за посредовање (чл. 816), одредба о одређивању корисника код

¹⁷ И. Пухан, *Римско право*, Нучна књига, Београд 1970, 331; М. Хорват, 291.

¹⁸ Вид. Ж. Перић, *Специјални део Облигационог (тражбеног) права* (по предавањима), без године, 27; З. Пишкулић, И. Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Геца Кон, Београд 1924, 152; Г. Богданфи, Н. Николић, *Опште приватно право које важи у Војводини*, Штампарија Напредак, Панчево 1925, 84; М. Бартош, *Основи приватног права*, Издавачко предузеће Труд, Београд (без године), 176; Б. Благојевић, 72–73; С. Јакшић, *Облигационо право II*, Сарајево 1960, 36–37; М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 222–249.

О опозиву вид. Одлуке Апелационог суда у Београду: Гж. 11114/10 од 7. марта 2012; Гж. 1201/13 од 26. јуна 2013; Гж. 7833/15 од 13. јануара 2016; Гж. 5492/14 од 12. децембра 2014.

¹⁹ Б. Лоза, *Облигационо право II – посебни дио*, Правни факултет Српско Сарајево, Српско Сарајево 2000, 78–84.

²⁰ М. Мијачић, *Облигациони уговори*, Савремена администрација, Београд 1990, 55–73.

²¹ Вид. М. Лалевић, *Синоними и сродне речи српскохрватског језика*, Нолит, Београд 2004, 477–571; *Речник српског језика*, Матица српска, Нови Сад 2007, 897–1130; Р. Јовановић, Ј. Атанацковић, *Систематски речник српскохрватског језика*, Матица српска, Нови Сад 1980, 155–334.

осигурања живота у корист трећег (чл. 959) и без одређивања корисника (чл. 964), овлашћење дато примаоцу упута и упућенику (чл. 1029 и 1031), документарни акредитив (чл. 1077–1078).

Скица је опозив уговора о поклону уврстила у разлог за његов раскид, што је преузео и Преднацрт ГЗ. Оправдано је истакнуто у правној науци да је опозивање поклона посебна врста раскидања уговора.²² Раскидање двострано обавезних уговора због неиспуњења, промењених околности и немогућности испуњења регулисао је ЗОО чл. 124–138, али не и раскид добротичних уговора. Пуноважни двострано обавезни уговори се, углавном, раскидају због неиспуњења. Раскид уговора са тренутним извршењем обавеза делује ретроактивно (*ex tunc*, уназад), са циљем успостављања ранијег стања. Код уговора са трајним извршењем обавеза (нпр. уговор о доживотном издржавању, закуп), раскидање не може деловати уназад него само убудуће (*ex nunc*). Уговор о поклону се може споразумно или у законом одређеним случајевима и једнострано раскинути пре него што је извршен. Он се, ипак, најчешће раскида и опозива када је он већ извршен и тада раскид и опозив делују уназад (ретроактивно).²³

Раскид и опозив уговора о поклону разликује се од поништења уговора због ништавости или рушљивости. У судској пракси се срећу одлуке које мешају ова два вида престанка уговора: „Ништав је уговор о поклону који поклонопримац закључи у заблуди о битним чињеницама и без постојања намере дарежљивости (*animus donandi*).“²⁴ Битна заблуда уопште, као и заблуда о побуди код уговора без накнаде (као што је и уговор о поклону) јесте мана воље. Битном заблудом сматра се и заблуда о побуди која је била одлучна за преузимање обавезе (чл. 62 ЗОО). Уговор је, поред осталог, рушљив и кад је при његовом закључењу било мана у погледу воље страна. Поништење рушљивог уговора у овом случају може захтевати лице у заблуди у року од једне године од сазнања за разлог рушљивости. Супротно томе, ништавост је установљена у општем интересу због чега на ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позвати свако заинтересовано лице и јавни тужилац. Право на истицање ништа-

²² М. Ђурђевић, 222.

²³ Овај став прихвата и судска пракса. У пресуди Апелационог суда у Београду, Гж 1201/13 од 26. јуна 2013. заузет је став: „Опозив уговора о поклону производи правно дејство као и раскид уговора и то само између уговорних страна“ – В. Боранијашевић *et al.*, *Збирка сентенци из грађанског права и грађанског процесног права, књига 1*, Службени гласник, Београд 2018, 103.

²⁴ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 103/10 од 10. фебруара 2010. Исти став заузет је и у пресуди Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 2960/12 од 21. јануара 2013, В. Боранијашевић *et al.*, 102–103.

ности се не гаси (вид. о рушљивости чл. 118–117; а о ништавости чл. 103–110 ЗОО).

Раскида се и опозива пуноважан уговор о поклону. Ако постоји разлог за његову непуноважност (због рушљивости или ништавости) он се по тужби претходно поништава те је искључена могућност опозива.

3. СПОРАЗУМНИ РАСКИД И ОПОЗИВ УГОВОРА

Опште римско правило *Pacta dant leges* (Sec. Ulpianus – Д. 2, 14, 7, 5) да уговор обавезује стране као и закон, важи и за уговор о поклону. То је наведено у параграфу 566 СГЗ: „Ко једанпут поклон учини, не може више натраг узети, осим особитих случајева.“²⁵ Слобода уговарања омогућава странама да после закључења, а пре извршења уговора о поклону, стране могу постићи споразум о његовом раскиду из било којих разлога и тада се поклонодавац ослобађа обавезе. Раскид у овом случају делује *pro futuro*.²⁶

Стране у уговору о поклону могу предвидети разлоге због којих се он може једнострано раскинути и опозвати пре и после његовог потпуног извршења. У случају да је уговор о поклону потпуно извршен, споразум истих страна о раскиду уговора о поклону јесте нови уговор о поклону којим ранији поклонопримац чини поклон, истина истих ствари и права, ранијем поклонодавцу.²⁷ Ништав је споразум којим би се стране унапред, у време његовог закључења, одрекле права на раскид и опозив уговора о поклону (чл. 519 Скице и чл. 814 Преднацрта ГЗ). Међутим, пуноважна је одредба уговора о враћању поклоне ако поклонопримац умре пре поклонодавца (чл. 521 Скице и чл. 817 Преднацрта ГЗ). Ништава је одредба уговора о поклону којим се, на пример, предвиђа његов раскид и опозив у случају отуђења поклоне,²⁸ с обзиром на то да је суштинско обележје поклоне преносење својине или другог имовинског права на поклонопримца.

Усмени уговор о поклону може се усмено опозвати, а ако је за његову пуноважност потребна солемнизација јавног бележника (ако има за предмет непокретности) уговор о поклону се опозива у тој

²⁵ Параграф 946 ОАГЗ прописује: „Уговори о дару не могу се, по правилу, опозвати.“ Члан 487, ст. 1 ОИЗ, такође, одређује: „Дар који је једном законито учињен, а тим нико против закона оштећен није, не може се више натраг искати, осим ако је што друго изречно углављено“.

²⁶ М. Ђурђевић, 218.

²⁷ Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981, 618; М. Мијачић, 66.

²⁸ С. Перовић, 619.

форми. Опозивом и раскидом уговор о поклону престаје. У случају спора да ли је уговор о поклону опозван, страна која има правни интерес може поднети парничну тужбу за утврђивање да тај уговор престао (или да није престао) – чл. 194, ст. 1 и 2 ЗПП.²⁹

4. ПОКЛОНИ КОЈИ СЕ НЕ МОГУ РАСКИНУТИ И ОПОЗВАТИ

Уговори о поклону су чести нарочито кад имају за предмет ствари и права мање вредности. Када би се уобичајени (често и мање вредности) поклони могли раскидати и опозвати то би довело до правне несигурности. Стога се уобичајени али и неки други поклони не могу опозвати. Члан 489 ОИЗ одређује да се не може опозвати поклон ако је поклонопримац „спасао живот или знатан дио имања дариваоцу или коме његову“ чак иако је поклонопримац крајње неблагодаран (чл. 488). „Ако ли је дар био за какву другу услугу која се обично плаћа или награђује, тад се може натраг искати само оно што превршује обичну награду таке услуге.“ Скица (чл. 520) предвиђа да се не могу опозвати: „Уобичајени пригодни дарови, наградни дарови, као и дарови учињени из захвалности“ као ни дарови „учињени друштвено-политичкој заједници, радној организацији, установи, удружењу или ком другом правном лицу, као ни дарови учињени у добротворне и општекорисне сврхе“. У време припреме Скице и ступања на снагу ЗОО наведена правна лица су, углавном, била у друштвеној својини.

Преднацрт ГЗ одређује да се не могу опозвати: уобичајени пригодни поклони, наградни поклони, поклони учињени у добротворне и општекорисне сврхе, као и поклони учињени из захвалности, уколико је сврха поклона поштована (чл. 815). Овај члан је преузео решење из чл. 520, ст. 1 Скице уз додатак израза „уколико је сврха поклона поштована“. Није јасно шта ова синтагма значи – упућује на испитивање правног основа (каузе) поклона и код оних који су, по правилу, мање вредности или означава поклон с налогом. Због могућег различитог тумачења овог израза предлагемо да се изостави из чл. 815 Преднацрта ГЗ.

Ако је закључен уговор о поклону са теретом или налогом поклонопримац се може ослободити наложене дужности враћањем примљеног ако је за извршење налога потребно више средстава него што

²⁹ Такав став усвојила је и судска пракса: „Тужба којом се тражи да суд утврди да је опозван усмени уговор о поклону није тужба за утврђивање чињеница, већ тужба за утврђивање да одређено право, односно правни однос, више не постоји“, Решење Апелационог суда у Београду, Гж 5492/14 од 12. децембра 2014, В. Боранијашевић *et al.*, 105.

износи вредност поклона или ако је извршење налога отежано из било ког разлога (чл. 804, ст. 5 Преднацрта ГЗ).

Реч уобичајен значи да се нешто заснива на обичају, да се обично примењује, догађа или среће.³⁰ Уобичајени поклон је онај који је устаљени (дуготрајан) у месту извршења (предаје), а даје се пригодом венчања, рођења, празника и друго. Он је, по правилу, мање вредности. Уобичајени мањи поклони се наследнику никада не урачунавају у његов законски наследни део (чл. 75 ЗН). Ако су супружници учинили једно другом уобичајени поклон у току трајања заједничког живота, а брак је престао разводом или поништењем, такви поклони се не враћају (чл. 190 ПЗ). Преднацрт ГЗ у основи преузима ово решење у чл. 816, ст. 1: „Ако брак престане разводом или поништењем уобичајени поклони које су супружници учинили један другом у току брака не враћају се.“ Док чл. 190, ст. 1 ПЗ прописује да се уобичајени поклони не враћају ако су учињени током трајања заједнице живота, чл. 816, ст. 1 Преднацрта ГЗ предвиђа да се не враћају уобичајени поклони које су супружници учинили један другом „у току брака“. Пре него што се брак разведе или поништи најчешће престаје заједница живота супружника. Брак формално престаје поништењем и разводом на дан правноснажности пресуде о поништењу или разводу (вид. чл. 30, ст. 2 ПЗ), што се неретко догађа више месеци или година после престанка заједнице живота супружника. Стога би требало доследно преузети у чл. 816, ст. 1 Преднацрта ГЗ чл. 190, ст. 1 ПЗ.

Наградни поклон (*donatio remunerationis causa*) се даје с циљем одавања признања и награде поклонопримцу. Овај поклон раздваја од других облика *animus donandi*, а произлази из одређених радњи поклонопримца које поклонодавца опредељују да поклон учини. Поклонодавац није обавезан овај поклон учинити, тако да лице које сматра да би требало да постане поклонопримац није овлашћено тужбом захтевати закључење и извршење тог уговора. У том смислу је пар. 940 ОАГЗ прописао: „Суштина дара остаје иста, па ма он био учињен из захвалности или с обзиром на заслуге обдареника, или као нарочита награда за њега; само обдареник не сме имати пре тога никакво право тужбе на то.“ Али, ако је поклонопримац овлашћен поднети тужбу и захтевати награду зато што је она била већ уговорена или законом прописана, „онда посао престаје бити дар, и сматраће се као уговор са накнадом“. Овај уговор о поклону се, по правилу, може побијати под општим претпоставкама које важе за основни уговор о поклону. Међутим, не може се побијати због оштећења повери-

³⁰ Речник српскохрватскога књижевног језика, књига шеста, Матица српска, Нови Сад 1976, 531.

лаца (*actio Pauliana*) наградни поклон, ако је сразмеран материјалним могућностима дужника – поклонодавца (вид. чл. 282 ЗОО).

Поклон у општекорисне сврхе поклонодавац чини ради постизања циљева који су у интересу већине грађана Србије (а не у интересу страних организација или група људи које настоје да остваре своје циљеве, неретко против интереса већине грађана Србије). Поклонопримац је најчешће правно лице чија је делатност општекорисна: Универзитетска библиотека у Београду, нека хуманитарна или здравствена установа, Ботаничка башта у Београду итд. Уобичајено се овај поклон закључује с налогом (*donatio sub modo*), с циљем да се поклон користи тако да се што боље оствари његова сврха. Ревокација овог поклона врши се по општим правилима. Нужни наследници не могу успешно захтевати враћање поклона, односно исплату противвредности поклона учињених у добротворне и друге општекорисне сврхе (вид. чл. 49 ЗН). Ако се овим поклоном врши нека друштвена дужност не може се успешно захтевати његово враћање по правилима о стицању без основа (чл. 213 ЗОО).

Поклон по моралној дужности настаје у случају када је *animus donandi* проистекао из моралне (а не правне) обавезе поклонодавца. *Animus donandi* није нека радња поклонодавца као у случају наградног поклона али је ова врста поклона заснована на некој моралној побуди поклонодавца (због сродничког, пријатељског, брачног или ванбрачног односа). У правној литератури оправдано се прави разлика између натуралних облигација и моралних дужности. Наиме, извршење натуралне облигације није поклон, док би поклон постојао ако је намера поклањања заснована на одређеној моралној побуди.³¹

5. РАЗЛОЗИ ЗА РАСКИД И ОПОЗИВ ПОКЛОНА

5.1. Уопште

Супротно општем правилу да се једном дати поклон не може опозвати – тражити назад (пар. 946 ОАГЗ; пар. 566 СГЗ; чл. 487 ОИЗ) одређени су изузеци. Случајеве због којих поклонодавац може опозвати поклон одређује параграф 567 СГЗ: „а) ако дародавац доцније тако осиромаша, да ни живети не може; б) ако обдарени велику неблагодарност спрема дародавца покаже, наносећи вред његовом животу, телу, части, и нарушавајући његову слободу и имање.“ Разлоге за опозив уговора о поклону СГЗ је делимично преузео из ОАГЗ који детаљније уређује опозив (због оскудице – пар. 947; због неблагодарности – пар. 948–949; смањивања издржавања – пар. 950; смањивања

³¹ С. Перовић, 607.

законског дела – пар. 951–952; оштећења поверилаца – пар. 953; због доцније рођене деце – пар. 954).

Општи имовински законик (чл. 487, ст. 2) предвиђа опозив поклона „кад би се обдареник показао крајње неблагодаран према дариваоцу“. У чл. 488 конкретизован је правни стандард „крајње неблагодарности“: „кад намишљено дариваоцу о глави ради, или руку на њ дигне, или га иначе тешко увриједи, или му нахвалице узрокује какву замашну штету у имовини. Така недопуштена дјела која обдареник учини жени свога дариваоца, мужу своје даривалице, родитељима или дјечи њиховој, сматраће се да су исто тако тешка као да су учињена самоме дариваоцу“.

5.2. Незахвалност (неблагодарност)

Под утицајем решења из раније важећих грађанских законика Скица је предвидела да „Даривалац може раскинути уговор и опозвати учињени дар ако обдареник својим понашањем према њему, или неком њему блиском лицу, покаже велику неблагодарност“ (чл. 517, ст. 1). Члан 809, ст. 1 Преднацрта ГЗ наводи: „Поклонодавац може да раскине уговор и да опозове учињени поклон ако поклонопримац својим понашањем према њему, или неком њему блиском лицу, покаже велику или грубу незахвалност“, и скоро у целини преузима ово решење. Уместо речи дар Преднацрт ГЗ употребљава данас раширен израз поклон, поклонодавац и поклонопримац, али је осим речи „велику“ додао и реч „или грубу незахвалност“.³² У пракси се ови појмови („велику“ и „грубу“) могу и различито тумачити те је требало преузети у целини решење чл. 517, ст. 1 Скице.³³

Уговор о уступању и расподели имовине за живота конвертује се у уговор о поклону ако се са уступањем или расподелом не сагласи неки од потомака који је постао наследник (чл. 2787 Преднацрта ГЗ). Уступичеве повериоци могу побијати уговор под условима за побијање бесплатних располагања – чл. 2790 Преднацрта ГЗ. Опозив и раскид уговора може се захтевати „ако је потомак показао грубу неблагодарност према њему“ – из истог разлога због којег се може опоз-

³² У појединим судским одлукама користи се синтагма „велика или груба неблагодарност“: „Велика или груба неблагодарност поклонопримца као разлог за опозив уговора о поклону је правни стандард који се цени у сваком конкретном случају, уз вођење рачуна о правилима морала, добрим обичајима и схватањима одређене друштвене средине.“ В. Боранијашевић *et al.*, 104–105.

³³ Тако је у пресуди Апелационог суда у Новом Саду, Гж 329/12 од 21. марта 2012, оправдано оцењено да „Свака неблагодарност или морална грешка поклонопримца према поклонодавцу не представља разлог за опозив уговора о поклону, већ та неблагодарност треба да буде 'велика' или 'груба'.“ В. Боранијашевић *et al.*, 104.

вати и раскинути уговор о поклону. Одредбе чл. 2792, ст. 2 Преднацрта ГЗ одређују да „Исто право има уступилац и ако потомак њему или коме другоме не даје издржавање одређено уговором о уступању и расподели, или не намири уступичеве дугове“. Опозив је могућ само у случају да је овим уговором одређен терет који потомак не испуњава (не даје издржавање или није намирио уступичеве дугове) – чл. 2792, ст. 1 и 2 Преднацрта ГЗ.³⁴

Решење предложено у члану у 809, ст. 1 Преднацрта ГЗ потребно је ускладити са одредбама које уређују опозив и раскид уговора о уступању и расподели имовине за живота.

По угледу на чл. 488 ОИЗ, члан 809, ст. 2 Преднацрта ГЗ је правни стандард „велика или груба незахвалност“ покушао да конкретизује: „Велика или груба незахвалност постоји нарочито ако је поклонопримац учинио према поклонодавцу или неком њему блиском лицу кривично дело или се према њима теже огрешио неизвршењем законом утврђене обавезе или моралне дужности или им је намерно проузроковао имовинску или неимовинску штету.“ Ове речи су синоними, по значењу су исте или веома сличне.³⁵ Као пример велике или грубе незахвалности наводи се и случај да је „поклонопримац учинио према поклонодавцу или неком њему блиском лицу кривично дело“. Произлази да то може бити било које кривично дело (које се гони по службеној дужности или приватној тужби) учињено са умишљајем или нехата без обзира на његову тежину. Ако је из овог разлога поднесена тужба за раскид или опозив уговора о поклону парнични суд ће прекинути поступак док се не донесе одлука у кривичном поступку (чл. 223 тачка 1 Закона о парничном поступку – ЗПП³⁶) и сачекати одлуку кривичног суда, што ће непотребно продужити поступак. Конкретизацију правног стандарда „велике неблагодарности“ или „незахвалности“³⁷ требало би препустити парничном суду.

³⁴ Вид. И. Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Службени гласник, Београд 2021, 559 и даље.

³⁵ Неблагодаран је онај ко је незахвалан – вид. *Речник српскога језика*, Матица српска, Нови Сад 2007, 807.

³⁶ *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – други закон.

³⁷ У пресуди Апелационог суда у Новом Саду, Гж 7833/15 од 13. јануара оцењено је: „Прекид породичних односа поклонопримца са поклонодавцем, без оправданих разлога, представља разлог за опозив уговора о поклону због неблагодарности.“ В. Боранијашевић *et al.*, 105.

„Уговор о поклону може се опозвати због велике неблагодарности поклонопримца када се по општеприхваћеним стандардима средине у којој су странке живе ради о неморалним поступцима које угрожавају психички интегритет поклонодавца“,

Немачки грађански законик (пар. 530, ст. 1) прописује да се даровање може опозвати, ако се поклонопримац грубом немарношћу тешко огрешио према поклонодавцу или према блиском рођаку поклонодавца. Опозив поклона предвиђа ШвЗО (чл. 249): „1. када је поклонопримац извршио тешко кривично дело против поклонодавца или некога од његових блиских; 2. када се тешко огрешио о дужности које му закон одређује према поклонодавцу или његовој породици; 3. када, без законског основа за то, не извршава терете који стоје на поклону.“

Члан 811 Преднацрта ГЗ преузео је рокове за раскид уговора о поклону из чл. 517, ст. 3 Скице: година дана од дана кад је лице које има право на опозив сазнало за разлог опозива (субјективни рок), односно истеком десет година од настајања разлога за раскид (објективни рок).

5.3. Осиромашење поклонодавца

Уговор о поклону, према одредбама чл. 813, ст. 1 и 2 Преднацрта ГЗ (преузете су у основи из чл. 518, ст. 1 и 2 Скице), поклонодавац може да раскине ако „нема довољно средстава за живот или издржававање лица која је по закону дужан да издржава“ све док поклон није извршио. Из истих разлога поклонодавац који је испунио уговор о поклону, може да раскине и опозове овај уговор „и да захтева да му поклонопримац врати оно што се од примљеног поклона још налази у његовој имовини.“³⁸ Осим поклонодавца и поклонопримац који је поклон примио, али се још делимично налази у његовој имовини може да осиромаше. Било би неморално да тако осиромашени поклонопримац има обавезу да врати оно што је преостало од примљеног поклона. Требало би преузети решење које, у том случају, одређује да поклонопримац не враћа предмет поклона ако се сам „налази у истом таквом оскудном стању“ (пар. 947 ОАГЗ), односно ако поклонопримац, „с обзиром на своје остале обавезе није у стању вратити поклон, а да не угрози своје сталежу примјерено издржававање или испуњење законских обавеза издржавања“ (пар. 529, ст. 2 НГЗ). У чл. 813, ст. 3 Преднацрта ГЗ садржано је добро решење (преузето из пар. 529, ст. 1 НГЗ), које није предвиђено у Скици – да поклонодавац не може да раскине уговор и да захтева опозив поклона ако је намерно или гру-

Пресуда Апелационог суда у Нишу, 4Гж 157/12 од 31. јануара 2012, В. Боранијашевић *et al.*, 104.

³⁸ Тако је у пресуди Апелационог суда у Новом Саду, Гж 3193/10 од 6. јуна 2010. наведено: „Бивши супружник не може захтевати опозив учињеног поклона ствари која више не постоји у стању као у време закључења уговора.“ В. Боранијашевић *et al.*, 105.

бом непажњом довео себе у оскудицу или ако је од извршења уговора о поклону протекло десет година.

Уговор о поклону се неће раскинути ако се поклонопримац обавезе да ће поклонодавцу исплаћивати довољна средства за живот, односно издржавање.

Параграф 528, ст. 1 НГЗ прописује да поклонодавац може од поклонопримца захтевати враћање поклона према правилима о враћању стеченог без основа „ако поклонодавац након испуњења поклона није у стању да се побрине за своје примерено издржавање и да испуни законску обавезу издржавања својих рођака, брачног друга или ранијег брачног друга“.

Раскид уговора о поклону због осиромашења поклонодавца прописује чл. 250, ст. 1, тач. 2 и 3 ШВЗО пре него што је поклон извршен: кад се, после обећања, његова материјална ситуација тако променила да би поклон за поклонодавца био изванредно тежак и када су, после обећања поклона, за њега настале нове и знатно теже породичне обавезе.

6. РАСКИД УГОВОРА О ПОКЛОНУ С НАЛОГОМ (*DONATIO SUB MODO*)

Закључен је уговор о поклону с налогом кад је поклонопримац преузео обавезу на одређено давање, чињење, нечињење.³⁹ Члан 804, ст. 1 Преднацрта ГЗ, преузимајући решење Скице (чл. 514) потпуније одређује садржину поклона с налогом: „Уговором о поклону поклонодавац може да задржи за себе или за неког другог неко право, или да наложи поклонопримцу да нешто учини, или да се од нечега уздржи, или да нешто допусти другоме.“ Налог може бити установљен у корист поклонопримца (да заврши одређену школу, предузме лечење, поклоњену ствар одређено време не продаје итд.); у интересу поклонодавца (да га поклонопримац повремено помаже, да га води на пут у иностранство итд.) или трећег (да треће лице одређено време прими на становање у поклоњеној кући, да га издржава итд.). У последњем случају закључен је, у ствари, уговор у корист трећег.⁴⁰ Треће лице, тада, стиче сопствено и непосредно право према поклонопримцу (вид. чл. 149–153 ЗОО).

Ако поклонопримац не изврши налог ни у накнадном примереном року, поклонодавац може да раскине уговор и да захтева да поклонопримац врати што је примио, изузев кад је неко трећи стекао право да

³⁹ Вид. о предмету терета – М. Ђурђевић, 193–195.

⁴⁰ Б. Визнер, *Грађанско право*, Вјесник, Загреб 1962, 701.

захтева извршење налога. Наследници поклонодавца могу да раскину уговор о поклону због неизвршења налога само кад је то одређено уговором о поклону. После смрти поклонодавца извршење налога могу да захтевају његови наследници. Ако је у питању налог учињен у јавном интересу, извршење налога може да захтева и надлежни орган (вид. чл. 804, ст. 2–4 Преднацрта ГЗ; пар. 525, ст. 2 НГЗ; чл. 246, ст. 2 ШвЗО).

Поклонопримац је дужан налог извршити у границама вредности поклона, а обавезе извршења налога поклонопримац се може ослободити враћањем поклона. Налог садржан у уговору о поклону разликује се од услова (вид. чл. 74–76 ЗОО). Уколико је уговор о поклону закључен под суспензивним (одложним) условом, његово остварење не може се успешно захтевати пре него што је услов испуњен. Уговор о поклону престаје по самом закону ако се тај раскидни услов испуни (вид. чл. 74, ст. 3 ЗОО), док уговор о поклону са налогом, ако се налог не испуни, престаје тек на основу одлуке суда. За подношење тужбе с циљем раскида уговора о поклону активно је легитимисан поклонодавац, а ако је умро – његови наследници, док су пасивно легитимисани у спору поклонопримац, односно његови наследници.

7. ПРЕДЛОГ ЗА ДОПУНУ ОДРЕДАБА ПРЕДНАЦРТА ГЗ

Преднацрт ГЗ није предвидео да се не враћа поклон дат или учињен у извршењу неке моралне дужности као што је то одређено у чл. 374 Преднацрта ГЗ, који је преузео чл. 213 ЗОО. Уобичајени поклон се често разликује од поклона по моралној дужности. Предлажемо да се у Преднацрт ГЗ унесе и одредба да се не може захтевати враћање поклона који су дати (учињени) по моралној дужности.⁴¹

Ако је поклонодавац био дужник, не може поверилац побијати поклон учињен из захвалности, који се може уврстити у поклон по моралној дужности, ако је сразмеран материјалним могућностима дужника (вид. чл. 282 ЗОО). Оно што је поклоњено у извршењу моралне дужности, не може се успешно тражити назад по правилима о стицању без основа (вид. чл. 213 ЗОО).

Према одредбама чл. 813, ст. 1 Преднацрта ГЗ поклонодавац може да раскине уговор о поклону ако „нема довољно средстава за живот или издржавање лица која је по закону дужан да издржава“ све док поклон није извршио. Ако је поклон испунио поклонодавац може да

⁴¹ Параграф 534 НГЗ прописује да даровања, која одговарају моралној обавези или облику на пристојност, не подлежу захтеву за враћање и на опозивање.

Посебан разлог неопозивости поклона предвиђа чл. 489 ОИЗ: „Ако је дар дан што је обдареник спасао живот или знатан дио имања дариваоцу или кому његову.“

га раскине и опозове „и да захтева да му поклонопримац врати оно што се од примљеног поклона још налази у његовој имовини“. Чини се да је ово решење непотпуно и да штити само поклонодавца. Поклонопримац који је поклон примио, али се још делимично налази у његовој имовини, може, такође, да осиромаше. Било би неморално да тако осиромашени поклонопримац има обавезу да врати оно што је преостало од примљеног поклона осим „ако је намерно или грубом непажњом довео себе у оскудицу или ако је од извршења уговора о поклону протекло десет година“ – што је предвиђено само за поклонодавца у чл. 813, ст. 3 Преднацрта ГЗ. Требало би преузети решење које, у том случају, одређује да поклонопримац не враћа предмет поклона ако се сам „налази у истом таквом оскудном стању“ (пар. 947 ОАГЗ), односно ако поклонопримац, „с обзиром на своје остале обавезе није у стању вратити поклон, а да не угрози своје сталежу примјерено издржавање или испуњење законских обавеза издржавања“.

Члан 815 Преднацрта ГЗ предвиђа да: „Уобичајени пригодни поклони, наградни поклони, поклони учињени у добротворне и општекорисне сврхе, као и поклони учињени из захвалности, не могу се опозвати уколико је сврха поштована.“ Овај члан је преузео решење из чл. 520, ст. 1 Скице уз додатак израза „уколико је сврха поклона поштована“. Није јасно шта ова синтагма значи – упућује на испитивање правног основа (каузе) поклона и кад оних који су, по правилу, мање вредности или означава поклон с налогом. За разлику од двострано обавезних уговора где је кауза једне стране у уговору увек иста (на пример: продавца да стекне износ новца, а купца право својине на ствари која је предмет продаје), основ (кауза) уговора о поклону може бити различита. Тешко је утврдити сврху поклона и поштовање те сврхе. У сваком случају, уговор је ништав због недозвољене побуде за закључење уговора без накнаде (чл. 202, ст. 3 Преднацрта ГЗ). Због могућег различитог тумачења овог израза предлажемо да се он изостави из чл. 815 Преднацрта ГЗ.

Судбина поклона после престанка брака уређена је чл. 190 ПЗ због тога што уговор о поклону није био регулисан позитивним правом. У случају да брак престане разводом или поништењем, чл. 816, ст. 1 Преднацрта ГЗ одређује да се не враћају уобичајени поклони које су супружници учинили један другом *у току брака* (нагласио аутор). Брак формално престаје поништењем и разводом на дан правноснажности пресуде о поништењу или разводу (чл. 2242 Преднацрта ГЗ, преузет из чл. 30, ст. 2 ПЗ). Ово правило би, ради јасноће, требало навести и у члану 816 Преднацрта ГЗ или на његову примену упути-

ти.⁴² Одредба чл. 816 Преднацрта ГЗ која гласи: „Ако брак престане разводом или поништењем уобичајени поклони које су супружници учинили један другом у току брака не враћају се“, није правно-технички добра. Између брачних другова (супружника) прво престаје заједница живота. Брак, међутим, престаје доцније – некада и после више година. Предлажемо да члан 816, ст. 1 Преднацрта ГЗ преузме добро решење из чл. 190, ст. 1 ПЗ – да су брачни другови учинили поклон једно другоме „у току трајања заједничког живота у браку“.

У основном решењу Преднацрта ГЗ (чл. 810) предвиђено је да се уговор о поклону „раскида писменом изјавом упућеном поклонопримцу“. Потребно је прихватити алтернативу члану 810 – да се он у целини брише. Основно решење одговара само поклону покретних ствари за који није прописана или уговорена форма, али не и за непокретности.

Поклон који има за предмет непокретну ствар мора бити закључен облику јавно бележнички потврђене (солемнизоване) исправе (чл. 93, ст. 2, тачка 1 Закона о јавном бележничтву⁴³). У истој форми се уговор о поклону раскида и у катастру непокретности поново као сопственик уписује поклонодавац.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Илија, *Коментар Закона о наслеђивању*, Службени гласник, Београд 2021;
2. Бартош, Милан, *Основи приватног права*, Издавачко предузеће Труд, Београд (без године);
3. Благојевић, Борислав, *Грађанско-правни облигациони уговори*, Научна књига, Београд 1957;
4. Богданфи, Глиша, Николић, Никола, *Опште приватно право које важи у Војводини*, Штампарија Напредак, Панчево 1925;
5. Боранијашевић, Владимир *et al.*, *Збирка сентенци из грађанског права и грађанског процесног права, књига 1*, Службени гласник, Београд 2018;
6. Визнер, Борис, *Грађанско право*, Вјесник, Загреб 1962;
7. Ђурђевић, Марко, *Уговор о поклону*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
8. Јакшић, Стеван, *Облигационо право II, Посебни дио – поједини типови облигационих уговора*, Веселин Маслеша, Сарајево 1960;

⁴² Вид. ПЗ, чл. 30, ст. 2.

⁴³ *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – други закон, 93/14 – други закон, 121/14, 6/15, 106/15.

9. Јовановић, Ранко, Атанацковић, Лаза, *Систематски речник српскохрватског језика*, Матица српска, Нови Сад 1980;
10. Константиновић, Михаило, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Савремена администрација, Београд 1969;
11. Лалевић, Миодраг, *Синоними и сродне речи српскохрватског језика*, Нолит, Београд 2004;
12. Лоза, Богдан, *Облигационо право II – посебни дио*, Правни факултет Српско Сарајево, Српско Сарајево 2000;
13. Марковић, Лазар, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997;
14. Мијачић, Мирса, *Облигациони уговори*, Савремена администрација, Београд 1990;
15. Перић, Живојин, *Специјални део Облигационог (тражбеног) права* (по предавањима), без године;
16. Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981;
17. Пишкулић, Звонимир, Ђерђ, Имре, *Основи приватног права у Војводини*, Геца Кон, Београд 1924;
18. Пухан, Иво, *Римско право*, Научна књига, Београд 1970;
19. *Речник српског језика*, Матица српска, Нови Сад 2007;
20. *Речник српскохрватскога књижевног језика, књига шеста*, Матица српска, Нови Сад 1976;
21. Ритер, Арнтс, од Арнесберга, *Пандекте или данашње римско право – Увод, књига прва*, Краљевска српска државна штампарија, Београд 1890;
22. Салковски, Карл, *Институције с историјом Римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894;
23. Станојевић, Обрад, *Римско право*, Правни факултет у Београду, Београд 1997;
24. Стојчевић, Драгомир, *Римско облигационо право*, Завод за издавање уџбеника Републике Србије, Београд 1960;
25. Тарановски, Теодор, *Историја српског права у Немањинској држави*, Службени лист СРЈ, Београд 1996;
26. Хорват, Маријан, *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974.

Правни извори

1. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени гласник РС*, бр. 18/20;
2. Закон о наслеђивању Србије, *Службени лист РС*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15;
3. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23 – други закон;

4. Закон о неважности правних прописа донесених пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, број 86/46;
5. Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – други закон, 93/14 – други закон, 121/14, 6/15, 106/15.

Retired Full Professor Ilija Babić, LL.D.

Belgrade

GIFT AGREEMENT – TERMINATION AND REVOCATION

Legal rules and the Draft of the 2015 Civil Code

Summary

The gift agreement is not fully regulated under positive law. Legal rules included in civil codes which was previously in force apply to relationships arising from this agreement, such as revocation and termination. The gift agreement can be unilaterally terminated by agreement or in cases determined by law before its execution. Most often, it is terminated and revoked after execution, having retroactive effect. One cannot revoke or terminate ordinary, infrequent gifts (of small value), prizes, or gifts made for general useful purposes.

The gift agreement can be revoked and terminated in case of the donee's ingratitude (ungratefulness) and the donor's impoverishment (and when the gift has been handed over to the donee), and these are the two issues the paper deals with.

If an agreement with an order, i.e., subjected to a condition or qualification (*donatio sub modo*) is concluded, and the donee does not fulfill that condition even within a subsequent reasonable period, the donor can terminate the contract and demand that the donee return what he received, except when a third party has acquired the right to demand the execution of the order. Then, a valid gift agreement shall be terminated and revoked. Should the contract become invalid due to nullity, the person with a legal interest in it will file a lawsuit to annul it.

The author suggests amending and supplementing some concepts in the preliminary draft of the Serbian Civil Code with the necessary provisions.

Key words: *Gift agreement; Revocation of the gift agreement; Termination of the gift agreement; The donee's ingratitude; The donor's impoverishment; Irrevocable gifts.*

Проф. др Станка Стјепановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

МОЖЕ ЛИ ПРУЖАЛАЦ БЕСПЛАТНИХ УСЛУГА НА ИНТЕРНЕТУ ОДГОВАРАТИ ЗА ШТЕТУ НАСТАЛУ ДЕТРАНЗИТИМА?¹

Овај рад износи проблеме са којима се суочавају лица која су промијенила пол под утицајем садржаја појединих сајтова на интернету, који кроз свој садржај рекламирају промјену пола као спасоносно рјешење за све проблеме. Након што су претрпјели разне хормонске терапије и хирушке захвате, они су увидјели да им то није требало и желе да се врате у првобитни пол. Разматрање одговорности ових сајтова, који обично имају велику финансијску моћ, кроз призму класичне одговорности за накнаду штете учињене својим корисницима довело је до приједлога у овом раду које врсте штете би могла остваривати лица која су као корисници тих сајтова наведена на промјену пола. Ауторка предлаже у овом раду на који начин би се кроз домаћи правни систем, позивом на одредбе Закона о облигационим односима, могла заштитити у судским процесима ова лица. Анализира се и могућност примјене одредаба Закона о заштити потрошача, као и основних начела грађанског права.

Кључне ријечи: Промјена пола; Детранзити; Одговорност; Накнада штете; Судска заштита; Злоупотреба права.

1. УВОД

Једна од области у којој је правна регулатива у земљама често дијаметрално супротна је област могућности промјене пола. Док, с једне стране, државе чланице Европске уније дозвољавају промјену пола у складу са тренутним осјећајем и без медицинске интервенције,

Станка Стјепановић, stanka.stjepanovic@pravni.ues.rs.ba.

¹ Назив детранзити у овом раду користи се за лица која су под утицајем агресивних реклама за промјену пола промијенила пол и за то се покајала и желе да се врате назад у првобитни пол.

на другој страни, многе афричке земље и неке азијске, као и Русија, имају сасвим негативан став према промјени пола. У најновијим измјенама закона Ирак је предвидио чак и казну затвора до три године за промјену пола.² Као што је у државама влада регулисала законима питања промјене пола, тако шаренило у односима имамо и самим црквама које себе сматрају хришћанским. Протестантске цркве су углавном почеле извршавати обреде вјенчавања истополних лица. Библијски ставови о браку као трајној заједници живота мушкарца и жене су за сада остављени у важности и у православној и у католичкој цркви, с тим да је у католичком свијету велику буру изазвала 18. 12. 2023. донесена декларација *fiducia supplicans*. Она је увела појам брзопотезног благослова истополним и трансродним лицима. Након побуне афричких бискупа у чијим земљама је то законски забрањено, након десетак дана дато је образложење појма благослова.³ На другој

² Ирачки парламент усвојио је закон који криминализује хомосексуалне односе и трансродне особе, уз казне које могу износити и до 15 година затвора. Закон је усвојен после прве верзије која је предвиђала и смртну казну. Међународна невладина организација Амнести интернешенел одмах је реаговала критикујући „кршење основних људских права“, оценивши да данас усвојени амандмани „угрожавају Ирачане који су већ свакодневно узнемиравани“. Ти амандмани, којима се мења закон против проституције из 1988. године, усвојени су на седници на којој је присуствовало 170 посланика од 329, наводи се у саопштењу прес службе ирачког парламента. Нови закон предвиђа казне од десет до 15 година затвора за хомосексуалне односе, као и за размену сексуалних партнера (свинг) код хетеросексуалних односа, наводи се у тексту у чији је увид имала агенција АФП. Закон забрањује „сваку организацију која промовише хомосексуалност у Ираку“, уз казну од седам година затвора за „промовисање хомосексуалних односа“. Закон такође забрањује „промену биолошког пола на основу индивидуалних жеља или склоности“ и предвиђа казну од једне до три године затвора за сваку особу или доктора који су укључени у родну транзицију. Слична казна је предвиђена за сваког мушкарца чије се понашање сматра женственим. <https://www.politika.rs/sr/clanak/611601/Irak-nov-zakon-protiv-LGBT-osoba-predvida-kazne-i-do-15-godina-zatvora>.

³ Више вид. https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_ddd_doc_20231218_fiducia-supplicans_en.html.

DICASTERY FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH Declaration *Fiducia Supplicans* On the Pastoral Meaning of Blessings

“...It is precisely in this context that one can understand the possibility of blessing couples in irregular situations and same-sex couples without officially validating their status or changing in any way the Church’s perennial teaching on marriage...” и критички осврт на: <https://www.vjeraidjela.com/o-izjavi-fiducia-supplicans-pouzdanje-koje-moli/>.

О изјави “*Fiducia supplicans*” (Pouzdanje koje moli)

„Изјаву *Fiducia supplicans* о pastoralном значењу благословâ издао је Дикастериј за науку вјере 18. просина 2023. Прва је то изјава исте установе након декларације *Dominus Iesus* о јединатости и спasonсној универзалности Исуса Христа и Цркве, 6. колovoза 2000. године.

Белгијски бискупи већ годинама практицирају неке „благослове“ хомосексуалних заједница, извјестио је антwerпски бискуп Johann Bony, delegat на 5. опћој скупштини Синоднога

страни, представник Руске православне цркве је прије доношења закона у Руској Федерацији којим се онемогућује својевољна, односно произвољна промјена пола, рекао да правих хермафродита у свијету мало и да је то помодарство.⁴ Много је становишта да је у ствари

puta, која је одржана у Frankfurtu од 9. до 11. оžјука 2023. Бискуп је рекао да су белгијски бискупи претходне године били у службеном походу Ватикану, од 21. до 26. студеногa 2022., и да им је Папа у аудијенцији од 25. студеногa, одобрио „благосливљање хомосексуалних парова“ ако су сви бискупи слоџни с тиме. С тиме се слаже свих 11 белгијских бискупа, извјешћује антврпски прелат, само што бискупи францускогa језика имају исте текстове на француском, а не на фламанском.

Fiducia supplicans, 2023. Evo нас на Изјави о пасторалном значењу благословâ коју је, без конзультације с кардиналима и бискупима члановима Дикастерија, саставио нови проћелник уреда за наук вјере, кард. Victor Manuel Fernandez, супотписао тајник msgr. Armando Matteo, вратили се *Ex audientia* од папе Франје 18. просинца, и објавили.

У строгом литургијском смислу, благослов захтијева да оно што се благосливља буде сукладно волји Боџој која је изражена у учењу Цркве. Господин Исус на одласку с овог свијета, подиже руке па ученике благослови. И док их благосливљаше, раста се од њих и узнесен бѝ на небо. Ученици се врате у Јерузалеу те све вријеме у Храму благосливљашу Бога (usp. Lk 24, 50–53). Овдје Исус у силазну смислу даје свој боџански благослов апостолима и апостолу у узлазну смислу благосливљашу Бога, тј. хвале га, захваљују му на свему дјелу откупљења.

Под III. тоћком Изјава од 31. до 41. броја говори о „благосливљању парова у нерегуларним ситуацијама и истосполних парова“. Изјава на све наћине настоји да се уочи разлика између сакраментногa благослова вјенћаногa пара који иде по црквеној формули и обреду, од „благослова“ нерегуларногa или истосполногa „пара“ који не иде ни по каквој формули ни обреду. Другим ријечима разликује се „пасторални“, неформални, неформулирани, необредни, спонтани, случајни, успутни, тренутаћни „благослов“ од „литургијскогa“ сакраментногa, обредногa, формулираногa, прописаногa благослова. Двознаћан је кљућ тематике у томе што се таквим нерегуларним „паровима“ и истосполним „паровима“ даје „благослов“ у „црквеном“ контексту и то од „црквеногa“ заредена службеника. Споминје се појам „пар“ као да је законит „пар“, па макар се направила два знака криџа на двјема особама. Исте се ријечи „благослов“, „заредени службеник“ придaju двјема различитим стварностима и с различитим значењима... истодобно, не би требало спрјећавати или забранјивати близину Цркве људима у свакој ситуацији у којој би они могли траћити Боџју помоћ једноставним благословом. У краткој молитви која претходи овом спонтаном благослову, заредени службеник могао би молити за појединце да имају мир, здравље, дух стрплјивости, дијалога и узajамне помоћи – али такодер и Боџје свјетло и снагу да могу у потпуности испунити његову волју.“ Прво, све је стављено у кондиционалан облик, ни на који наћин обвезан. Друго, не би требало ни осигурати ни промићати „обред благослова парова“ у нередовитим приликама. Овдје је истакнута још већа необвезност и уједно контрадикција у фрази „обред благослова парова“. То се протусловље проширује“

⁴ <http://www.patriarchia.ru/db/text/6040835.html>, 7. јул 2023. Заявление Патриаршей комиссии по вопросам семьи, защиты материнства и детства в связи с обсуждением запрета операций по т.н. смене пола в России

Из саопштења: „В последнее время предпринимаются важные меры, направленные на совершенствование российского законодательства с точки зрения его соответствия цели защиты традиционных ценностей и семьи. Так, 14 июня Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации был принят в первом чтении законопроект № 369814-8 „О внесении изменений в Федеральный закон 'Об актах

немогуће промијенити биолошки пол. Чак се о томе изјаснио и

гражданского состояния' и Федеральный закон Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации"¹⁴ (в части запрета смены пола человека).

Патриаршая комиссия Русской Православной Церкви по вопросам семьи, защиты материнства и детства поддерживает данную законодательную инициативу и отвергает попытки определенных политических сил препятствовать принятию законодательства, защищающего прирожденный пол человека, который мы считаем даром Божиим. Легализованное право на „смену пола“, в том числе и несовершеннолетних без согласия родителей, радикально противоречит традиционным ценностям религий мира, признающих особую ценность человеческой жизни, брака как союза между мужчиной и женщиной, права знать биологический пол по рождению.

Несмотря на законодательный запрет пропаганды смены пола, родительское сообщество нашей страны крайне обеспокоено тем, что дети попадают под влияние отдельных блогеров и сетевых групп, целенаправленно вовлекающих свою аудиторию в трансгендерную повестку, в продвижение которой вкладываются огромные средства, идет мощный поток дезинформации. Некоторые молодые люди становятся жертвами обмана, пытаются воспользоваться существовавшей до последнего времени правовой возможностью смены пола, в результате претерпевают калечащие операции или становятся зависимыми от пожизненной гормональной терапии. Впоследствии многим из них приходит осознание, что никакой смены пола в реальности не произошло (ведь генетически они остаются теми, кем родились), в связи с чем уровень самоубийств и других серьезных психических расстройств в этих сообществах, по некоторым сведениям, составляет более 40%.

Оказание медицинских услуг по так называемой смене пола приобретает характеристики массовой индустрии, которая извлекает выгоду из страданий людей. Крупные фармацевтические корпорации фактически получают в лице индоктринированных гендерной идеологией подростков пожизненную „гормональную клиентуру. Многие врачи на Западе и в России публично заявляют о том, что так называемая гормональная коррекция пола несовершеннолетним лишает их возможности иметь детей, то есть попросту стерилизует, подрывает душевное здоровье, инвалидизирует, превращает в пожизненных заложников бизнеса производителей гормональных препаратов.

Святейший Патриарх Московский и всея Руси Кирилл, выступая на пленарном заседании XXIV Всемирного русского народного собора 25 октября 2022 года в Зале церковных соборов Храма Христа Спасителя в Москве, указал на опасность и неприемлемость грубого вмешательства в природу человека, унижение его божественного образа. „Нам следует помнить, что вопрос о природе человека и его личности — это вопрос совершенно не технический. Это проблема глобального мировоззренческого порядка, игнорировать которую было бы в высшей степени опасно“, — подчеркнул Предстоятель Русской Церкви.

Мы также подчеркиваем, что распространение, особенно среди молодежи, антисемейных идеологий: смены пола, гомосексуализма, педофилии, абортов, проповедующих ненависть к детям, презрение к родителям, семьям и пренебрежительное отношение к беременности, является угрозой национальной безопасности государства, а также угрозой миру, стабильности и процветанию всего человечества в целом. Смена пола — один из инструментов, используемый в уничтожении репродуктивного потенциала народов, направленный на снижение численности населения, что является прямым нарушением заповеди Божией, данной прародителям человечества в раю: „И благословил их Бог, и сказал им Бог: плодитесь и размножайтесь, и наполняйте землю... (Быт. 1:28)

Европски суд за људска права у пресуди против Грузије.⁵ Ми се у овом раду бавимо питањем могућности одговорности за штету која настане детранзитима од интернет сервиса који рекламирају промјену пола као рјешење за све проблеме који настају у адолесцентној доби. Која је то обавеза коју корисник, на примјер Фејсбук сервиса, а према Закону о облигационим односима има. Можемо рећи да је то обавеза

⁵ Законски признато право на промену пола онемогућено у пракси. У случају *А.Д. и други против Грузије* (представка бр. 57864/17, 01.12.2022.) Европски суд за људска права („ЕСЉП“) је једногласно закључио да је дошло до повреде члана 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције за људска права („Конвенција“). Подносиоци представке су трансродни мушкарци (жене по рођењу).

Случај се тичао њихових притужби да нису успели да добију правно признање свог пола јер нису подвргнути операцији промене пола. У складу са чланом 8. Конвенције, судска пракса ЕСЉП о законском препознавању пола је утврдила да се од држава чланица очекује да обезбеде брзе, транспарентне и доступне процедуре за промену регистрованог пола трансродних особа.

ЕСЉП је приметио да не само да је право на промену пола у матичним књигама законом регулисано у Грузији, али је такође тумачено као део уставног права на слободу развоја личности према члану 12. Устава. Међутим, упркос чињеници да такво право постоји у земљи од 1998. године, очигледно није било ни једног случаја успешног правног признавања промене пола. ЕСЉП је прихватио да законско признавање пола мора бити регулисано шире како би се заштитио принцип грађанског статуса, конзистентност и поузданост евиденција о грађанском статусу ради потребе за правном сигурношћу. Међутим, док је право на промену пола у евиденцији грађанског статуса постојало у Грузији, закон није јасно назначио услове које треба испунити за правно признавање промене пола.

Влада је такође пропустила да се позабави специфичностима питања ЕСЉП у вези са тачним медицинским процедурама потребним за потребе правног признавања промене пола. ЕСЉП је стога закључио да домаће право и пракса не пружају никакве индикације тачне природе медицинских процедура које би требало следити. Такође је приметио да је Влада истакла да је израз „промена пола“ у Грађанском законнику морао бити процењен на основу „биолошких, физиолошких и/или анатомских критеријума“. Међутим била је потребна највећа пажња и прецизност када се такви различити термини користе наизменично, јер сваки од тих појмова имао је своје посебно значење и повлачио је за собом различите правне импликације. На пример, ако би се „промена пола“ дефинисала на основу биолошких критеријума, онда никада не би било могуће добити правно признавање пола, јер количину хромозома нико не може променити медицинском интервенцијом.

ЕСЉП је утврдио да су недоследности у тумачењу домаћег закона од стране домаћих судова били условљени, бар делимично, чињеницом да сам закон није био довољно детаљан и прецизан. Непрецизност садашњег законодавства подрила је доступност законског признања промене пола у пракси, а недостатак јасног законског оквира оставио је домаћим властима прекомерна дискрециона овлашћења, што би могло довести до произвољних одлука. Према томе, ЕСЉП је закључио да је дошло до повреде члана 8. Конвенције.

Преузето са званичног сајта Европског суда за људска права <https://www.rolplatform.org/zakonski-priznato-pravo-na-promenu-pola-onemoguceno-u-praksi/>.

трпљења јер је дужан трпјети рекламе које се појављују док он гледа и неки други садржај. Јасно је да интернет сервиси од реклама остварују профит али претјерана реклама може утицати и на одлуке корисника, па и на њихову заблуду о рјешењу свих проблема промјеном пола. Овдје ћемо разматрати ту одговорност и са становишта Закона о заштити потрошача. И европска регулатива је уочила проблем одговорности интернет сервиса на основа и Директиве о заштити потрошача. Управо кроз ову призму у овом раду ћемо, позивајући се и на судску праксу у Сједињеним Америчким Државама, покушати да укажемо и на могућност дизања тужбе за накнаду штете лицима која су физички, медицинском интервенцијом промијенили пол, а хоће се вратити назад у свој ранији пол, да то остваре тужбом и против интернет сервиса.

2. ПРОБЛЕМИ АДОЛЕСЦЕНАТА У СВИЈЕТУ ТОТАЛНЕ ДИГИТАЛИЗАЦИЈЕ

У новије вријеме, по истраживањима психолога мијења се структура интелекта код адолесцената, усљед употребе паметних телефона, лаптопа и осталих уређаја. Наравно, тотална дигитализација врши промјену код модела мишљења човјека, а нарочито код адолесцената. Типови агресивних реклама које се појављују на друштвеним мрежама базирају се управо на истраживањима која омогућују скупљање података корисника интернет мрежа (друштвених мрежа). Управо из скупљања података види се да је могуће урадити такву рекламу која ће агресивно дјеловати на кориснике адолесценате. Наравно, свака реклама клинике за промјену пола и послуже тога линкови који воде до виртуелних пријатеља који ће потврдити да ће се промјеном пола ријешити сви проблеми адолесцената, могу довести до тога да количина трпљења рекламе није уобичајена и да адолесцент који не схвата и не разумије како ће се развити догађаји и како ће бити послуже операције промјене пола, доноси такву одлуку. Квалитет прогнозе шта ће бити дугорочно у односу на промјену пола не може најчешће адолесцент да прихвати.⁶

Интелект адолесцената је пољуљан у закључцима и од тога морамо поћи као чињенице да је адолесценту већ настала штета од друштвених мрежа јер је онеспособљен да доноси зреле одлуке. Како се у овом раду ограничавамо само на накнаду штете која произилази из агресивне рекламе од којих друштвене мреже имају огроман профит, а која настаје детранзитима, нећемо ширити ову тему и расправљати о свим типовима удараца на интелектуалну свијест адолесцената. Про-

⁶ Више вид. И. Ашманов, Н. Касперска, *Дигитална хигијена*, Београд 2023, 273.

матрајући европску директиву за заштиту корисника друштвених мрежа као потрошача услуга, можемо је посматрати као напредак у правној регулативи овог не малог проблема. Требало би да се одговара на основу претпостављене кривице.

3. УГОВОР ИЗМЕЂУ КОРИСНИКА И ДРУШТВЕНИХ МРЕЖА

Проматрајући однос корисника који приступа мрежама, нпр. Фејсбуку, можемо доћи до закључка да се тај однос заснива, по правилу, на уговору који је оформила платформа а корисник му само приступа, и то најчешће не читајући одредбе уговора већ само чини корак по корак притискајући „јес“ и тако до краја. На први поглед, тај уговор изгледа бестеретан за корисника јер не плаћа платформи ништа за кориштење услуга. Пружалац услуга, када се сагледа природа овог уговора, у сваком кориснику тих услуга добија профит који ће остварити од реклама. Он ће кориснику сервирати рекламу коју ће платформи платити давалац рекламе, и од које ће платформе имати милионске зараде. Анализирајући уговор са становишта Закона о облигационим односима можемо утврдити да је он теретан. Корисник је, у суштини, по том уговору прихватио облигацију трпљења реклама које му мрежа сервира кад год се појави на њој. Већ при сваком уласку на мрежу свако мало времена ускаче реклама која привлачи пажњу корисника и најчешће га одводи на тај садржај. Према истраживању професора Ворда са Тексашког Универзитета уочава се „линеарни тренд да – што су телефони приметнији, расположиви капацитети учесника су мањи“. Навика брзог добијања информације, како то тврди професор Адријан Ворд, отупљује корисника.⁷ Часопис *Journal of the Association for Consumer Research* који се бави истраживањем потрошачког понашања у свијету објавио је истраживање *Brain Drain* који је рекао да: „Једноставно и само присуство сопственог паметног телефона снижава когнитивну способност.“⁸

⁷ Т. Цвејић, *Да ли само присуство паметних телефона смањује рад мозга*. Професор Ворд је навео да се уочава „линеарни тренд да – што су телефони приметнији, расположиви капацитети учесника су мањи“. <https://www.rts.rs/lat/magazin/nauka/2803586/da-li-samo-prisustvo-pametnih-telefona-smanjuje-rad-mozga.html>.

⁸ А. F. Ward, K. Duke, M. W. Bos, “Brain Drain: The Mere Presence of One’s Own Smartphone Reduces Available Cognitive Capacity”, *Journal of the Association for Consumer Research* 2/2017, 140–154.

Our smartphones enable – and encourage – constant connection to information, entertainment, and each other. They put the world at our fingertips, and rarely leave our sides. Although these devices have immense potential to improve welfare, their persistent presence may come at a cognitive cost. In this research, we test the “brain drain” hypothesis that

Из непосредног четвртвјековног рада са студентима примјећује се смањивање могућности извођења закључака из анализе цјелине предмета уз истовремену исјецкану пажњу. Проблем умртвљивања радости младих и полета који је био карактеристичан за средњошколску и студентску доб нестаје. Задржавање пажње на часу је све теже. Истраживања показују да је задржавање пажње чак и на друштвеним мрежама све теже. Типска заблуда је да је на мрежи не лажу. Вријеме које млади адолесценти проводе на интернету износи око једну трећину дана, значи око 7–8 часова. Наравно да су у то вријеме изложени најагресивнијим рекламама које им одвлаче пажњу. Између осталог, позива се да се ријеше сви проблеми на такав начин ако промијене пол и обећања која искачу из агресивних реклама клиника како се то врло једноставно рјешава медицинским путем. Ако се након медицинске интервенције установи да осакаћење тијела није довело до рјешавања психолошких проблема, долази до жеље да се врате у ранији пол. Потребна је још једна медицинска интервенција.

Могло би се закључити да мреже не би требало да пуштају рекламе које могу нанијети штету било коме, а нарочито тјелесном интегритету, као што је случај адолесцената. То се може сматрати прекорачењем дозвољене уговорне границе трпљења корисника услуга друштвених мрежа које је довело до штете за детранзите. Самим тим би мрежа, односно платформа, била одговорна за штету која из тога произилази за детранзита, дакле уговорну штету. На то би се могао примјенити у нашем правосудном систему Закон о облигационим односима и то члан 262.⁹

the mere presence of one's own smartphone may occupy limited-capacity cognitive resources, thereby leaving fewer resources available for other tasks and undercutting cognitive performance. Results from two experiments indicate that even when people are successful at maintaining sustained attention – as when avoiding the temptation to check their phones – the mere presence of these devices reduces available cognitive capacity. Moreover, these cognitive costs are highest for those highest in smartphone dependence. We conclude by discussing the practical implications of this smartphone-induced brain drain for consumer decision-making and consumer welfare. <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/691462>.

⁹ Члан 262 ЗОО РС: (1) Поверилац у обавезном односу је овлашћен да од дужника захтева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је савесно у свему како она гласи. (2) Кад дужник испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео.

4. ЗАКОНОДАВСТВО ЕУ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА И ВЈЕШТАЧКОЈ ИНТЕЛИГЕНЦИЈИ КАО ИЗВОР ПРАВА ЗА ЗАШТИТУ ДЕТРАНЗИТА У ТУЖБАМА ПРОТИВ ИНТЕРНЕТ СТРАНИЦА

На захтјев Европске комисије за заштиту потрошача Фејсбук је промијенио услове свога пословања и учинио их видљивијим за потрошаче. *Вера Јурова*, европска комесарка за правосуђе, потрошаче и равноправност полова рекла је: „Пошто се друштвене мреже користе као рекламне и комерцијалне платформе, оне морају у потпуности да поштују правила потрошача. Драго ми је да националне власти примењују правила ЕУ за заштиту потрошача. То је уродило плодом, пошто неке компаније сада чине своје платформе безбеднијим за потрошаче, међутим, неприхватљиво је да ово још увек није завршено и да нам је потребно толико времена, да нам је потребан 'Нови договор за потрошаче': правила за потрошаче треба поштовати и ако се компаније не придржавају, треба да се суоче са санкцијама.“

Док се чини да су најновији предлози Гугла у складу са захтјевима потрошачких власти, Фејсбук и, што је још важније, Твитер, само су дјелимично ријешили важна питања о њиховој одговорности и начину на који су корисници обавијештени о могућем уклањању садржаја или раскиду уговора.

Када је ријеч о „процедури обавештења и поступања“ коју органи за заштиту потрошача користе да пријаве и захтијевају уклањање нелегалног садржаја, измјене неких компанија су недовољне. Док је Гугл+ успоставио протокол, укључујући рокове за рјешавање захтјева, Фејсбук и Твитер су се сложили само да обезбиједи намјенску е-адресу коју националне власти могу да користе за обавјештавање о кршењу, без обавезивања да ће такве захтјеве решавати у одређеним временским оквирима.¹⁰ Могло би се сматрати да детранзит може тужити за штету која му је настала као потрошачу услуга, позивом на ову одредбу.

Нови Закон о вјештачкој интелигенцији, кога је 13. марта 2024. године донио Европски парламент могао би бити користан исто тако

¹⁰ Facebook changes its terms and clarify its use of data for consumers following discussions with the European Commission and con Facebook changes its terms and clarify its use of data for consumers following discussions with the European Commission and consumer authorities, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP>. Facebook, Google and Twitter accept to change their terms of services to make them customer-friendly and compliant with EU rules, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/614254/en>.

Social media companies need to do more to fully comply with EU consumer rules, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP>.

као извор права за накнаду штете. Погледамо ли преамбулу тог закона видимо да она каже: „Забрањено је стављање на тржиште, стављање у употребу или коришћење одређених система вештачке интелигенције који имају за циљ да **искриве људско понашање**, при чему постоји вероватноћа да ће доћи до физичких или психичких повреда. Такви системи вештачке интелигенције користе **подсвесне компоненте** које појединци не могу да примете, или искоришћавају рањивост деце и људи због њиховог узраста, физичких или менталних неспособности. Они то чине са намером да **материјално искриве понашање** неке особе и на начин који узрокује или може да нанесе штету тој или другој особи.“¹¹ Како је штета детранзиту настала рекламом са платформе, а платформе често употребљавају вјештачку интелигенцију, то би се позивом и на одредбу европског Закона о вјештачкој интелигенцији могло доћи до материјалног права за накнаду штете.

5. МОЖЕ ЛИ ТУЖБА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ПРОТИВ КЛИНИКА ПОСЛУЖИТИ КАО МОДЕЛ ЗА ТУЖБЕ ПРОТИВ ИНТЕРНЕТ СЕРВИСА

У Сједињеним Америчким Државама судска пракса је шаролика. Присталице традиционалних усвојених вриједности које се заснивају на биологији и опште познатим искуствима досадашњих друштава су медијски пропратили са одобравањем тужбу С. Адако против Клинике која је без потребних припрема извршила операцију промјене пола,

¹¹ The EU Artificial Intelligence Act, https://www-artificial-intelligence-act-com.translate.google/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=sr&_x_tr_hl=sr&_x_tr_pto=sc, 13 March 2024, The European Parliament approved the Artificial Intelligence Act.

The regulation, agreed in negotiations with member states in December 2023, was endorsed by MEPs with 523 votes in favour, 46 against and 49 abstentions.

It aims to protect fundamental rights, democracy, the rule of law and environmental sustainability from high-risk AI, while boosting innovation and establishing Europe as a leader in the field. The regulation establishes obligations for AI based on its potential risks and level of impact.

The new rules ban certain AI applications that threaten citizens' rights, including biometric categorisation systems based on sensitive characteristics and untargeted scraping of facial images from the internet or CCTV footage to create facial recognition databases. Emotion recognition in the workplace and schools, social scoring, predictive policing (when it is based solely on profiling a person or assessing their characteristics), and AI that manipulates human behaviour or exploits people's vulnerabilities will also be forbidden. Вид. и измјене Закона од 19. 4. 2024. на https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_EN.pdf.

тражећи одштету од милион долара.¹² Међутим, други медији који подржавају родну идеологију су одлуку суда у Тексасу од 1. маја 2024. године дочекали са одушевљењем, а она је одредила тужитељици да мора платити четрдесет хиљада долара за трошкове противној страни због „неозбиљне тужбе“.¹³ По обиму тужба С. Адако је опширна и описује детаљно догађаје. Можда није довољно да би је судско вијеће прихватило. Мишљења смо да би тужба детранзита против интрнет сервиса требала бити посебна с тим да смо мишљења да се у складу са нашим Законом о облигационим односима може установити и солидарна одговорност интернет сервиса и клинике за штету учињену детранзиту.

6. ВИДОВИ ШТЕТЕ КОЈУ ТРПИ ДЕТРАНЗИТ

Како је то видљиво из медицинске документације коју обично детранзита прилажу и чине је доступном јавности преко средстава информисања која подржавају детранзите да се врате у првобитни пол, они услијед медицинске интервенције имају многе тјелесне повреде. Њима се наноси, прије свега, материјална штета која се састоји у плаћању медицинске интервенције, хормонских терапија и слично, јер они практички постају доживотни пацијенти.

Нематеријална штета је далеко разноврснија, а то су претрпљени физички, психички болови и страх. Наравно да су овдје психички болови и страх врло битни јер сазнање да неће моћи никада бити родитељ, тј. или отац или мајка може довести до тешких психичких проблема. Умањење опште животне активности је сасвим сигурно присутно. Сматрамо да би се у овом случају могла разматрати како и постојећа штета, тако и будућа штета. На примјер, због сазнања да је његово унакажење тијела било узалудна нада да ће се његови проблеми ријешити умањује се изглед на његово будуће, даље школовање или заснивање породичног дома. Познавањем разликовања штете на конкретну и апстрактну можемо закључити да и конкретну и апстрак-

¹² Вид. <https://www.dailysignal.com/2023/07/24/nipples-literally-peeling-texas-detransitioner-sues-doctors-1-million-botched-surgery/>, NEWS Nipples Literally Peeling Off: Texas Detransitioner Sues Doctors for \$1 Million Over Botched Surgery, Mary Margaret Olohan, July 24, 2023.

¹³ Вид. <https://www.assignedmedia.org/breaking-news/soren-aldaco-lawsuit-dismissed-with-prejudice>, Detransitioner Soren Aldaco Must Pay \$40,000 for Frivolous Lawsuit.

In an order dated April 11, 2024, Judge Donald Crosby granted a motion by Defendants Del Scott Perry and Texas Health Physicians Group, who had at one point provided Aldaco with hormone therapy, dismissing the lawsuit against them and imposing statutory sanctions amounting to \$40,000 against Aldaco. This follows an [earlier dismissal](#) of the suit against Aldaco's psychiatric providers. The final portion of the suit, concerning Aldaco's chest surgery, remains active.

тну штету можемо овдје примјенити. Висину накнаде за нематеријалну штету суд би требало да одреди у сваком конкретном случају по општим критеријумима за накнаду нематеријалне штете. У новије вријеме појављује се у судској пракси случај да суд не одређује висину штете у својој пресуди, већ кад је у питању нематеријална штета, он каже да је то онолико колико тражи тужилац јер он то најбоље зна, а да се може и то одредити у извршном поступку.¹⁴

¹⁴ Detransitioned boy castrated by doctors warns kids about perils of gender ideology: Patient for life. A young male, who formerly identified as a trans woman, who was castrated and became a “patient for life” as part of “gender-affirming care”, wants to warn others not to follow in his footsteps. He discussed his story of resilience and learning to accept himself for who he is, for the first time, with Fox News Digital.

Kobe, whose name is being withheld for privacy reasons, had “checked every box for what they call a trans adolescent”. He was always “effeminate” and loved pink and playing with Barbies. If he had never been exposed to gender ideology, he says he probably would have just stayed a feminine boy. And there’s nothing wrong with that. <https://www.foxnews.com/media/detransitioned-boy-castrated-by-doctors-warns-kids-about-perils-of-gender-affirming-care>.

Лекари у заштиту деце, потписали су декларацију у којој траже забрану промовисања социјалне афирмације (потврђивања џендер идентитета), блокатора пубертета, хормона супротног пола и операција промене пола за децу и адолесценте који доживљавају тегобе због свог биолошког пола.

У видео-саопштењу, удружење тврди да ови третмани не само да не помажу особама већ су и веома штетни. Саопштење је објављено у критичном тренутку, а недавна истраживања показују да се већина Американаца противи покушајима медицинске индустрије да одбаци биологију и подстакне децу да се подвргну штетним, неповратним процедурама. Ерика ЛеБарон, доктор породичне медицине и новоизабрана председница ААPS-а, нагласила је значај педијатријске медицинске неге која је заснована и на научним чињеницама, и на основној медицинској етици. Она је истакла неопходност медицинског професионализма како би се зауставило наносење штете и дао приоритет пацијентима, а не политичкој идеологији.

Овај јединствени став против преовлађујуће родне идеологије наглашава све већу забринутост због трансродних наратива, посебно оних који циљају децу. Упркос растућем културном покрету који подржава трансродну агенду, постоји и значајна опозиција која се залаже за увиђавнији приступ који поштује достојанство особе и биолошку стварност. Неколико медицинских струковних организација у Сједињеним Државама, укључујући Амерички колеџ педијатара (ACPedс), Алијансу за хипократску медицину (АНМ) и Удружење америчких лекара и хирурга (ААPS), дигло је глас против „операција гениталног сакаћења“ малолетника. Ове групе лекара, које делују под крвним називом Лекари у заштиту деце, потписале су декларацију у којој траже забрану промовисања социјалне афирмације (потврђивања џендер идентитета), блокатора пубертета, хормона супротног пола и операција промене пола за децу и адолесценте који доживљавају тегобе због свог биолошког пола.

У видео-саопштењу, удружење тврди да ови третмани не само да не помажу особама већ су и веома штетни. Саопштење је објављено у критичном тренутку, а недавна истраживања показују да се већина Американаца противи покушајима медицинске индустрије да одбаци биологију и подстакне децу да се подвргну штетним, неповратним процедурама. <https://ifamnews.com/sr/sad-udruzenje-lekara>

7. АКТ БР. 803 ОД 16. 4. 2024. ДРЖАВЕ ТЕНЕСИ КАО ПОКУШАЈ РЈЕШЕЊА ПРОБЛЕМА

Потпуно оригинално рјешење нагомиланих проблема са промјеном понашања људи и агресивним рекламним ударима на до сада устаљене људске вриједности и достојанство предложио је Акт бр. 803 донесен у Генералној скупштини америчке државе Тенеси, којим се моли Бог да излије милост на државу и народ да би се спријечила трговина људима и остала одступања од изворних вриједности која је установио сам Створитељ, а која пише у Библији на којој су засновани темељи америчке државе 15. априла 1799. године.¹⁵ У знак покајања предлаже се пост и молитва свим грађанима од 1. јула до 31. јула 2024. Тражи се милост од Бога да се умијеша и заустави напредовање безбожности и разуданости у начелу и у пракси, тако увредљив за Њега и тако погубан за човјечанство. Даље се наводи да признају Бога као Творца и Цара свега, да има славу и власт да суди и благосиља нације и државе. Слично овој свенародној молитви коју парламент америчке државе Тенеси прописује од 1. до 31. јула 2024. године, за све грађане постоји и молитва Светог владике Николаја којом се сваки појединац каје не само за своје већ и гријехе других.¹⁶

8. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Комунална служба постоји у свакој општини и она се брине о одношењу смећа које се налази на улици. Еколошка инспекција кажњава оне који бацају у животну средину разно смеће и тиме наносе штету појединцима и општим добрима. Нажалост, не постоји неко ко би се бавио уклањањем дигиталног смећа, тј. дигиталном хигијеном. Управо на брда дигиталног смећа често налијећу адолесценти и дјеца тражећи рјешења за своје пролбеме. Рекламе за промјену пола којим се клинике рекламирају су врло агресивне. Те рекламе које се сервирају, а клинике за то плаћају интернет сервисима, најчешће су узроци који доводе до тога да млади људи одлуче да промијене своје тијело, односно да имитирају други пол. Научно је доказано да се у суштини биолошки пол не може никад промијенити јер није могуће промијенити икс ипсилон хромозоме.

trazi-zabranu-operacija-genitalnog-sakacenja-maloletnika. САД: Удружење лекара тражи забрану операција гениталног сакаћења малолетника.

¹⁵ Потпун текст доступан на: [https://trackbill.com/bill/tennessee-house-joint-resolution-803-general-assembly-statement-of-intent-or-position-designates-the-period-of-july-1-2024-through-july-3<BillNo](https://trackbill.com/bill/tennessee-house-joint-resolution-803-general-assembly-statement-of-intent-or-position-designates-the-period-of-july-1-2024-through-july-3-BillNo).

¹⁶ Потпун текст ове молитве је доступан на: <https://svetosavlje.org/molitva-svenarodnog-pokajanja/>.

Постојале су и постоје дан-данас разне идеологије, а једна од њих је и родна идеологија која, као и свака друга идеологија, има своје велике присталице, а исто тако и противнике. У овом раду нисмо се бавили ни присталицама ни противницима родне идеологије, него смо се бавили стварним проблемом који настаје у случају када медицинским путем адолесценти и дјеца желе да промијене пол, тачније речено да имитирају други пол. Управо те рекламе доводе до штете која настаје дјеци и младима усљед трајне овисности о хормонској терапији као и сакаћењима, а они желе као детранзити да се врате у ранији пол. Њима је приказивано да су игром случајности у туђем тијелу, да ће се много боље осјећати у свом новом тијелу као да се ради о промјени врсте одјеће по систему замијените капут од гуме за кожна јакну. Детранзите бисмо могли сматрати као побуњенике против својих ранијих поступака на које су наведени агресивним рекламама клиника. Представници оних политичких партија које се залажу за очување породице и традиционалних вриједности радо позивају на своје конференције, док их истовремено припадници оних који су посленици на пољу родне идеологије нападају, чак и физички.

Настојали смо да проблему детранзита приђемо са чисто грађанскоправне одговорности за штету, бавећи се у овом раду могућности да интернет платформе, односно сајтови буду одговорни за насталу штету, полазећи од општих начела облигационог права, како одговорности за уговорну штету, тако одговорности за проузроковану штету. Посматрали смо ту одговорност и са аспекта европских директива о заштити потрошача, као и домаћег законодавства о заштити потрошача. Несумњиво је да уговор којим приступају нпр. Фејсбуку или Твитеру већина уговарача уопште не прочита до краја већ иде системом прихватања. Разматрајући да ли су уговори између корисника и интернет платформи добротине или теретни дошли смо до закључка да су они ипак теретни уговори. Без обзира на то што је приступ кориснику бесплатан, то се не може сматрати добротиним уговором јер је у питању обавеза трпљења реклама и садржаја који излијећу кориснику док он проматра неки други садржај. Значи да је обавеза корисника трпљење. Сада, која је количина трпљења размотрили смо у овом раду и дошли до закључка да је агресивна реклама клиника за промјену пола навела корисника интернет сајта да врши операције промјене пола, односно, тачније речено имитације промјене пола. Посредно је дакле интернет сервис омогућио свом кориснику нетачну информацију о рјешавању његових стварних проблема. Значи, довео га је у заблуду па је управо због те мане воље, како је то предвиђено Законом о облигационим односима, он ступио на пут вјечног болесника, односно овисника о хормоналним терапијама.

Како је прекорачена доза допушеног трпљења, сматрамо да је то и повреда уговорне обавезе од стране интернет сервиса, па би се могла примјенити и уговорна одговорност за штету, поред проузроковане штете. Прекомјерно трпљење је прешло у агресију, значи у штету.

У области заштите потрошача у Европској унији учињено је, у законодавном смислу, много, али ипак недовољно у пољу одговорности интернет сервиса за учињену штету која настаје њиховим потрошачима. Свака промјена пола је тјелесно оштећење и повратак назад у ранији пол опет је оштећење. Због тога би требало донијети посебну директиву о одговорности за штету интернет сервиса ако је корисник сервиса наведен, под утицајем реклама, да на свом тијелу учини неке промјене. Треба да накнади како материјалну тако и нематеријалну штету. Нематеријална штета је са посебним освртом на умањење опште животне активности. У том смислу, требало би унијети измјене у домаћем Закону о заштити потрошача. Полазећи од општих начела Закона о облигационим односима, могло би се поћи од тога да је потрошач свјесно доведен у заблуду од стране интернет сервиса који је ради свог профита пустио такву рекламу од које је настала штета потрошачу детранзиту. Дакле, услијед мане воље потрошач је учинио нешто за шта се покајао. Због тога предлажемо да се и у Закон о облигационим односима унесу одређене допуне када је у питању мана воље, а која би гласила: „Ако је друга одговорна страна интернет сервис, одговараће за накнаду штете уговарачу која је настала услијед агресивне рекламе коју је тај сервис допустио да се пласира.“ Предлажемо да се законодавац одлучи за посебну тужбу имајући у виду тешке и неповратне посљедице које настају лицима која су под утицајем агресивне рекламе промијенила пол и желе да се врате у свој ранији пол.

У Сједињеним Америчким Државама судска пракса је шаролика. Присталице традиционалних усвојених вриједности које се заснивају на биологији и опште познатим искуствима досадашњих друштава су медијски пропратили са одобравањем тужбу С. Адако против клинике која је без потребних припрема извршила операцију промјене пола, тражећи одштету од милион долара. Међутим, други медији који подржавају родну идеологију су одлуку суда у Тексасу од 1. маја 2024. године дочекали са одушевљењем, а она је одредила тужитељици да мора платити четрдесет хиљада долара за трошкове противној страни због „неозбиљне тужбе“. Европско законодавство је било увијек усмјерено у правцу заштите потрошача и за очекивати је да у томе и даље истраје и да се заштите и детранзити као потрошачи услуге интернет сервиса. Интересантан је и акт број 803 који је донесен у америчкој држави Тенеси 16. априла 2024. године, којим се обраћа

Богу за помоћ у рјешавању постојећих проблема насталих одступањем од изворних стваралачких принципа људских бића као боголик и њиховог разликовања од бесловесних животиња. Приједлог извршења акта је молитва и пост у држави од 1. јула до 31. јула 2024. године.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ашманов, Игор, Касперска, Наталија, *Дигитална хигијена*, Београд 2023;
2. Ward, F. Adrian, Duke, Kristen, Bos, W. Maarten, “Brain Drain: The Mere Presence of One’s Own Smartphone Reduces Available Cognitive Capacity”, *Journal of the Association for Consumer Research* 2/2017.

Правни извори

1. Закон о облигационим односима Републике Српске, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, одлука УСЈ и 57/1989, Службени гласник РС, бр. 17/1993, 3/1996, 37/2001 – др. закон, 39/2003 и 74/2004;
2. Европски суд за људска права, А.Д. и други против Грузије, представка бр. 57864/17, 1. 12. 2022.

Интернет извори

1. <https://www.politika.rs>;
2. <https://www.vatican.va>;
3. www.vjeraldjela.com;
4. <http://www.patriarchia.ru>;
5. www.rolplatform.org;
6. www.ec.europa.eu;
7. <https://www-artificial-intelligence-act-com>;
8. www.dailysignal.com;
9. www.assignedmedia.org;
10. www.foxnews.com;
11. www.ifamnews.com;
12. www.trackbill.com;
13. www.svetosavlje.org;
14. www.rts.rs.

Full Professor Stanka Stjepanović, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

CAN A PROVIDER OF FREE SERVICES ON THE INTERNET BE LIABLE FOR DAMAGES CAUSED TO DETRANSITIONERS?

Summary

Based on the general principles of the Law on Obligations, it could be assumed that the consumer was deliberately misled by the internet service provider, who, for the sake of his own profit, released such an ad that caused damage to the detransit consumer. Therefore, due to a lack of will, the consumer did something that he regretted. Therefore, we propose amending the Law on Obligations to include the following clause: “If the other responsible party is an internet service provider, it will be responsible for compensation for damage to the contractor that occurred as a result of aggressive advertising that allowed that service to be marketed.”

Key words: *Sex change; Detransitioners; Liability; Compensation for damages; Judicial protection; Abuse of law.*

Full Professor Dragan Bolanča, LL.D.

Faculty of Law, University of Split, Croatia

SALVAGE ON THE SEA (INLAND WATERS) – FROM ROMAN LAW TO MODERN TIME

The law of salvage is a principle of maritime law whereby any person who helps recover another person's ship or cargo in peril at sea is entitled to a reward commensurate with the value of the property salvaged. The legal concept of an entitlement to reward for saving imperiled marine property can be traced back to antiquity, spanning approximately 3.000 years. Beginning with the Edicts of Rhodes (Nomos Rhodion Nauticos), through the laws of the Romans (chapters XLV and XLVII of Book XIV of Justinian's Digest) into the modern legal system, it has been recognized through the ages that an individual who risks himself and his own property voluntarily to successfully rescue the property of another from peril at sea should be rewarded by the owner of the property saved. Today, salvage law is relatively international and uniform because many of the world's maritime nations have adopted the text of the International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Assistance and Salvage at Sea (signed in Brussels in 1910) or International Convention on Salvage (signed in London in 1989), which is based on the same general principles as the 1910 Convention. In this article, the legal solutions of the Republic of Srpska and the Republic of Croatia will be compared.

Key words: Salvage on the sea; Roman law; Maritime law; Law of inland water navigation; Republic of Srpska; Republic of Croatia.

1. HISTORICAL INTRODUCTION

On land the person who rushes in to save another's property from danger is an officious intermeddler, the volunteer whom even equity will not aid. He has no right to a reward, although he may incur liability if he damages the property in the course of saving it. The person who saves life on land is similarly treated.

At sea the person who saves property receives a reward which is generously computed in the light of “*the fundamental public policy at basis of awards of salvage – the encouragement of seamen to render prompt service in future emergencies*”.¹ The reward, it has often been said, is not a mere recompense for work and labor done, not a *quantum meruit*.

Historically, the saving of life was regarded as fulfilling a moral duty but not as entitling the salvor to a reward. Life salvors now have by statute a right to a fair share of the award made to salvors who have saved property on the same occasion. Life salvage, unaccompanied by property salvage, still goes unrewarded.²

The major dangers that jeopardized maritime navigation are the reason why – through maritime practice and legal regulations – special relationships have been built between the one who needs assistance and the one who provides it. In spite of certain conceptions trying to submit salvage under the classic institute of civil law, salvage should be considered special institute of maritime law, has specific characteristics of its own and is influenced by the idea of solidarity among people involved in the maritime venture.³ Salvage at sea has become such a special institute of maritime law.

According to the stipulations of the oldest known rescue and salvage regulation which refers to the Rhodes Maritime Law (*Nomos Rhodion Nauticos*, from the 7th – 9th century), the sailors were mutually obliged to assist each other. The usurper of someone else’s property during a rescue

¹ See G. Gilmore, C. L. Black Jr., *The Law of Admiralty*, Mineola – New York 1975, 532.

² The true origins of salvage are unknown, while a detailed history of the law of salvage has yet to be written. Arthur Brown (*A Compendious View of the Civil Law and of the Law of the Admiralty*, London, vol. II, 1802, 122) calls salvage a “*quasi contract*”, thus no doubt referring by implication to the civil law concept of *negotiorum gestio*. More recently, certain scholars have seen salvage as part of the law of restitution for unjust enrichment (W. R. Kennedy, *Law of Salvage*, 5th ed. (eds. Steek & Rose), London 1985, 16–18). “*The law of salvage is sometimes said to be part of the jus gentium and the statement reflects a judicial awareness that the perils of the sea are not confined by national boundaries and an acceptance of the principle that international uniformity is in such a context peculiarly desirable*”, so Gilmore, Black, 533.

³ Common venture is a basic theme in maritime law, reflecting the understanding of maritime commerce as a joint undertaking on the part of shippers, carriers and consignees; ship owners and charterers; and their respective insurers, who (directly and indirectly) confront the perils of the sea together, and who should therefore share both the profits and the risks attendant upon their combined operation. The common venture principle is evident in fields such as carriage of goods, as well as in general average and marine insurance – see W. Tetley, *Glossary of Maritime Terms*, 2nd ed., Montreal 2004, 36.

and salvage operation was punished, and the rescuer was awarded a prize only if his action was successful.⁴

During the later centuries, the continuity of the development of rescue and salvage at sea was hampered by the recognition of the so-called right of shipwreck (*ius naufragii*) or the maritime accident whether it is on the surface, on the seabed, or on the coast, thereby legalizing the robbery of all remains of ship and cargo after the shipwreck.⁵

Prize law and the right to wrecks and wrecked cargo date back before Roman times (see chaps. XLV and XLVII of Book XIV of Justinian's Digest),⁶ but salvage of a ship at sea is much later. There is a reference to a remuneration for a successful salvor in the medieval sea codes,⁷ in the *Rules of Oleron* (1160) at art. 4⁸ and in the *Consolat de Mar* (art. CCVII and art. CCXLV) a compilation of maritime law customs applied by consuls in the Western Mediterranean in the last medieval (14th century) and early modern period (second half of 17th century).⁹ Later on, the provisions

⁴ V. Pezelj, „Pomorske havarije u dalmatinskom statutarnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1, 2006, 97–98.

⁵ See in details G. Bonolis, *Il diritto marittimo medievale dell'Adriatico*, Pisa 1921, 591–594.

⁶ Civil law has its origin in Roman law, as codified in the *Corpus Iuris Civilis* of Justinian. The *Corpus Iuris Civilis* is the name given to a four-part compilation of Roman law prepared between 528 and 534 A.D. by a commission appointed by Emperor Justinian and headed by the jurist Tribonian. The *Corpus* includes the *Code* (a compilation of Roman imperial decrees issued prior to Justinian's time and still in force, arranged systematically to subject-matter); the *Digest* (or *Pandects*) (fragments of classical texts of Roman law by well-known Roman authors such as Ulpian and Paul, composed from the 1st to the 4th centuries A.D., arranged in 50 books subdivided into titles); the *Institutes* (a coherent, explanatory text serving as an introduction to the *Digest*, based on a similar and earlier work by the jurist Gaius); and the *Novellae* (a compilation of new imperial decrees issued by Justinian himself) – see M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1974, 33–36; J. E. Clapp, *Civil law*, Dictionary of the Law, New York 2000, 83; P. H. Collin, *Civil law*, Dictionary of the Law, London 2001, 59; W. J. Stewart, *Civil law*, Dictionary of the Law, Glasgow 2001, 67; D. Bolanča, “Maritime Law in the Era of Globalisation – Universal Law or a Mixed Legal System?”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3–4/2002, 334.

⁷ One of the oldest rules is the Marine Ordinances of Trani (1063) – W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, Montreal 2002, 322.

⁸ The salvage provisions of art. 4 of the *Rules of Oleron* do not, however, appear in the earliest versions of the Rules, but seem to have been added in versions dating from the late fifteenth or early sixteenth centuries – see W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montreal 1998, 331.

⁹ See V. Škarica, *Osnova Trgovačkog pomorskog zakona za jugoslavensku državu*, Split 1919, 3; A. Verona, *Pomorsko pravo*, Zagreb 1924, 14; I. Vlašić, *Consolat de Mar*, Pomorska enciklopedija, II, Zagreb 1981, 40; I. Grabovac, *Enciklopedija pomorskog prava*, Split 1991, 37.

on salvage at sea entered into the French *Ordonnance de la Marine Marchande* (1681).¹⁰

Medieval Maritime Law accepts the Roman principle of respect and retention of property rights in sunken and lost things in the case of shipwreck. Novelty is the right to the salvage reward, the duty of reporting the found items, and the involvement of public authorities in these matters. Only if the owner is not found within the legally prescribed period of time, the occupation of the things comes in favour of the persons who have found them or cities, since then the dereliction and proclamation of things as *res nullius* are assumed.¹¹

2. SALVAGE AT SEA IN MODERN LEGAL SYSTEM

Today, salvage law is relatively international and uniform, because many of the world's maritime nations have adopted the text of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Assistance and Salvage at Sea* (signed in Brussels in 1910)¹² or *International Convention on Salvage* (signed in London in 1989)¹³ which is based on the same general principles as the 1910 Convention.

The modern international law of marine salvage is primarily concerned with (1) property salvage. Other types of salvage in which distinctive considerations arise are (2) life of salvage and (3) “treasure” salvage (principally the salvage of ancient wrecks). The law also distinguishes between instances of “pure” salvage, where the salvor is a volunteer and contract

¹⁰ The *Ordonnance della MarineMarchande* is an important piece of French maritime legislation, dating from 1861, codifying much of the French maritime law and practice. The *Ordonnance* of Louis XIV codified several rules on cargo salvage in the event of shipwreck – see W. Tetley, (2004), 95–96, N. G. Hudson, M. D. Harvey, *The York-Antwerp Rules*, 3rd ed., London 2010, 5; B. Jakaša, *Ordonnance de la Marine Marchande*, Pomorska enciklopedija, V, Zagreb 1981, 600–601; M. Špehar, *Savremeni smjerovi pomorskog prava s obzirom na našu kodifikaciju*, Zagreb 1937, 6.

¹¹ See B. Jakaša, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije*, knjiga IV. (Plovidbene nezgode), svezak 2. (Sudar brodova, spašavanje, vadenje potonulih stvari, ostali slučajevi vanugovorne odgovornosti), Zagreb 1990, 265–266; M. Horvat, „Iz historije sudara, brodoloma, spasavanja i pomaganja“, *Zbornik za pomorsko pravo*, Zagreb 1967, 13–16.

¹² *Salvage Convention 1910* adopted by *Comite Maritime International* (CMI) at Brussels on September 23, 1910 and in force as of March 1, 1913. See also the Protocol, adopted at Brussels on May 27, 1967 and in force as of August 15, 1977, W. Tetley, (2004), 110. See also P. Stanković, *Pomorske havarije*, Zagreb 1988, 63–77; A. L. D'Ovidio: *Studi per il Codice della navigazione*, Milano 1951, 285–300.

¹³ *Salvage Convention 1989* adopted by *International Maritime Organization* (IMO) at London on April 28, 1989 and in force as of July 14, 1996, *Ibid.*, 110–111. See also M. Mudrić, *The Professional Salvor's Liability in the Law of Negligence and the Doctrine of Affirmative Damages*, Hamburg 2013, 61–87.

salvage, where parties have entered into an agreement concerning the salvage efforts.¹⁴

The formal elements of a valid salvage claim under the general maritime law (mentioned international conventions) are well-known:

- there must be a marine peril placing the property at risk of loss, destruction, or deterioration;¹⁵
- the salvage service must be voluntarily rendered and not required by an existing duty or by special contract;¹⁶
- the salvage efforts must be successful, in whole or in part.¹⁷

As recognized subject matter, traditionally, salvage only recognizes a ship or craft (“vessel”), cargo on board, freight payable and bunkers carried on board as the subject of property in danger. The salvor has a claim of salvage reward¹⁸ if he has successfully and voluntarily salvaged maritime property in danger.¹⁹ As noted early, historically a salvor of a derelict vessel was entitled to half the value of the property saved. But, modern salvage rewards are not based as they once were on any fixed percentage of a vessel's value. *Salvage Convention 1989* sets out a number of factors

¹⁴ T. J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, Minnesota 1973, 502.

¹⁵ An essential element of salvage is danger. If the property is not in danger, the service provided is not salvage. The nature of danger is open to interpretation. To constitute a marine peril, the danger need not be imminent or actual, all that is necessary is a reasonable apprehension of peril. Danger needs to be real but not necessarily immediate or absolute. The subject of salvage must be in real danger, which means the property is exposed to damage or destruction. The burden of proof lies on the salvor and he needs to prove real danger existed when the performance of service commenced – see in details A. L. D'Ovidio, G. Pescatore, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 1960, 396–398; D. Pavić, *Pomorske havarije i osiguranje*, Split 2003, 62; W. R. Kennedy, 301–317; B. Jakaša, 291–294.

¹⁶ Voluntary means that the services are not rendered under a pre-existing contract agreement or under official duty or purely for the self-preservation interests of the salvor. Because of this, there is no limitation to the class of persons that can be considered as volunteers, W. R. Kennedy, 361–412; T. J. Schoenbaum, 503; A. Brunetti: *Il diritto marittimo italiano*, volume III, Torino 1931, 308.

¹⁷ The requirement for the service to be successful can be summed up from the English maritime law principle “*no cure, no pay*”. However, success need not be total. Partial success, provided that there is some measure of preservation to the owners, is sufficient. This principle distinguishes marine salvage from contract salvage, where the service is performed for a fixed compensation often without regard to success, D. Pavić, (2003), 71–89.

¹⁸ Salvage reward is a typical feature of salvage. A successful salvage is the essential condition and the value of the salvaged property is the absolute limit of a salvage reward, see V. Brajković, „Nagrada za pružanje pomoći ili spasavanje na moru“, *Zbornik za pomorsko pravo*, VI, Zagreb 1967, 55; P. Manca, *Commento alle Convenzioni Internazionali Maritime*, volume terzo, Milano 1975, 235–267; W. Tetley, (2004), 110.

¹⁹ See *supra* fn. 15.

which a court is required to have regard to in fixing a salvage reward. These include:

- (a) the salvaged value of the vessel and other property,
- (b) the skill and efforts of the salvors in preventing or minimising damage to the environment,
- (c) the measures of success obtained by the salvor,
- (d) the nature and degree of the danger,
- (e) the skill and efforts of the salvors in salvaging the vessel, other property and life,
- (f) the risk of liability and other risks run by the salvors or their equipment,
- (g) the time used and expenses and losses incurred by the salvors,
- (h) the promptness of the services rendered,
- (i) the availability and use of vessels or other equipment intended for salvage operations and the state of readiness and efficiency of the salvor's equipment and the value of that equipment.²⁰

Salvage Convention 1910 provides for no direct remuneration by rescued persons to their salvors, but on the other hand, life salvors have a right to a fair share of the award paid to property salvors of the vessel.²¹ The criteria by which the life salvage reward is determined are the same as those applied in property salvage.

The scope of salvage has been expanded by the *Salvage Convention 1989* and protection of the environment is part of salvage. Oil pollution can cause damage to the environment. If the salvor prevents oil pollution from happening, he indeed performs a valuable service to the community.²² Therefore, the salvor will be rewarded with special compensation,²³ even if neither the ship nor cargo nor any other property has actually been

²⁰ See D. Pavić, *Pomorsko imovinsko pravo*, Split 2006, 369–371.

²¹ See R. Rodiere, E. du Pontavice, *Droit Maritime*, 12th ed., Paris 1997, 469; M. Remond Gouilloud, *Droit Maritime*, 2nd ed., Paris 1993, 365.

²² It is the civil law principle of “assistance” for the pollution. An important element of historic, civilian “assistance” has thus been inserted into modern international salvage law damage, W. Tetley, (1998), 340.

²³ *Salvage Convention 1989* allows expenses in respect of efforts to prevent or minimize damage to the environment, even if the services are not successful, or are only partially successful, or if the salvor is prevented from completing his work. The expenses plus a “fair rate for equipment and personnel actually and reasonably used” in the salvage operation, provide some compensation in difficult salvage cases involving environmental damage. The salvor whose efforts are successful in preventing or minimizing environmental damage may also have this special compensation increased by up to 30%, or even (where the tribunal deems just) up to 100%, of his expenses, *Ibid.*, 333.

salved by his operations. The special compensation is only payable if the salvor failed to earn a salvage reward.

3. THE HISTORY OF SALVAGE AT SEA ON THE CROATIAN COAST

The history of salvage at sea on the Croatian coast was very much the same as described above.²⁴ The medieval statutes of many cities and ports on the Croatian coast (Dubrovnik, Korčula, Hvar, Brač, Split, Trogir, Senj, etc.) were under the obvious influence of the East Mediterranean customs and tradition. The Rhodian principle of remuneration for salvors was repeated in mentioned statutes.²⁵ The statutes of the littoral towns situated on the Croatian coast of the salvage matters as far back as the 12th century. Among them to be distinguished as the most progressive stand out the provisions of the Korčula Statute, 1265.²⁶ After the French occupation during the Napoleonic wars, the French law (*Code de Commerce*, 1807) was extended to all parts of the Croatian coast and stayed in force until recently. The first modern national regulations on salvage at sea were adopted as late as 1977 (such regulations were part of the former Yugoslavia’s Maritime and Inland Navigation Act, 1977).²⁷ After promulgating the *Constitution* in 1990 („Narodne novine“, 56/90) and after declaring its independence by the *Dissolution Act* of 8 October 1991 („Narodne novine“, 31/91), the Republic of Croatia embarked upon the task of regulating numerous issues, thus creating a genuine legal constellation and legal system. Part of the above is the rules which govern the field of maritime navigation. The *Croatian Maritime Code* (hereafter – CMC ‘94) was passed on February 2, 1994 and came into force on March 22, 1994 („Narodne novine“, 17/94). In Part IX of CMC ‘94 the legislator analyses incidents of navigation including salvage at sea (art. 774–800).²⁸ The existing provisions on salvage in the CMC ‘94 were based upon the text *Salvage Convention 1910*.²⁹ However, some provisions of the new *Salvage Convention 1989*, were inserted in the text of CMC ‘94 (for example, arti-

²⁴ See part 1. (Historical Introduction).

²⁵ V. Brajković, *Étude historique sur le Droit Maritime Privé du Littoral Yugoslave*, Marseille 1933, 216–225.

²⁶ V. Pezelj, 98–99.

²⁷ P. Stanković, G. Stanković, *Croatia*, in *International Encyclopaedia of Laws – Transport Law*, Haag 2000, 106. New act derogated old *Act of salvage at sea*, 1966, which was applied in all Yugoslav navigable waters – see P. Stanković, *Spasavanje u plovidbenom pravu Jugoslavije*, Rijeka 1976, 11–153.

²⁸ See D. Bolanča, A. Luttenberger, “Some Views on the New Croatian Maritime Code”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1–2/1995, 116; D. Bolanča, “The New Croatian Maritime Code”, *Acta Juridica Hungarica*, Budapest, 1–2/1994, 234.

²⁹ I. Grabovac, *Plovidbeno pravo Republike Hrvatske*, Split 2003, 338–346.

cle 789, on special compensation), although Croatia was not party to the new convention at the time. After 10 years the new *Croatian Maritime Code* (hereafter – CMC ‘04) was passed on December 21, 2004 and came into force on December 29 („Narodne novine“, 181/2004). New CMC ‘04 deals with salvage in Part VIII (art. 760–788) and adopts the newly accepted principles of the *Salvage Convention 1989* (in the meantime Croatia has become the party of this convention).³⁰

4. SALVAGE IN THE INLAND NAVIGATION ACT OF REPUBLIC OF SRPSKA (2001)

The Inland Navigation Act of Republic of Srpska („Službeni glasnik“, 58/01, 113/05, 33/06 and 1/08) deals with salvage in Part XI, Title II (art. 120–135). The existing provisions on salvage in the mentioned act are based upon the text *Salvage Convention 1910*. The wider action for the unification of the law of salvage to be applied on inland waterways has not as yet come into existence. In spite of certain conceptions trying to submit salvage under the classic institute of civil law, salvage should be considered special institute of law navigation (maritime or inland navigation), because has specific characteristics of its own and is influenced by the idea of solidarity among people involved in maritime (inland) venture.³¹

5. CONCLUSION

The major dangers that jeopardized maritime navigation are the reason why – through maritime practice and legal regulations – special relationships have been built between the one who needs assistance and the one who provides it. In spite of certain conceptions trying to submit salvage under the classic institute of civil law, salvage should be considered special institute of maritime law, has specific characteristics of its own and is influenced by the idea of solidarity among people involved in the maritime venture. Salvage at sea has become such a special institute of maritime law.³²

The law of marine salvage is of ancient vintage. In contrast to the common law, which does not grant a volunteer who preserves or saves the property of another any right to a reward, a salvor of imperiled property of

³⁰ I. Grabovac, *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Split 2005, 215–228; D. Bolanča, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Split 2016, 225–227.

³¹ M. Trajković, *Pomorsko pravo*, Beograd 1997, 207–208.

³² Salvage at sea is similar to general average see D. Bolanča, P. A. Jelovčić, V. Pezelj, *General Average – an Ancient Institution of Maritime Law*, *Ius Romanum*, II, 2017, 1–11; Z. Radović, *Osiguranje spasavanja na moru*, Beograd 1980, 64–92.

navigable waters gains a right of compensation from the owner. The origins of this right can be traced in chapters XLV and XLVII of Book XIV of Justinian's Digest (from the 6th century) and in Byzantine law (*Nomos Rhodion Nauticos*, from the 7th – 9th century). There is a reference to a remuneration for a successful salvor in the *Rules of Oleron* (1160) at art. 4 and in the *Consolat de Mar* (art. CCXLV and art. CCXLV) a compilation of maritime law customs applied by consuls in the Western Mediterranean in the last medieval (14th century) and early modern period (second half of 17th century). Later on, the provisions on salvage at sea entered into the French *Ordonnance de la Marine Marchande* (1681). The law of marine salvage developed in response to important social policies, to encourage efforts to save property from destruction and to discourage embezzlement by salvors.

Today, salvage law is relatively international and uniform, because many of the world's maritime nations have adopted the text of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Assistance and Salvage at Sea* (signed in Brussels in 1910) or *International Convention on Salvage* (signed in London in 1989) which is based on the same general principles as the 1910 Convention. *Salvage Convention 1910* as recognized subject matter, traditionally, only recognizes a ship or craft (“vessel”), cargo on board, freight payable and bunkers carried on board as the subject of property in danger. The salvor has a claim of salvage reward if he has successfully and voluntarily salvaged maritime property in danger (principle *no cure, no pay*). The reward is a typical feature of salvage. A successful salvage is the essential condition and value of the salvaged property is the absolute limit of a salvage reward. The scope of salvage has been expanded by the *Salvage Convention 1989* and protection of the environment is part of salvage. Oil pollution can cause damage to the environment. If the salvor prevents oil pollution from happening, he indeed performs a valuable service to the community. Therefore, the salvor will be rewarded with special compensation.³³ But, the salvor does not necessarily have to achieve success in preventing and minimizing damage to the environment in obtaining special compensation (civil law principle of “*assistance*”). *Salvage Convention 1989* remains the principle of “*no cure, no pay*” for property damage as basic rule governing the payment of salvage rewards.³⁴ So the two historic principles have been reconciled. The good news for ship owners is that salvage rewards and special compensations are covered by standard ship insurance policies.³⁵

³³ See *supra* fn. 22 and 23.

³⁴ See *supra* fn. 17 and 18.

³⁵ The payment of the salvage reward and special compensation are the underwriter's liability under the standard insurance policies and essential condition of an insurance

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bolanča, Dragan, Luttenberger, Axel, “Some Views on the New Croatian Maritime Code”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1–2/1995;
2. Bolanča, Dragan, “The New Croatian Maritime Code”, *Acta Juridica Hungarica*, Budapest, No. 1–2/1997;
3. Bolanča, Dragan, “Maritime Law in the Era of Globalisation – Universal Law or a Mixed Legal System?”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3–4/2002;
4. Bolanča, Dragan, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Split 2016;
5. Bolanča, Dragan, *Pravo osiguranja Republike Hrvatske*, Split 2017;
6. Bolanča, Dragan, Amižić Jelovčić, Šetra, Pezelj, Vilma, *General Average – an Ancient Institution of Maritime Law*, *Ius Romanum*, II, 2017;
7. Bonolis, Guido, *Il diritto marittimo medievale dell’Adriatico*, Pisa 1921;
8. Brajković, Vladislav, *Étude historique sur le Droit Maritime Privé du Littoral Yugoslave*, Marseille 1933;
9. Brajković, Vladislav, „Nagrada za pružanje pomoći ili spasavanje na moru“, *Zbornik za pomorsko pravo*, VI, Zagreb 1967;
10. Brown, Arthur, *A Compendious View of the Civil Law and of the Law of the Admiralty*, vol. II, London 1802;
11. Brunetti, Antonio, *Il diritto marittimo italiano*, volume III, Torino 1931;
12. Clapp, James E., *Civil law*, Dictionary of the Law, New York 2000;
13. Collin, H. Peter, *Civil law*, Dictionary of the Law, London 2001;
14. Gilmore, Grant, Black, Charles L. Jr., *The Law of Admiralty*, Mineola – New York 1975;
15. Grabovac, Ivo, *Enciklopedija pomorskog prava*, Split 1991;
16. Grabovac, Ivo, *Plovidbeno pravo Republike Hrvatske*, Split 2003;
17. Grabovac, Ivo, *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Split 2005;
18. Horvat, Marijan, „Iz historije sudara, brodoloma, spasavanja i pomaganja“, *Zbornik za pomorsko pravo*, Zagreb 1967;
19. Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Zagreb 1974;
20. Hudson, Geoffrey N., Harvey, Michael D., *The York-Antwerp Rules*, 3rd ed., London 2010;
21. Jakaša, Branko, *Ordonnance de la Marine Marchande*, Pomorska enciklopedija, V, Zagreb 1981;

procured for the ship, cargo and freight. About marine hull policy see A. V. Padovan, *Uloga pomorskog osiguranja u zaštiti morskog okoliša od onečišćenja s broda*, Zagreb 2012, 217–285; D. Bolanča, *Pravo osiguranja Republike Hrvatske*, Split 2017, 68–70.

22. Jakaša, Branko, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije*, knjiga IV. (Plovidbene nezgode), svezak 2. (Sudar brodova, spašavanje, vađenje potonulih stvari, ostali slučajevi vanugovorne odgovornosti), Zagreb 1990;
23. Kennedy, William, Rann, *Law of Salvage*, 5th ed. (eds. Steel & Rose), London 1985;
24. Lefebvre, D'ovidio, Antonio, *Studi per il Codice della navigazione*, Milano, 1951;
25. Lefebvre, D'ovidio, Antonio, Pescatore, Gabriele, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 1960;
26. Manca, Plinio, *Commento alle Convenzioni Internazionali Marittime*, volume III, Milano 1975;
27. Mudrić, Mišo, *The Professional Salvor's Liability in the Law of Negligence and the Doctrine of Affirmative Damages*, Hamburg 2013;
28. Padovan, Adriana, Vincenza, *Uloga pomorskog osiguranja u zaštiti morskog okoliša od onečišćenja s broda*, Zagreb 2012;
29. Pavić, Drago, *Pomorske havarije i osiguranje*, Split 2003;
30. Pavić, Drago, *Pomorsko imovinsko pravo*, Split 2006;
31. Pezelj, Vilma, „Pomorske havarije u dalmatinskom statutarnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1, 2006;
32. Radović, Zoran, *Osiguranje spasavanja na moru*, Beograd 1980;
33. Remond Gouilloud, Martin, *Droit Maritime*, 2nd ed., Paris 1993;
34. Rodiere, Rene, Pontavice, Emmanuel, *Droit Maritime*, 12th ed., Paris 1997;
35. Schoenbaum, J. Thomas, *Admiralty and Maritime Law*, Minnesota 1973;
36. Stanković, Predrag, *Spasavanje u plovidbenom pravu Jugoslavije*, Rijeka 1976;
37. Stanković, Predrag, *Pomorske havarije*, Zagreb 1988;
38. Stanković, Predrag, Stanković, Gordan, *Croatia, in International Encyclopaedia of Laws –Transport Law*, Haag 2000;
39. Stewart, William J., *Civil law*, Dictionary of the Law, Glasgow 2001;
40. Škarica, Vjekoslav, *Osnova Trgovačkog pomorskog zakona za jugoslavensku državu*, Split 1919;
41. Špehar, Milan, *Savremeni smjerovi pomorskog prava s obzirom na našu kodifikaciju*, Zagreb 1937;
42. Tetley, William, *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montreal 1998;
43. Tetley, William, *International Maritime and Admiralty Law*, Montreal 2002;
44. Tetley, William, *Glosary of Maritime Terms*, 2nd ed., Montreal 2004;
45. Trajković, Miodrag, *Pomorsko pravo*, Beograd 1997;
46. Verona, Ante, *Pomorsko pravo*, Zagreb 1924;
47. Vlašić, Ivan, *Consolat de Mar*, Pomorska enciklopedija, II, Zagreb 1981.

Prof. dr Dragan Bolanča, redoviti profesor u trajnom zvanju

Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Hrvatska

SPAŠAVANJE NA MORU (UNUTARNJIM VODAMA) – OD RIMSKOG PRAVA DO SUVREMENOG DOBA

Sažetak

Jedan od veoma važnih instituta plovidbenog, a posebno pomorskog prava jest institut spašavanja. Taj je institut zasnovan na etičkom shvaćanju potrebe međusobnog pomaganja među učesnicima pomorske (unutarnje) plovidbe. Pravo spašavanja razvijalo se najprije putem instituta običajnog prava, a zatim su intervencijom zakonodavca ti običaji kodificirani ili su poslužili kao osnova za formuliranje posebnih pravnih normi. Najvažniji međunarodni instrumenti na tom polju su *Međunarodna konvencija za ujednačavanje nekih pravila o pružanju pomoći i spašavanju na moru* (Bruxelles, 1910.) i *Međunarodna konvencija o spašavanju* (London, 1989.). U ovom će se radu uspoređivati zakonska rješenja Republike Srpske i Republike Hrvatske.

Ključne riječi: *Spašavanje na moru; Rimsko pravo; Pomorsko pravo; Pravo unutarnje plovidbe; Republika Srpska; Republika Hrvatska.*

Проф. др Наташа Стојановић

Правни факултет Универзитета у Нишу

ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА УНИВЕРЗАЛНОСТИ У НАСЛЕЂИВАЊУ У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ¹

Начело универзалности у наслеђивању као један од темеља установе наслеђивања у савременом српском праву подразумева да су правила законског наслеђивања општа, иста и једнака за све оставиоце и све наследнике, без обзира на: пол, брачни или ванбрачни статус, ред рођења, узраст, верску припадност, занимање, имовинске прилике и сл. Ово начело, такође, подразумева да се све што чини заоставштину, без обзира на врсту, намену, порекло и квалитет добара, наслеђује према истим правилима. Од овог врховног принципа српски законодавац чини одступање у самом Закону о наслеђивању, прописујући посебна правила наслеђивања у случају наследивости права да се тражи смањење наследног дела супружника као наследника другог законског наследног реда, потом, наследивости права на нужни део, и на крају, наследивости права и обавеза из закљученог уговора о доживотном издржавању, после смрти даваоца издржавања. Овим радом чинимо покушај да, коришћењем правнодогматског, нормативноправног, упоредноправног и историјскоправног метода, утврдимо колики је стварни обим примене начела универзалности у наслеђивању, узимајући у обзир његова ограничења, садржана у другим законским текстовима, попут: Закона о привредним друштвима, Закона о облигационим односима, Закона о задругама и Закона о одликовањима Републике Србије. Како би се у теорији и пракси отклониле могуће дилеме у погледу примене општег или посебног наследноправног режима за наслеђивање удела у одређеним формама привредних друштава, затим за наслеђивање предузетника, наслеђивање удела у задрузи, наслеђивање права и обавеза на основу уговора о лиценци, нас-

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.

леђивање одликовања, као и за наслеђивање монаха и архијереја Српске православне цркве, аутор у раду предлаже да се у самом Закону о наслеђивању укаже на постојање посебних правила у њиховом наслеђивању, упућивањем на одговарајуће законске текстове.

Кључне речи: Савремено српско право; Начело универзалности у наслеђивању; Начело специјалности у наслеђивању.

1. УВОД

Свако наследноправно уређење, па тако и домаће, има основна начела, правила која представљају темеље на којима је оно изграђено. Иако у правној литератури нема јединственог гледања на ствар на којим основним начелима почива конструкција установе наслеђивања у Републици Србији,² јер српски законодавац систематиком Закона о наслеђивању пружа такву могућност,³ оно што је несумњиво јесте присуство начела универзалности у наслеђивању, на шта указује чл. 1 овог законског текста, али и многобројне одредбе садржане у њему.

Суштина начела универзалности у наслеђивању јесте у томе да су правила законског наслеђивања општа, иста и једнака за све оставиоце и све наследнике, без обзира на: пол, брачни или ванбрачни статус, ред рођења, узраст, верску припадност, занимање, имовинске прилике и сл. Ово начело, такође, подразумева да се све што чини заоставштину, без обзира на врсту, намену, порекло и квалитет добара, наслеђује према истим правилима. Насупрот томе, постоји начело специјалности у наслеђивању које подразумева постојање посебних правила наслеђивања за одређене оставиоце или наследнике, због њихових личних својстава и квалитета, или посебан наследноправни режим за наслеђивање појединих делова заоставштине одређеног оставиоца.

Предмет наше пажње јесу одступања од начела универзалности у наслеђивању у савременом српском праву, садржана у матичном закону за уређење наследноправних односа – у Закону о наслеђивању, али и у другим законским текстовима и прописима који важе на територији Републике Србије. Истраживање спроводимо са циљем да утврдимо обим примене начела универзалности у наслеђивању и начела специјалности у наслеђивању у савременом српском праву.

² Вид. С. Марковић, *Наследно право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981, 43–45; О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд 1996, 18–30; В. Ђорђевић, *Наследно право*, Правни факултет, Ниш 1997, 35–45; Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд 2010, 25–37; Н. Стојановић, *Наследно право*, Правни факултет, Ниш 2011, 11–18.

³ Закон о наслеђивању Републике Србије – ЗНРС, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

2. ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА УНИВЕРЗАЛНОСТИ У НАСЛЕЂИВАЊУ КОЈА СУ САДРЖАНА У САМОМ ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

2.1. Наследивост права да се тражи смањење наследног дела супружника као наследника другог законског наследног реда

Законодавац у Републици Србији предвиђа, поред могућности повећања наследног дела супружника, и смањење наследног дела супружника оставиоца у корист родитеља и њихових потомака, под одређеним условима. Наиме, да би дошло до одређене корекције у величини наследних делова законских наследника другог законског наследног реда потребно је да више од половине посебне имовине оставиоца чине наслеђена добра,⁴ да заједница живота између оставиоца и супружника није трајала дуже време и да неко од наследника позваних на наслеђе захтева смањење наследног дела супружника и то у року од једне године од отварања наслеђа оставиоца. Уколико су испуњени прописани услови, наследни део преживелог супружника може бити, према слову закона, смањен до четвртине заоставштине.⁵

Одступање од начела универзалности, у овом случају, огледа се у чињеници да уколико наследник другог законског наследног реда, позван на наслеђе у конкретном случају умре пре истека овог рока, не тражећи смањење наследног дела супружника, то право прелази искључиво на његове потомке и то само ако су његови наследници (нису се одрекли његовог наслеђа, нису неспособни или недостојни за наслеђивање или, пак, нису разбаштињени). Они тај захтев могу истаћи у року од шест месеци који почиње тећи од тренутка отварања наслеђа умрлог наследника.⁶

2.2. Наслеђивање права на нужни део

Важећи наследноправни прописи у Републици Србији одређују да је право на нужни део наследиво само за наследнике потомка или усвојеника, који није захтевао намирење свог наследноправног овлашћења, прецизирајући притом да то право они могу реализовати у року од шест месеци од његове смрти.⁷

⁴ Наведени услов може бити у правној пракси протумачен уже – да су овде у питању имовинска права искључиво стечена по наследноправном основу, или шире – да се имају у виду и она имовинска права стечена поклоницама. У прилог шире концепције схватања термина „наслеђена добра“, вид. О. Антић, З. Балиновац, 170–171; С. Сворцан, *Наследно право*, Правни факултет, Крагујевац 1999, 103.

⁵ Вид. ЗНРС, чл. 26, ст. 1.

⁶ Вид. ЗНРС, чл. 27.

⁷ Вид. ЗНРС, чл. 60, ст. 2.

Одступање од начела универзалности у наслеђивању, у овој ситуацији, огледа се у наследивости права на нужни део само за наследнике потомка или усвојеника, као нужних наследника који нису у одређеном периоду захтевали намирење свог нужног дела, а не и за наследнике осталих нужних наследника који би у конкретном случају могли наслеђивати одређеног оставиоца.⁸

2.3. Наслеђивање права и обавеза из уговора о доживотном издржавању после смрти даваоца издржавања

Према ЗНРС, у ситуацији да давалац издржавања умре пре примаоца издржавања, а у циљу очувања већ успостављених уговорних односа, преузете обавезе из уговора о доживотном издржавању лица које је пружало издржавање настављају се са његовим супружником и потомцима, под условом да они на то пристану и да су позвани на наслеђе.⁹ Дакле, уз испуњење прописаних услова, уговорни однос се аутоматски продужава, уз уважавање начела *pacta sunt servanda*.¹⁰

Одступање од начела универзалности у наслеђивању је очигледно, будући да „живот“ уговора о доживотном издржавању може бити продужен само са уским кругом законских наследника који чине први законски наследни ред, који су уз то и позвани на наслеђе и наслеђују даваоца издржавања (*примедба аутора*), полазећи, вероватно, од претпоставке да су та лица највише заинтересована да се већ успостављени уговорни однос оконча смрћу примаоца издржавања, да су она довољно позната примаоцу издржавања и да су му, кроз одговарајуће чинидбе, већ пружали издржавање.¹¹ Права и обавезе умрлог даваоца издржавања, по слову закона, дакле, никако не могу прећи на друге сроднике оставиоца, рецимо родитеље, браћу или сестре. Они могу бити законски наследници даваоца издржавања, али не могу „преузети улогу“ даваоца издржавања, те уговорни однос престаје по сили закона.¹²

⁸ О предностима и недостацима овог решења детаљно вид. N. Stojanović, N. Krstić, „Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda“, *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije* (ur. R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić), Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš 2008, 227–228.

⁹ Вид. ЗНРС, чл. 204, ст. 1.

¹⁰ Слично запажање: Н. Суботић-Константиновић, *Уговор о доживотном издржавању*, Научно дело, Београд 1968, 154.

¹¹ Вид. О. Антић, З. Балиновац, 538.

¹² На неоправданост оваквог решења већ је раније указано. Вид. Н. Стојановић, „Проблем (не)уједначености судске праксе у сфери наследноправних односа“, *Зборник радова „Двадесет година Закона о наслеђивању“*, (ур. Н. Стојановић и Н. Крстић), Правни факултет, Ниш 2016, 386–389.

3. ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА УНИВЕРЗАЛНОСТИ У НАСЛЕЂИВАЊУ КОЈА СУ САДРЖАНА У ДРУГИМ ЗАКОНСКИМ ТЕКСТОВИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

3.1. Наслеђивање удела у ортачком друштву

ЗНРС, као матични закон за уређење наследноправних односа, нема ни речи о томе да ли се може наследити удео умрлог ортака у ортачком друштву? На постављено питање одговор нуди Закон о привредним друштвима Републике Србије као матични закон за регулацију, поред осталог, свих правних форми привредних друштава.¹³

Према слову ЗПДРС, удео оставиоца ортака је ненаследив, већ се распоређује сразмерно улозима у капиталу друштва на преостале ортаке.¹⁴ Ова одредба је диспозитивног карактера, јер омогућава самим ортацима да уговором о оснивању предвиде, да у случају смрти једног, више или свих ортака, ортачко друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака који су га наследили, без обзира на правни основ позивања на наслеђе.¹⁵ Стриктно поштујући одредбу у законском тексту ово се не односи на наследнике који не могу или не желе да наслеђују.¹⁶ Дакле, ортацима српски законодавац даје могућност да сами, актом о оснивању друштва, а не и другим правним послом,^{17 18} оцене и процене могућност наслеђивања удела умрлог ортака, уређујући тако односе у ортачком друштву према приликама, потребама и могућностима, а све уважавајући слободу уговарања самих ортака.¹⁹

¹³ Закон о привредним друштвима Републике Србије – ЗПДРС, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – други закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

¹⁴ Вид. ЗПДРС, чл. 119, ст. 1.

¹⁵ Вид. ЗПДРС, чл. 119, ст. 1.

¹⁶ Исто и: И. Бабић, „Наслеђивање удела умрлог ортака у ортачком друштву“, *Право и привреда* 4–6/2019, 105. Супротно: С. Сворцан, „Промене у ортачком друштву које настају као последица смрти ортака према Закону о привредним друштвима“, *Право и привреда* 5–8/2005, 244.

¹⁷ Исто и: З. Стефановић, „Наслеђивање својинских и корпоративних права на предузећу“, *Зборник радова „Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године“*, (ур. С. Сворцан), Правни факултет, Крагујевац 1998, 87–89; И. Бабић, 107; Супротно: С. Сворцан, (2005), 245.

¹⁸ Потпуно је друга ствар ако остали ортаци у ортачком друштву са наследником умрлог ортака закључе уговор мимо наслеђивања. То је могуће и допуштено. У том правцу вид. З. Стефановић, 89; И. Бабић, 108.

¹⁹ Од самих ортака зависи, јер им диспозитивност одредаба којима се регулише ортачко друштво то омогућава, да ли ће уговором о оснивању ортачког друштва предвидети да наследници свих ортака или само одређеног ортака могу ступити у ортачко друштво (З. Стефановић, 90). Такође, воља ортака је одлучујућа и у погледу

Воља ортака о наставку пословања са наследницима умрлог ортака мора бити „потврђена“ сагласношћу наследника да ступе у ортачко друштво, уместо умрлог ортака.²⁰ Пошто је удео у ортачком друштву саставни део заоставштине умрлог ортака, наследник то може учинити тако да да изјаву о прихватању наслеђа, да према заоставштини поступа *pro gestio herede* или да се до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине не оглашава, будући да се, поштујући начело стицања наслеђа *ipso iure*, сматра да се наслеђа прихватио.²¹ У супротном, удео умрлог ортака припада преосталим ортацима, сразмерно уделима у основном капиталу ортачког друштва.²²

Уколико актом о оснивању ортачког друштва није предвиђен „континуитет у пословању“ путем наследника умрлог ортака или они не желе да ступе на његово место, ЗПДРС тада омогућава наследницима оставиоца ортака да траже од ортачког друштва и осталих ортака исплату накнаде у новцу за његов удео која се израчунава на исти начин као и када ортак иступа из ортачког друштва.^{23 24} Дакле, наследници који не могу или не желе да ступе у ортачко друштво на место ортака оставиоца могу потраживати једино новчану накнаду ликвидационе вредности његовог удела²⁵ према стању у време отварања његовог наслеђа.²⁶ Притом, ако је више наследника, они деле противвредност удела умрлог ортака, полазећи од правила садржаних у наследноправним прописима, уз могућност да споразумом о деоби наследства вредност удела у целини припадне само једном од наследника.

одабира будућег наследника одређеног ортака који може ступити у ортачко друштво на место умрлог ортака, полазећи од његових личних квалитета и способности. Остали наследници умрлог ортака, иако не могу ступити у ортачко друштво, имају право да захтевају новчану противвредност удела ортака који одговара величини наследног дела. Тако и: С. Сворцан, (2005), 245, Н. Јовановић, „Ко наслеђује удео у ортачком друштву?“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. В. Радовић,), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 39; И. Бабић, 106. Супротно: З. Стефановић, 90.

²⁰ Вид. ЗПДРС, чл. 119, ст. 2.

²¹ Детаљније о томе вид. Н. Стојановић, *Наследно право*, Правни факултет, Ниш, 66.

²² Вид. ЗПДРС, чл. 119, ст. 2.

²³ Вид. ЗПДРС, чл. 119, ст. 4, у вези чл. 122, ст. 2.

²⁴ Опширније вид. Н. Јовановић, 35.

²⁵ О ликвидационој вредности удела у ортачком друштву детаљно вид. Н. Јовановић, 30.

²⁶ Детаљније о томе вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Компанијско право, Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020, 354.

Наведена законска решења, садржана у ЗПДРС, недвосмислено потврђују да се удео умрлог ортака или барем његове новчане противвредности може наследити, али уз потребна прилагођавања ортачком друштву као правној форми привредног друштва *intuitu personae*, чиме се одступа од начела универзалности у наслеђивању.

Да иста правила не важе за наслеђивање свега што чини заоставштину јасно потврђује и решење, садржано у ЗПДРС, у погледу наслеђивања удела у ортачком друштву, које предвиђа да учесницима оставинског поступка којима је решењем о наслеђивању потврђено наследничко својство у односу на умрлог ортака могу у року од 30 дана од правноснажности ове одлуке да захтевају од друштва да ступе на место преминулог ортака и остваре своје учешће у ортачком друштву. Ову законску одредбу не треба разумети као посредно увођење наследника умрлог ортака у ортачко друштво, путем закључења уговора о ступању у друштво између преосталих ортака и наследника умрлог ортака,²⁷ већ као финализацију у наслеђивању удела у ортачком друштву. Дакле, дати рок од 30 дана не треба посматрати другачије него ли као потребно време које се даје наследнику ради уписа промене код регистарског суда, а у вези измењеног персоналног састава ортачког друштва.²⁸ Наследници који то учине улазе у ортачко друштво са уделом који одговара величини њиховог наследног дела. Наследнику који не изврши потребне промене код регистарског суда остаје надоканада новчане противвредности у уделу умрлог ортака који одговара величини његовог наследног дела,²⁹ а његов део у уделу оставиоца ортака се распоређује на преостале ортаке, укључујући и наследнике који су ступили у ортачко друштво на место умрлог ортака.³⁰

ЗПДРС омогућава и наследницима који су на место умрлог ортака ушли у ортачко друштво да траже од осталих ортака да се ортачко друштво „преобрати“ у командитно друштво, а да они стекну статус

²⁷ Вид. М. Вукотић, „Наслеђивање предузећа“, *Право и привреда* 10–12/2018, 185–189.

²⁸ Тако и: З. Стефановић, 96.

²⁹ ЗПДРС прописује рок од шест месеци од дана иступања из ортачког друштва, односно од тренутка отварања наслеђа умрлог ортака, или други рок предвиђен оснивачким уговором, за исплату ликвидационе вредности удела у ортачком друштву, према стању у време смрти ортака, не узимајући у обзир текуће и неизвршене послове (на основу чл. 122, ст. 1 и 2). У правној литератури је изнето мишљење да наведени рок има смисла и оправдања да почне од наведеног тренутка у времену за његове законске наследнике, а да би за завештајне наследнике, сасвим оправдано, требало да почне са тренутком проглашења завештања, како би боље били заштићени његови интереси. Више о томе вид. И. Бабић, 104.

³⁰ Вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 354.

командитора.³¹ Оваква трансформација ортакчког друштва могућа је једино уз сагласност преосталих ортака који чине ортакчко друштво.

3.2. Наслеђивање удела у командитном друштву

И код наслеђивања удела умрлих чланова командитног друштва, такође, има одступања од начела универзалности у наслеђивању. Када више комплементара чине командитно друштво, они имају положај који одговара правној позицији ортака у ортакчком друштву, те се у погледу наслеђивања удела оставиоца комплементара аналогно примењују правила која важе за умрлог ортака.³² Дакле, наследници умрлог комплементара, по правилу, не наслеђују његов удео у командитном друштву, осим ако оснивачким уговором није другачије одређено.

ЗПДРС, са изменама и допунама из 2018. године, регулише посебну ситуацију када командитно друштво чини само један комплементар, па му се отвори наслеђе. Тада, по слову закона, наследници умрлог комплементара ступају у његову правну позицију и имају могућност да у року од три месеца од правноснажности решења о наслеђивању којим су утврђени за наследнике умрлог комплементара захтевају промену комплементара у регистру који води надлежни орган.³³ Значи, у овом случају, воља осталих чланова командитног друштва, дакле, командитора, није релевантна за одлуку да ли наследници умрлог члана комплементара могу да наслеђују или не. То се претпостављамо и не доводи у питање због чињенице да једино комплементар (односно његови наследници) одговара за обавезе друштва, да управља друштвом и да га заступа, а да командитори имају, по правилу, једино имовинска права у односу на друштво (удео у оснивачком капиталу и право на учешће у подели добити).³⁴ Како је већ примећено у правној литератури, ово решење не штити интересе командитора који ће некада морати да послују са наследницима комплементара који можда немају такво пословно умеће какво је имао комплементар.³⁵

Уколико неко од наследника умрлог комплементара не жели да послује у командитном друштву, онда има право на накнаду новчане

³¹ Вид. ЗПДРС, чл. 119, ст. 5.

³² Вид. ЗПДРС, чл. 126, ст. 1.

³³ Вид. ЗПДРС, чл. 137, ст. 4.

³⁴ О могућим одступањима од тог правила, вид. З. Стефановић, 99.

³⁵ Вид. М. Вукотић, 191.

противвредности дела удела комплементара оставиоца која одговара величини његовог наследног дела.³⁶

Како је већ речено, будући да командитори према командитном друштву имају, по правилу, имовинска права, она се наслеђују по правилима садржаним у ЗНРС, не одступајући од начела универзалности у наслеђивању.

3.3. Наслеђивање удела у друштву са ограниченом одговорношћу

Код друштва са ограниченом одговорношћу као форме друштва капитала, када се отвори наслеђе једном од чланова тога друштва, његови наследници, без обзира на правни основ позивања на наслеђе, наслеђују према важећим наследноправним прописима.³⁷ Дакле, нема одступања од начела универзалности у наслеђивању, јер се удео у друштву наслеђује по истим правилима као и преостали део заоставштине. Наследници умрлог члана друштва са ограниченом одговорношћу свој удео треба да потврде уписом у регистар привредних субјеката који има само декларативни карактер јер се утврђује стање које је настало тренутком отварања наслеђа члана друштва са ограниченом одговорношћу.³⁸

ЗПДРС, да би заштитио остале чланове друштва са ограниченом одговорношћу, па и целовитост самог друштва од „нежељених наследника“ као нових чланова друштва,³⁹ даје им право на принудни откуп удела од наследника. Ово овлашћење мора бити, као такво, предвиђено оснивачким актом друштва са ограниченом одговорношћу.⁴⁰

Иако су наследници умрлог члана друштва са ограниченом одговорношћу стекли његов удео у друштву у време отварања његовог наслеђа, реализацијом права на принудни откуп удела од наследника у року од шест месеци од смрти члана друштва, односно у року од три месеца од дана регистрације наследника као члана друштва, *de facto* се остварује одступање од начела универзалности у наслеђивању. Када је стављен у погон механизам принудног откупа удела од наследника, члана друштва са ограниченом одговорношћу, они имају право на исплату одговарајуће надокнаде, онако како је то предвиђено оснивачким актом.⁴¹

³⁶ Вид. ЗПДРС, чл. 137, ст. 5, у вези са чл. 122.

³⁷ Вид. ЗПДРС, чл. 172, ст. 1.

³⁸ Тако и: М. Вукотић, 191.

³⁹ Вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 391.

⁴⁰ Вид. ЗПДРС, чл. 173, ст. 1.

⁴¹ Вид. ЗПДРС, чл. 174, ст. 2.

3.4. Наслеђивање акција у акционарском друштву

За разлику од наслеђивања удела у ортакчком и командитном друштву, па делом и у друштву са ограниченом одговорношћу где је видљиво одступање од начела универзалности у наслеђивању, таква ситуација није са наслеђивањем акција у акционарском друштву. Наиме, акције као хартије од вредности чине саставни део заоставштине одређеног оставиоца и наслеђују се уз поштовање истих правила садржаних у ЗНРС.⁴² То што наследник треба да упише акције у Централни регистар хартија од вредности, није од утицаја на примену начела универзалности у наслеђивању, па и начела стицања наслеђа *ipso iure*, будући да се акције стичу тренутком отварања наслеђа.⁴³

3.5. Наслеђивање предузетника

Смрћу предузетника као пословно способног физичког лица које обавља одређену делатност ради стицања прихода,⁴⁴ отвара се његово наслеђе и могућност преласка његових права и обавеза на друга лица, универзалне или сингуларне сукцесоре. На то несумњиво указује садржина чл. 91, ст. 9 ЗПДРС.

Ко је овлашћен да ступи у правну позицију умрлог предузетника и настави његову делатност?

Српски ЗПД прописује двојно решење јер омогућава наследницима предузетника, али и посебно: супружнику, деци, усвојеницима и родитељима као члановима његовог породичног домаћинства да преузму предузетничку радњу.⁴⁵ Ако се приоритет у обављању предузетничке делатности да члановима породичног домаћинства предузетника, имамо одступање од начела универзалности у наслеђивању. Чини се, ипак, да је испољена нејасноћа у законском тексту проузрокована законодавчевим стављањем у исту раван два узрока губитка својства предузетника: услед смрти или одузимања пословне способности и да се заправо члановима породичног домаћинства предузетника признаје првенство у преузимању предузетничке радње када предузетник изгуби пословну способност, а да су наследници ти који смрћу предузетника настављају да обављају његову делатност.⁴⁶

⁴² Вид. Ж. Стефановић, 104–107.

⁴³ Вид. М. Вукотић, 193–194.

⁴⁴ Вид. ЗПДРС, чл. 83, ст. 1.

⁴⁵ Вид. ЗПДРС, чл. 91, ст. 9.

⁴⁶ Тако и: М. Вукотић, 169; М. Драгићевић, „Радноправне последице смрти и губитка пословне способности послодавца са својством физичког лица“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 99/2023, 132.

У правцу одступања од принципа универзалности у наслеђивању иде део законске формулације из чл. 91, ст. 9 ЗПДРС, да само један наследник може преузети предузетничку радњу, не дајући притом одговор каква је правна позиција осталих наследника који у конкретном случају наслеђују. Чини се да је српски законодавац и овим решењем показао одређени ниво непрецизности и нејасноће, утолико више што предузетничка радња коју је предузетник водио нема статус правног лица, и што је сам предузетник, до тренутка отварања наслеђа, био једини носилац права и обавеза у вези предузетничке делатности. Отуда и следи да тренутком отварања наслеђа, а поштујући начело стицања наслеђа *ipso iure*, сви наследници оставиоца предузетника који у конкретном случају наслеђују стичу аликвотни део заоставштине предузетника, укључујући и права и обавезе које проистичу из вођења предузетничке радње.

Како предузетничку радњу може водити само пословно способно лице, проистиче да у случају несвојевласних наследника њихове интересе штите њихови законски заступници. Истовремено, они могу, у доброј мери, отежати и успорити обављање предузетничке делатности јер се за све њихове одлуке у вези располагања имовинским добрима несвојевласних наследника захтева сагласност органа старатељства.⁴⁷ Због тога, сматрамо најцелисходнијим за интересе наследника предузетника, али и за редован трговински промет, да се још у току оставинског поступка постигне споразум о подели заоставштине и један од наследника преузме вођење предузетничке радње оставиоца предузетника. Ако нема потребне сагласности, јер, је, рецимо, више наследника заинтересовано да, уместо оставиоца, обавља предузетничку делатност, најреалније је да се судски подели заоставштина, узимајући у обзир и могућност деобе наследства исплатом, или, пак, да се санаследници договоре о наставку обављања предузетничке делатности, организовањем у привредно друштво.⁴⁸

Да ЗПДРС није много водио рачуна о основним начелима нашег наследноправног уређења, када је формулисао одредбу о наслеђивању предузетника потврђује и део формулације чл. 91, ст. 9 који каже да наследник који је пословно способно лице „може наставити обављање делатности на основу решења о наслеђивању“. Како разумети овако сročену формуацију? Да ли то значи да се њоме одступа од начела стицања наслеђа *ipso iure* и да наследник тек правноснажношћу решења о наслеђивању стиче права и обавезе предузетника? И, ако је

⁴⁷ Вид. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015, чл. 140, ст. 2 и чл. 193, ст. 2 и 3.

⁴⁸ Тако и: Lj. Begović, „Да ли се предузетничка радња може наследити?“, <https://biznis.rs/preduzetnik/da-li-se-preduzetnicka-radnja-moze-naslediti/>, 8. јануар 2024.

тако, шта се догађа са правима и обавезама умрлог предузетника док ова одлука не постане правноснажна, будући да наше право не познаје институт лежећег наследства (*hereditas iacens*). Осим тога, српски законодавац у ЗПДРС није много водио рачуна ни о временском оквиру у коме је могуће да наследник предузетника реализује своје право на обављање предузетничке делатности. Наиме, у најмању руку, нереално је да се наследник предузетника у року од шездесет дана од његове смрти пријави регистру привредних субјеката да наставља обављање делатности, када се зна да је таква активност наследника предузетника немогућа без решења о наслеђивању којим се утврђује његово наследничко својство, а које се редовно не доноси у овако кратком периоду.⁴⁹ Споразум наследника о наставку обављања предузетничке делатности без решења о наслеђивању неће бити од значаја приликом пријављивања регистру, јер се само решењем о наслеђивању одређени субјекти легитимишу у правном саобраћају да су заиста наследници оставиоца предузетника.

3.6. Наслеђивање права и обавеза на темељу уговора о лиценци

Према Закону о облигационим односима Републике Србије,⁵⁰ права и обавезе проистекла из уговора о лиценци су начелно наследива и као таква чине заоставштину умрлог даваоца лиценце или оставиоца, стицаоца лиценце.⁵¹ Од овог правила српски законодавац предвиђа ограничење у погледу преласка права и обавеза умрлог стицаоца лиценце на његове наследнике, условљавајући тај прелаз њиховом квалификованошћу да продуже његову делатност. Ако тај квалитет код наследника недостаје, права и обавезе из овог правног посла престају са тренутком отварања наслеђа. Зато се и каже да су та права и обавезе релативно наследива.⁵² Дакле, одступање од начела универзалности у наслеђивању огледа се у постојању посебног квалитета на страни наследника стицаоца лиценце. Ако тај квалитет постоји, права и обавезе из овог правног посла се наслеђују, у супротном не.

⁴⁹ Слично запажање и: М. Драгићевић, 132.

⁵⁰ Закон о облигационим односима Републике Србије – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

⁵¹ Вид. ЗОО, чл. 711.

⁵² Вид. N. Gavella, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb 1990, 64–65, нап. бр. 129; Д. Ђурђевић, 52–53.

3.7. Наслеђивање улога у задрузи

На темељу Закона о задругама Републике Србије,⁵³ пословно способна физичка лица могу остварити „своје економске, социјалне, културне и друге интересе“,⁵⁴ оснивањем или учлањењем у већ постојећу: пољопривредну, стамбену, потрошачку, занатску, радничку, студентско-омладинску, социјалну, здравствену или други облик задруге.⁵⁵

Према слову ЗЗРС, смрћу задругара, у начелу, престају и сва његова права и обавезе као задругара, изузев оних права и обавеза за које је сам законодавац одредио да настављају да „живе“ са наследницима задругара.⁵⁶

Када је основни капитал задруге састављен од улога задругара (новчаних или неновчаних), смрћу задругара његови наследници имају право наслеђа његовог улога у задрузи. Улог се наследнику, по правилу, исплаћује у новцу, чак и да је задругаров улог у задрузи био неновчан, изузев ако није другачије предвиђено задружним правилима и уговорено писаним споразумом са задругом.⁵⁷

Одступање од начела универзалности у наслеђивању, па и начела стицања наслеђа *ipso iure*, у наслеђивању улога у задрузи постоји јер се улог у задрузи не може стећи пре него што наследник измири обавезе умрлог задругара према задрузи.⁵⁸ Такође и исплата нераспоређене добити умрлог задругара не остварује се у исто време када и преостали део наследства, већ најкасније у року од шест месеци по истеку пословне године у којој је задругару отворено наслеђе.⁵⁹

3.8. Наслеђивање одликовања

Међу умрлима, чије се наслеђе отвара и заоставштина расправља, има појединаца који су због изузетних заслуга у домену заштите домовине или људских права, спашавања људи и животне средине или доприноса у области економије, медицине, културе, уметности, науке, образовања или васпитања, одликовани.

⁵³ Закон о задругама Републике Србије – ЗЗРС, *Службени гласник*, бр. 88/2009 и 36/2010.

⁵⁴ Вид. ЗЗРС, чл. 2.

⁵⁵ Вид. ЗЗРС, чл. 10 и чл. 11.

⁵⁶ Вид. ЗЗРС, чл. 31, ст. 1.

⁵⁷ Вид. ЗЗРС, чл. 31, ст. 6.

⁵⁸ Вид. ЗЗРС, чл. 31, ст. 5.

⁵⁹ Вид. ЗЗРС, чл. 31, ст. 7.

Према домаћем Закону о одликовањима,⁶⁰ одликовања као највиши знаци јавног признања, могу имати форму: ордена, медаље или споменице.⁶¹ Нема дилеме да одликовања која је оставилац за живота примио чине заоставштину и наслеђују се према важећим наследноправним прописима. Додуше, ови прописи то изричито не спомињу, али се из начела универзалности у наслеђивању може извести такав закључак. У прилог томе сигурно иде и садржина ЗОРС који нема одредбе на ту тему.

Да ли одликовање и повеља о одликовањима посмртно одликованих оставиоца или умрлих лица којима одликовање није за живота уручено чине заоставштину и да ли се наслеђују по истим правилима као и остали њени делови?

И док се ЗНРС по овом питању не изјашњава, ЗОРС предвиђа да се у наведеним случајевима одликовања предају члановима породице, ближе одређујући да породицу чине: првостепени потомци умрлог лица које је одликовано, како биолошки, тако и грађански, затим, његови другостепени потомци, онда супружник, родитељи, усвојитељи и његова браћа и сестре.⁶²

Ако занемаримо чињеницу да овај законски текст даје ближе одређење породице, док, насупротив томе, матични закон за породичне односе не дефинише породицу,⁶³ оно што је евидентно јесте да ЗОРС у овој одредби уопште не спомиње глагол „наслеђивати“ одликовања, већ говори о њиховој предаји овлашћеним лицима, што не мора бити праћено и наслеђивањем. У наредном ставу, истог члана српски законодавац јасно одређује да уколико умрло одликовано лице нема никог од побројаних чланова породице, онда се указ о одликовању јавно саопштава, а одликовање и повеља о одликовању могу се (значи, није обавезно, *примедба аутора*), предати на чување одређеном музеју, поштујући одредбе којима се штите културна добра.⁶⁴

⁶⁰ Закон о одликовањима Републике Србије – ЗОРС, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009 и 36/2010.

⁶¹ Вид. ЗОРС, чл. 7.

⁶² Вид. ЗОРС, чл. 20, ст. 1 и 2.

⁶³ Занимљиво је да, рецимо, Правилник о врсти, критеријумима и поступку за доделу признања и награда за нарочите успехе у области заштите и спасавања (*Службени гласник РС*, бр. 100/2013) „барата“ са термином „ужа породица“, која по овом подзаконском акту обухвата: децу, супружника и родитеље оставиоца коме се награда додељује постхумно. Вид. Правилник о врсти, критеријумима и поступку за доделу признања и награда за нарочите успехе у области заштите и спасавања Републике Србије, чл. 11.

⁶⁴ Вид. ЗОРС, чл. 20, ст. 3.

Дилему да ли се одликовања посмртно одликованог оставиоца или умрлог лица коме одликовање није уручено за живота наслеђују или не, чини се отклања чл. 21 ЗОРС. Наиме, из решења садржаног у ставу 1. овог члана, да, уколико одликовано лице умре, а нема наследника (*подвукао аутор*), онда се одликовање и повеља о одликовању враћају председнику државе, може се извести закључак да одликовања посмртно одликованог лица, односно оставиоца којем није за живота уручено одликовање, јесу предмет наслеђивања и као такви чине заоставштину. Код наслеђивања ових добара, приоритет у примени има начело специјалности у односу на начело универзалности у наслеђивању, будући да првенство у њиховом стицању имају чланови породице, а тек, ако њих нема, онда и други наследници изван круга чланова породице.

4. ИМА ЛИ ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА УНИВЕРЗАЛНОСТИ У НАСЛЕЂИВАЊУ У ПОГЛЕДУ НАСЛЕЂИВАЊА ЗАОСТАВШТИНЕ МОНАХА И АРХИЈЕРЕЈА СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ?⁶⁵

Уважавајући начело универзалности у наслеђивању, јединствена решења у сфери законског наслеђивања требало би да важе за све оставиоце, држављане Републике Србије, умрле на њеној територији. Међутим, када се детаљно прочита новелирани Устав Српске православне цркве,⁶⁶ јасно се може видети да у том извору канонског права постоје специјална правила наслеђивања упокојеног монаха (или монахиње) и архијереја,⁶⁷ док у погледу наслеђивања умрлог свештеника нема ни помена.

Наиме, УСПЦ предвиђа да покретности упокојеног монаха, уколико њима није располагао за живота или за случај смрти, наслеђују остали монаси (или монахиње) манастира у коме је он живео у време отварања наслеђа. Монахову заоставштину не могу чинити непокретности, будући да је он, ступањем у монашки ред, положио завет

⁶⁵ Према последњем Попису становништа из 2022. године, од укупно 6 647 003 становника, 5 387 426 грађана Републике Србије изјаснило се, у прилог православне вероисповести. Управо због чињенице да православна вера преовладава у Републици Србији, у раду једино обрађујемо питање наслеђивања монаха и архијереја Српске православне цркве. Вид. Републички завод за статистику, *Статистички годишњак за 2023. годину*, Републички завод за статистику, Београд 2023, 38.

⁶⁶ Устав Српске православне цркве – УСПЦ, *Службене новине КЈ*, бр. 275–86/31. За потребе овог рада коришћено је новелирано издање УСПЦ на интернет страници: <http://www.projuris.org>.

⁶⁷ Вид. УСПЦ, чл. 36–38.

сиромаштва,⁶⁸ којим се својевољно обавезао да неће имати непокретности.⁶⁹

Исто тако, УСПЦ, регулишући наслеђивање упокојеног архијереја, предвиђа да он може имовином, коју је сам стекао, располагати завештањем. Та његова слобода располагања за случај смрти је ограничена, будући да само 1/3 имовине коју је сам стекао може распоредити по свом нахођењу. Другу трећину своје имовине мора завештати у корист епархије којој припада,⁷⁰ а преосталу трећину дужан је да остави завештањем задужбинама или самосталним фондовима за опште потребе Цркве.⁷¹ Заоставштину архијереја који је умро, не сачинивши завештање, дели Свети архијерејски синод, узимајући у обзир потребе Цркве, а после измирења трошкова сахране и исплате његових дугова.⁷² Према слову УСПЦ, одећа архијереја, његова библиотека и друге црквене ствари које је он користио у свом раду, припадају искључиво епископији којом је руководио.⁷³

Када се упореде правила редовног законског наслеђивања, садржана у ЗНРС, и решења о наслеђивању упокојеног монаха или архијереја из УСПЦ, очигледно је да она нису у сагласју и да у тексту УСПЦ нема ни помена о сродницима монаха или архијереја као могућим законским или нужним наследницима. Отуда се, као неминовно, намеће питање да ли решења о наслеђивању монаха или архијереја, садржана у УСПЦ, имају предност у примени у односу на одговарајућа решења из ЗНРС?

Сматрамо да одговор на постављено питање треба тражити у Уставу⁷⁴ и Закону о црквама и верским заједницама Републике Србије.⁷⁵

Према највишем правном акту у држави, Српска православна црква, а то важи и за друге цркве и верске заједнице, је одвојена од државе и слободна да самостално уређује своју унутрашњу организа-

⁶⁸ О полагању монашких завета: завета безбрачности, послушности и сиромаштва детаљно вид. Д. Перић, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 1999, 108–109; S. Pešić, *Monastvo*, <http://pesic.me/stav/21-monastvo>, 25. октобар 2021.

⁶⁹ Вид. УСПЦ, чл. 36.

⁷⁰ Уколико архијереј није и епархијски еписком, он има право да другу трећину своје имовине завешта било којој епархији. Вид. УСПЦ, чл. 37, ст. 2.

⁷¹ Вид. УСПЦ, чл. 37, ст. 1.

⁷² Вид. УСПЦ, чл. 38, ст. 1.

⁷³ Вид. УСПЦ, чл. 38, ст. 2.

⁷⁴ Устав Републике Србије – УРС, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 и 16/22.

⁷⁵ Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије – ЗЦВЗРС, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.

цију, верске послове, обавља верске обреде, оснива социјалне и добротворне установе, верске школе и да њима управља, а све у складу са одговарајућим законима које је држава донела.⁷⁶

ЗЦВЗРС прописује да Српска православна црква, а исто важи и за остале цркве и верске заједнице, има аутономију у погледу одређивања свог верског идентитета, слободу да самостално уређује и спроводи свој поредак и организацију, као и самосталност у обављању својих унутрашњих и јавних послова.⁷⁷ Такође, према слову овог Закона, Српска православна црква има слободу да примењује своје аутономне прописе, а држава је не може у томе ометати.⁷⁸

Више је него јасно, на основу анализе одговарајућих решења из УРС и ЗЦВЗРС, да Српска православна црква и поред признате самосталности и аутономије мора у свом деловању да буде „потчињена позитивним државним законима“, ⁷⁹ те да би отуда одредбе о наслеђивању монаха и архијереја, садржане у УСПЦ, требало разумети као делимично одступање од начела универзалности у наслеђивању, то јест тако да се оне једино односе на имовину коју су монах или архијереј стекли обављањем црквених послова. За имовинска добра која су упокојени монах или архијереј стекли независно од свог црвеног положаја, рецимо поклоном од својих предака, требало би да важи општи наследноправни режим, прописан ЗНРС.⁸⁰

5. ЗАКЉУЧАК

Анализа одговарајућих решења, садржаних у самом ЗНРС, затим у ЗПДРС, ЗООРС, ЗЗРС и ЗОРС, као и УСПЦ показала је да, поред општег наследноправног режима који важи за наслеђивање већине компоненти заоставштине, постоје и посебна правила за наслеђивање којима се уважавају лична својства и квалитети одређених оставиоца или наследника, као и врста, порекло и намена појединих имовинских добара која се наслеђују.

Како би се отклониле дилеме да ли за наслеђивање удела у привредном друштву или удела у задрузи, затим наслеђивања предузетни-

⁷⁶ Вид. УРС, чл. 44. ст. 1. и 2.

⁷⁷ Вид. ЗЦВЗРС, чл. 6.

⁷⁸ Вид. ЗЦВЗРС, чл. 7.

⁷⁹ Вид. Н. Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Службени гласник, Београд 2009, 143.

⁸⁰ Детаљније о овом проблему вид. Н. Стојановић, „О наслеђивању монаха, архијереја и свештеника Српске православне цркве“, *Црквене студије* бр. 21/2024, 465–476.

чке радње или права и обавеза на темељу уговора о лиценци, као и наслеђивања ордења важи општи или посебан наследноправни режим у наслеђивању, има смисла и оправдања да ЗНРС, упућивањем на одговарајуће законске текстове, укаже на постојање посебних правила у наслеђивању појединих имовинских добара. Квалитету и олакшаној примени овог законског текста посебно би допринело навођење, у његовим општим одредбама, основних начела нашег наследног права.

Правна сигурност и уједначена правна пракса налажу да држава и Српска православна црква заједничким напором креирају правила којима се регулише наслеђивање монаха и архијереја.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Антић, Оливер, Балиновац, Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд 1996;
2. Бабић, Илија, „Наслеђивање удела умрлог ортака у ортачком друштву”, *Право и привреда* 4–6/2019;
3. Вукотић, Милош, „Наслеђивање предузећа”, *Право и привреда* 10–12/2018;
4. Gavella, Nikola, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb 1990;
5. Драгићевић, Марија, „Радноправне последице смрти и губитка пословне способности послодавца са својством физичког лица”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 99/2023;
6. Ђорђевић, Владислав, *Наследно право*, Правни факултет, Ниш 1997;
7. Ђурђевић, Дејан, *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд 2010;
8. Ђурђевић, Ненад, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Службени гласник, Београд 2009;
9. Јовановић, Небојша, „Ко наслеђује удео у ортачком друштву?”. У: *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, (ур. Радовић, Вук), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
10. Јовановић, Небојша, Радовић, Вук, Радовић, Мирјана, *Компанијско право, Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020;
11. Марковић, Славко, *Наследно право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981;
12. Перић, Димшо, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 1999;
13. Републички завод за статистику, *Статистички годишњак за 2023. годину*, Републички завод за статистику, Београд 2023;

14. Сворцан, *Наследно право*, Правни факултет, Крагујевац 1999;
15. Сворцан, Слободан, „Промене у ортачком друштву које настају као последица смрти ортака према Закону о привредним друштвима“, *Право и привреда* 5–8/2005;
16. Стефановић, Златко, „Наслеђивање својинских и корпоративних права на предузећу“, *Зборник радова, Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године* (ур. Сворцан, Слободан), Правни факултет, Крагујевац 1998;
17. Стојановић, Наташа, Krstić, Novak, „Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda“, *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije* (ур. Kovačević Kuštrimović, Radimić, Lazić, Mirosław), Правни факултет, Centar za publikacije, Niš 2008;
18. Стојановић, Наташа, *Наследно право*, Правни факултет, Ниш 2011;
19. Стојановић, Наташа, „Проблем(не)уједначености судске праксе у сфери наследноправних односа“, *Зборник радова, Двадесет година Закона о наслеђивању* (ур. Стојановић, Наташа и Крстић, Новак), Правни факултет, Ниш 2016;
20. Стојановић, „О наслеђивању монаха, архијереја и свештеника Српске православне цркве“, *Црквене студије* бр. 21/2024;
21. Суботић-Константиновић, Невенка, *Уговор о доживотном издржавању*, Научно дело, Београд 1968.

Правни извори

1. Закон о задругама Републике Србије, *Службени гласник*, бр. 88/2009 и 36/2010;
2. Закон о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015;
3. Закон о облигационим односима Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020;
4. Закон о одликовањима Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009 и 36/2010;
5. Закон о привредним друштвима Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – други закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021;
6. Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006;
7. Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015;
8. Правилник о врсти, критеријумима и поступку за доделу признања и награда за нарочите успехе у области заштите и спасавања, *Службени гласник РС*, бр. 100/2013;

9. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021 и 16/2022;
10. Устав Српске православне цркве, *Службене новине КЈ*, бр. 275 – 86/31.

Интернет извори

1. Begović, Ljiljana, „Da li se preduzetnička radnja može naslediti?“, <https://biznis.rs/preduzetnik/da-li-se-preduzetnicka-radnja-moze-naslediti/>, 8. јануар 2024;
2. Pešić, Slavko Milosav, *Монаштво*, <http://pesic.me/stav/21-monastvo>, 25. октобар 2021;
3. Устав Српске православне цркве, <http://www.projuris.org>, 10. јануар 2024.

Full Professor Nataša Stojanović, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

DEROGATIONS FROM THE PRINCIPLE OF UNIVERSALITY IN SUCCESSION IN SERBIAN CONTEMPORARY LEGISLATION

Summary

The principle of universality in succession as one of the foundations of the institute of succession in Serbian contemporary law implies that the rules of legal inheritance are general, identical, and equal for the testator and all heirs, irrespective of: sex, marital or extramarital status, order of birth, age, religious belief, occupation, property opportunities, etc. This principle also suggests that the same rules apply to everything that constitutes the estate, regardless of the type, purpose, origin, and quality of goods. The Serbian legislator deviates from this supreme principle in the Law on Inheritance, which prescribes special inheritance rules for situations such as the inheritability of the right to request a reduction of a spouse's inheritance portion as an heir of the second legal inheritance order, the inheritability of the right to a forced portion, and finally, the inheritability of the rights and obligations referred to in a concluded lifelong personal care agreement following the death of the caregiver. By means of different types of legal analysis – legal dogmatic, normative, comparative, and historical – we will try to establish what the real range of the principle of universality in succession is, keeping in mind its limits as set out in other legal texts like the Law on Business Companies, Law on Obligations, Law on Cooperatives, and Law on Decorations of the Republic of Serbia.

Key words: *Serbian contemporary law; Principle of universality in succession; Principle of speciality in succession.*

Проф. др Нина Планојевић

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ПРАВНА ДЕЈСТВА И ФУНКЦИЈЕ УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ¹

За разлику од руралне комасације, урбана комасација представља облик овог института који већина држава нашег региона не познаје. И док се у Европи она успешно примењује више од једног века, у нашем региону урбану комасацију увеле су само три државе: најпре Словенија и Хрватска, а затим и Србија. Пошто је реч о новом институту, наш првенствени циљ је да извршимо приказ и анализу српских решења о урбаној комасацији, ради бољег упознавања правничке јавности са кључним елементима, дејствима, функцијама и значајем овог европског института. Сврха нашег рада је и допринос популаризацији урбане комасације, уз подсећање на разлоге и потребу њеног постојања, али и недостатке у њеној регулативи – што би могло бити од користи државама које имају у плану њено увођење.

Кључне речи: Комасација; Урбана комасација; Правна дејства урбане комасације; Функције урбане комасације; Врсте урбане комасације.

1. УВОД

Урбана комасација је институт који се у Европи примењује више од стотину година.² Први пропис из ове области донео је градоначелник Франкфурта 1902, па се Немачка сматра зачетником правно уре-

Нина Планојевић, nina.planojevic@gmail.com.

¹ Рад је резултат научно-истраживачког рада ауторке у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

² М. Шошкић *et al.*, „Методологија процене вредности земљишта у процесу урбане комасације“, *Наука + пракса* 24/2021, 21.

ђене урбане комасације.³ Њено спровођење је било масовно током 20. века,⁴ а позната је и у ваневропским државама. Што се тиче нашег региона, у њему је урбана комасација нов институт, који су неке државе увеле недавно, а неке га уопште не познају. Прва га је увела Словенија 2002,⁵ затим Хрватска 2007,⁶ и на крају Србија 2011. године.⁷ У Босни и Херцеговини, Црној Гори и Северној Македонији урбана комасација не постоји.

Пошто је о овом институту у правној теорији са наших простора мало писано, наш циљ је да у раду размотримо специфичности урбане комасације и начин на који је она уређена у српском праву, како бисмо указали на добре и лоше стране те регулативе – што ће бити од користи и државама у којима се размишља о њеном увођењу. У том циљу, на одговарајућим местима у раду ћемо вршити и компарацију између решења српског права и препорука из публикације под називом „*Правни водич за комасацију – На основу регулаторних пракси у Европи*“⁸ (надаље: Водич ФАО УН), коју је Организација за храну и пољопривреду Уједињених нација пре нешто више од годину дана објавила и на српском језику, као допринос лакшем креирању правног оквира комасације и у Србији. Иако се препоруке из Водича ФАО УН првенствено односе на руралну,⁹ оне су у великој мери применљиве и на урбану комасацију.

³ М. Шошкић, *Развој нових модела комасације у функцији урбанистичког уређења насеља*, дисертација, Грађевински факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 14. <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:15399/bdef:Content/get>. Наведено према: М. Лазић, „Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 76/2017, 360.

⁴ *Ibid.*

⁵ Институт је уведен: *Законом о уређању простора*, *Урадни лист РС*, шт. 110/02.

⁶ Институт је уведен: *Законом о просторном уређењу и градњи*, *Народне новине РХ*, бр. 76/07, 38/09.

⁷ Институт је уведен: *Законом о планирању и изградњи – ЗПИ*, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19, 9/20, 52/21. Конкретно, реч је о *Службеном гласнику РС*, бр. 24/11.

⁸ Т. Вершинскас, М. Видар, М. Хартвигсен, К. Митић Арсова, Ф. ван Холст, М. Горган, *Правни водич за комасацију – На основу регулаторних пракси у Европи*, Београд 2022. Оригинални назив публикације је: *Legal Guide on Land Consolidation: Based on regulatory practices in Europe* и објављена је 2020. Она се заснива на анализи регулаторних пракси у Данској, Финској, Немачкој, Литванији, Холандији, Србији, Шпанији (Галиција) и Турској. Превод на српски језик приређен је у оквиру пројеката ГИЗ „*Просторно планирање и управљање земљиштем*“ и „*Поддршка економској диверсификацији руралних подручја у Југоисточној Европи*“ и финансиран од стране Савезног министарства за економску сарадњу и развој СР Немачке (BMZ).

⁹ Више о руралној комасацији: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Ниш 2004, 161; Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд 1980, 166; Н. Планојевић, *Стварно право у пракси*, Крагујевац 2012, 89–90; И. Бабић, Р. Јотановић, *Гра-*

У раду ће најпре бити приказан законски оквир урбане комасације у српском праву, одређен њен појам, циљеви и врсте. Поред тога, обрадићемо правна дејства урбане комасације и дефинисати њене функције. Основна сврха нашег рада је допринос популаризацији урбане комасације, уз подсећање на разлоге и потребу њеног постојања и значај овог института.

2. РЕГУЛАТИВА УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ

Данас су могућност и услови за одузимање и ограничавање својине уопште, па и путем комасације, у Републици Србији прописани Уставом (чл. 58)¹⁰ и Првим протоколом уз Европску конвенцију о заштити основних људских права и слобода (чл. 1).¹¹ На тим основама урбана комасација је уведена и уређена изменама и допунама важећег Закона о планирању и изградњи¹² из 2011. (надаље: ЗПИ). Овој материји посвећено је свега 5 чланова (чл. 107–108в) ЗПИ, у оквиру поглавља којим се уређује грађевинско земљиште.

У неким државама урбана комасација је регулисана посебним законима, знатно детаљније него у српском праву, па јој хрватски законодавац, рецимо, посвећује чак око 40 чланова. С обзиром на то да је у питању нов институт, сматра се да би и у српском праву било пожељно уредити га посебним законом,¹³ са више детаља него сада.¹⁴ Колико су прописи о урбаној комасацији штури говори и чињеница да неки аутори сматрају да је овај институт актуелном регулативом потцењен и да та регулатива више представља најаву уређивања, него нормирање урбане комасације.¹⁵

Њанско право, књ. 2 – *Стварно право*, Бања Лука 2020, 184; *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (одељак под насловом „Комасација“), Београд 1978, 729–732; З. Радовић, *Право својине*, Подгорица 2024, 686–692.

¹⁰ Чл. 58, ст. 2 Устава гласи: „Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.“

¹¹ Протокол 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права, Париз, 1952. https://bs.wikisource.org/wiki/Evropska_konvencija_o_ljudskim_pravima/Protokol_broj_1.

¹² Закон о планирању и изградњи – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19, 9/20 и 52/21.

¹³ Д. Васиљевић *et al.*, *Комасација као неискоришћени потенцијал: ефекти примене, препреке и могући значај комасације пољопривредног земљишта у Србији*, Београд 2018, 11.

¹⁴ О потреби детаљнијег уређења урбане комасације посебно вид. М. Вулић, „Експропријација и урбана комасација – сличности и разлике“, *Правни живот* 10/2014, 421–434.

¹⁵ М. Вулић, „Урбана комасација“, *Правни живот* 10/2011, 535.

3. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ¹⁶

Урбана комасација је мера државе којом се, у циљу рационално коришћења и уређења грађевинског земљишта, на одређеном подручју поништава постојећа структура катастарских парцела уз брисање њихових старих граница, јер због површине, облика, положаја или немогућности приступа јавној површини не испуњавају услове за грађевинску парцелу.¹⁷ Оне се спајају у једну целину из које се затим формирају нове катастарске парцеле које испуњавају услове за изградњу – што је јавни интерес утврђен законом. Са стварноправне тачке гледишта, код овог облика комасације реч је о принудном одузимању својине власницима катастарских парцела на подручју обухваћеном комасацијом; уз накнаду у натури, односно додељивање у својину истим лицима других, новоформираних парцела одговарајућих својстава, са истог подручја, водећи рачуна о њиховој површини и вредности.

Урбана комасација¹⁸ у српском праву дакле има двоструки циљ: 1) да омогући рационално коришћење грађевинског земљишта; и 2) његово уређење. Под грађевинским земљиштем се подразумева земљиште, које је одређено законом или планским документом за изградњу и коришћење објеката; као и земљиште на коме су већ изграђени објекти у складу са законом.¹⁹ То значи да се урбана комасација спроводи не само на земљишту које је у садашњем тренутку изграђено, већ и на оном за које је таква намена планирана у будућности, без обзира на то каква му је садашња намена.

Разлози због којих се урбана комасација спроводи су у томе, што постојеће катастарске парцеле на комасационом подручју²⁰ због своје површине, облика, положаја или немогућности приступа јавној површини (обично улици) не испуњавају прописане услове за грађевинску парцелу. Грађевинска парцела је део грађевинског земљишта, који по закону треба: да има приступ јавној саобраћајној површини; да је изграђен или планом предвиђен за изградњу; и да се дефинише координатама преломних тачака у државној пројекцији.²¹ Пошто се догађа да катастарске парцеле на одређеном подручју не испуњавају све

¹⁶ О појму урбане комасације писано је и у чланку: Н. Планојевић, „Урбана комасација: европски институт у српском праву“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), књ. 11, Крагујевац 2023, 457–469.

¹⁷ Вид. чл. 107 ЗПИ.

¹⁸ Вид. чл. 107 ЗПИ.

¹⁹ Вид. чл. 82 ЗПИ.

²⁰ Под комасационим подручјем се подразумева подручје за које је донет план генералне или детаљне регулације.

²¹ Вид. чл. 2, ст. 1, тач. 20 ЗПИ.

наведене услове, оне се не могу користити за изградњу. Да овакво земљиште не би с грађевинске тачке гледишта било бескорисно, урбаном комасацијом се у складу са одговарајућим планским документом²² и комасационим пројектом поништава постојећа структура катастарских парцела уз брисање њихових старих граница (независно од тога коме припадају); па се оне затим спајају у једну целину, која се зове комасациона маса.

Комасациона маса је привремена целина, настала како би се из ње затим формирале нове катастарске парцеле које испуњавају услове за изградњу, тј. за грађевинску парцелу и доделиле истим лицима, у складу са начелима урбане комасације.²³ Те парцеле треба да буду погодније за намену која је за њих предвиђена урбанистичким планом и за стамбену изградњу свих или већине власника, са једнаком или већом вредношћу од ранијих парцела. Новоформиране парцеле представљају натуралну накнаду власницима за комасацијом одузете парцеле. Претходно се формирају и дотад недостајуће или се боље уређују постојеће површине за јавне намене и заједничке потребе, које ће бити у јавној својини (улице, тргови, паркови, школе, јавни објекти итд.), како би комасирано подручје могло адекватно да функционише. Урбана комасација стога представља специфичан облик земљишне реформе²⁴ и свеобухватну реорганизацију постојећих парцела на комасационом подручју.

На основу изнетог, мишљења смо да су циљеви, разлози и начин реализације урбане комасације у српским прописима у начелу адекватно и јасно постављени.

²² Под планским документима подразумевају се план генералне или план детаљне регулације, који је донет за подручје на коме се врши урбана комасација. По неким мишљењима, урбана комасација је могућа када постоји урбанистички план, али и када га нема, као и у току његове израде. У том смислу вид. М. Шошкић, *Геодезија у просторном планирању и урбанизму*, Наставна јединица 10: Урбана комасација, https://www.grf.bg.ac.rs/p/learning/urbana_komasacija_1481378903314.pdf, 25. март 2024.

²³ То су: начело неповредивости стварних права власника катастарских парцела или начело одржања својине, како га неки аутори називају; начело једнаке вредности одузете и додељене парцеле; и начело доделе нових катастарских парцела, уз испуњење јавног интереса. Вид. чл. 107 ЗПИ.

²⁴ Д. Мацановић, „Катастар и потребе за комасацијом у Републици Српској“, *Техника – наше грађевинарство* 4/2019, 503.

4. ФУНКЦИЈЕ УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ

Урбана комасација има више функција²⁵ и позитивних ефеката, како за државу, тако и за власнике парцела на комасираном подручју.²⁶ Као што је аграрна функција особеност руралне комасације, тако је грађевинска функција својствена само урбаној комасацији, али се сматра да сваки облик комасације, па и урбана, данас треба да буде вишенаменски инструмент који интегрише њене примарне циљеве са развојем инфраструктуре, циљевима у области животне средине, социјалним, економским и другим циљевима. Са ширењем спектра њених циљева настају и бројне нове функције урбане комасације, која постаје и планска, организациона, економска и правна мера.

1) *Грађевинска функција (функција урбанизације и уређења грађевинског земљишта)* је ефикасан инструмент јавног грађевинског права и особена функција урбане комасације, која произилази из њених циљева о којима је било речи и има два аспекта. *Први аспект* је урбанизовање *нових подручја* у циљу формирања додатних површина земљишта за изградњу – свеједно да ли је оно претходно било рурално или неуређено урбано земљиште и каква му је намена била.²⁷ *Други аспект* ове функције је *поновно уређење већ урбанизованих подручја* и њихових изграђених делова, кроз преобликовање тог простора. Реч је о грађевинском земљишту са неповољном структуром парцела, па се новим обликом омогућава њихово економичније коришћење, а мале парцеле, које су биле недовољне за изградњу, добијају своју улогу.²⁸ Поред тога, ова функција обезбеђује и комунално уређење грађевинског земљишта, укључујући и просторе са нелегалном грађњом, као и интеграцију великих комплекса у целине.²⁹

2) *Организациона и планска функција обезбеђују*³⁰ спровођење урбанистичких планова у краћем временском периоду, квалитетније планирање и комунално опремање простора ради бољег прилагођавања урбанистичком плану и ефикаснијег урбанистичког коришћења, као и убрзање изградње инфраструктуре. Урбаном комасацијом обезбеђује се и земљиште за јавне намене и заједничке потребе у оквиру

²⁵ О функцијама урбане комасације писано је и у чланку: Н. Планојевић, „Прилог популаризацији урбане комасације“, *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа*, Зборник радова са Саветовања правника (ур. М. Орлић), Београд 2024.

²⁶ Више вид. М. Лазић, 362.

²⁷ М. Шошкић *et al.*, 21.

²⁸ *Ibid.*, 16.

²⁹ *Ibid.*, 10.

³⁰ *Ibid.*, 14.

комасиране регије једноставније и јефтиније него по редовном току ствари, који би значајно експропријацију парцела.

3) *Правном функцијом* комасације се обезбеђује: а) Бесплатно³¹ уређивање спорних својинскоправних односа на комасираном земљишту пред комисијом за комасацију, што је за власнике посебна погодност. Ипак, ова могућност је у правној теорији критикована, јер одступа од редовне процедуре за решавање имовинских спорова,³² б) Легализација нелегалних објеката на комасираном подручју, ако их има; в) Бесплатан и брз упис новонасталих промена у регистар непокретности и права на њима, чиме се добија ажурна евиденција.³³

4) *Економске и друге користи* од урбане комасације имају и власници и држава. Економски беневит за сваког појединачног власника се огледа у настанку парцела са увећаном тржишном вредношћу. Иако је површина додељене парцеле мања од површине одузете због одбитка једног њеног дела за заједничке потребе, до пораста тржишне вредности парцеле долази зато што се у процесу комасације постојеће земљиште, које се користило на другачији начин, преобликовало у парцеле за изградњу које су тржишно вредније због нове намене и приступа новоформираним површинама за заједничке потребе.³⁴

За државу, урбана комасација најпре значи повећања прихода од пореза. Поред тога, на комасираном подручју долази до оживљавања грађевинске индустрије, а тиме и до смањења незапослености.³⁵ Олакшано је интервенисање у ванредним околностима, кроз рехабилитацију подручја уништених у елементарним непогодама или рату,³⁶ као и унапређење стања животне средине³⁷ кроз повећање зелених површина и паркова. За те промене власници парцела такође немају трошкове, јер их сноси јединица локалне самоуправе.³⁸ Није занемарљиво ни то што у урбаној комасацији власници имају значајнију улогу у уређењу простора на коме живе, као и што је очувана њихова власни-

³¹ Нерешени имовинскоправни односи бивају разрешени током комасације без трошкова, закључно са уписом у катастар. Тако су искључени трошкови адвоката, нотара, такси, пореза на пренос апсолутних права итд. Наведено према: Д. Васиљевић *et al.*, 8.

³² Бројне критике на рачун овог решења у хрватском праву износи: И. Тухтан Гргић, „Ограничења права власништва у поступку урбане комасације“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 1/2011, 642–644.

³³ Д. Васиљевић *et al.*, 13; Д. Мацановић, 503.

³⁴ Детаљније вид. М. Шошкић *et al.*, 22.

³⁵ *Ibid.*, 15.

³⁶ *Ibid.*, 10.

³⁷ Д. Васиљевић *et al.*, 13.

³⁸ Изузетак је ситуација када власници сами иницирају комасацију.

чка позиција и постојећа социјална структура на комасираном подручју.³⁹

5. ВРСТЕ УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ

На основу анализе ситуације у правним системима различитих држава, Водич ФАО УН⁴⁰ познаје неколико врста руралне комасације, а критеријуми који су у њему постављени применљиви су и на урбану комасацију. Она се на врсте може поделити на основу: 1) броја циљева који се њоме постижу; и 2) питања да ли се спроводи уз сагласност власника парцела на подручју које обухвата или независно од ње.

1. Према броју циљева који се њоме постижу, комасација може бити: *једнонаменска*, која има само један основни циљ; и *вишенаменска*, којом се постиже више различитих циљева. Као што се из претходног текста о карактеристикама и функцијама урбане комасације може видети, у Србији се њоме не остварује само један циљ, па се не би могло рећи да је она код нас једнонаменска мера – чиме је препорука Водича ФАО УН⁴¹ о конципирању комасације као вишенаменске мере испуњена. Ипак, морамо констатовати и да је основна сврха урбане комасације да омогући рационално коришћење и уређење грађевинског земљишта, а број других циљева који се њоме реализују мањи је него код руралне комасације.

2. Други критеријум за поделу комасације на врсте је питање да ли се она спроводи уз сагласност власника парцела на подручју које обухвата. У том смислу могуће је говорити о добровољној, већински усаглашеној и обавезној комасацији.⁴² Код *добровољне комасације* сви власници парцела у оквиру комасационог подручја својевољно одлучују да унесу своје земљиште у комасациону масу, а одговарајуће јавно тело тада само усваја план комасације. О *већински усаглашеној комасацији*⁴³ се ради када законом предвиђена квалификована већина власника парцела одобри план комасације, а одговарајуће јавно тело донесе одлуку о њеном спровођењу која обавезује све власнике са комасационог подручја. Код *обавезне комасације* власници парцела са комасационог подручја немају право гласа о плану комасације, који усваја и спроводи надлежни орган као принудну меру. У

³⁹ М. Шошкић, 17.

⁴⁰ Т. Вершинскас *et al.*, 18–22.

⁴¹ *Ibid.*, 19.

⁴² *Ibid.*, 18.

⁴³ Више о томе вид. Д. Васиљевић *et al.*, 22.

једној држави у примени може бити само један⁴⁴ или више модела комасације,⁴⁵ који се могу комбиновати зависно од конкретних околности. Препорука Водича ФАО УН је да се обавезна комасација избегава,⁴⁶ а ако се и примењује да се заснива на консултацијама са субјектима на које ће она утицати.

У српском праву основни модел и руралне и урбане комасације је обавезна комасација, што је супротно наведеној препоруци Водича ФАО УН. Урбана комасација је принудна мера државе, за коју сагласност власника парцела на комасационом подручју није потребна, па је ово једно од питања на чијој измени треба радити. Изузетно, урбана комасација се може спровести и на захтев власника најмање 51% површине комасационог подручја,⁴⁷ што је не чини добровољном у правом смислу речи, јер остали власници морају трпети (и финансирати) њено спровођење и када нису сагласни са њом, ако надлежно тело донесе одлуку у том смислу.

Иако могућност спровођења комасације на захтев власника многе државе не познају,⁴⁸ ми је сматрамо исправним опредељењем српског законодавца и кораком ка добровољној комасацији, што је циљ коме треба тежити. У хрватском праву, рецимо, урбану комасацију власници парцела не могу иницирати; док у словеначком праву то могу власници најмање 67% површине комасационог подручја – па је српско решење и најлибералније по овом питању.

6. ПРАВНА ДЕЈСТВА УРБАНЕ КОМАСАЦИЈЕ

Дејства урбане комасације, за разлику од њеног основа који чини општи интерес, нису јавноправна, већ су стварноправне природе. Можемо их поделити на она, која увек наступају као последица урбане комасације, па би се могла назвати примарним; и дејства, која наступају понекад, зависно од околности. У даљем тексту осврнућемо се на свако од ових дејстава.

⁴⁴ У Литванији нпр. постоји само добровољна комасација. Податак преузет од: Т. Вершинскас *et al.*, 27.

⁴⁵ У Немачкој нпр. постоји могућност за спровођење комасације применом пет различитих поступака: стандардна комасација; добровољна размена земљишта; комасација за спровођење великих јавних пројеката; поједностављена комасација; и убрзана комасација. У пракси, углавном се спроводе прве три врсте комасације. Т. Вершинскас *et al.*, 27.

⁴⁶ Т. Вершинскас *et al.*, 18.

⁴⁷ Вид. чл. 108а ЗПИ.

⁴⁸ Више вид. И. Тухтан Гргић, 635.

6.1. Примарно правно дејство урбане комасације

Као што је већ речено, урбана комасација представља меру принудног *одузимања својине* власницима катастарских парцела на одређеном подручју, из горе изнетих разлога, уз накнаду у природи, тј. *додељивањем у својину* нових парцела истим лицима, које испуњавају законске услове за грађевинску парцелу. Зато се примарно правно дејство урбане комасације састоји у престанку једног и успостављању новог права својине за правне субјекте чије се парцеле налазе на комасационом подручју. Обично су предмет комасације парцеле у приватној својини, али то могу бити и оне, на којима постоје други својински облици (јавна, задружна).

До наведених стварноправних последица урбане комасације долази одлуком државног органа. Као што је објашњено, она је готово увек принудна мера, па до промена у виду престанка својине на једној и успостављања својине на другој парцели долази против, односно независно од власникове воље. Својина на додељеним парцелама настаје оригинарно,⁴⁹ јер је кључно то што је у јавном интересу да се урбанистички план на одређеном подручју спроведе и земљиште уреди у складу са њим, укључујући и формирање нових парцела другачијих својстава од постојећих, а ирелевантно је ко је био њихов власник. Својина на новоформираној парцели се дакле не изводи из права претходника, нити је у чињеничном стању њеног стицања битно да је претходник био власник земљишта о коме је реч. Престанак својине на једној и њено стицање на другој, новоформираној парцели се дешава часом правноснажности решења о комасацији, које је основ и за њен упис у катастар непокретности.⁵⁰ Упис је, као и за друга оригинарна стицања, декларативног карактера.

6.2. Остала правна дејства урбане комасације

1. *Правна судбина ограничених стварних права на одузетој парцели*. Са престанком својине на одузетој парцели, као примарном дејству комасације, отвара се питање судбине других стварних права и закупа, којима је она била оптерећена (службености, заложно право, право прече куповине, реални терети...). За разлику од руралне,⁵¹ за

⁴⁹ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 128.

⁵⁰ Вид. чл. 108, ст. 13 ЗПИ.

⁵¹ Више о руралној комасацији и њеним правним дејствима вид. Н. Планојевић, „Прилог реафирмацији руралне комасације“, *Међународни правни односи и правда*, Зборник радова 36. сусрета *Копачичке школе природног права* – Слободан Перовић, *Копачички*, 13–17. децембар 2023. (ур. Ј. С. Перовић Вујачић), том 2, Београд 2023, 181–207.

урбану комасацију је у српском праву законом изричито предвиђено да се постојећа ограничена стварна права са одузете преносе на ново-додељену парцелу.⁵² Ово решење је адекватно у ситуацијама када је таква законска реална суброгација могућа и прихватљива, као што је то по правилу случај са хипотеком, за чијег је титулара углавном најважније да нова парцела има исту или већу вредност од претходне⁵³ – што код урбане комасације јесте случај.

Ипак, наведено начелно постављено правило није увек применљиво, прикладно ни довољно када је реч о неким другим стварним правима, па смо мишљења да на њему треба још поради и детаљније га разрадити како би могло да буде примењено. У том смислу, требало би имати у виду и већ поменути Водич ФАО УН⁵⁴ који овом питању у контексту руралне комасације посвећује велику пажњу, дајући препоруке у погледу поступања са сваким од ограничених стварних права понаособ – што је применљиво и на урбану комасацију. Његова начелна препорука је да законом треба најпре предвидети механизме којима би поштовање стварних права трећих лица на одузетим парцелама било осигурано, а ако то није могуће, па она морају престати, треба обезбедити накнаду титулару за претрпљени губитак. У Водичу ФАО УН су затим изнети конкретни предлози за уређење правне судбине сваког од тих права, које ћемо приказати и анализирати.

А) Ако је комасирана парцела била оптерећена *хипотеком*, препорука је да законом буде предвиђено њено преношење на нову парцелу која је додељена власнику (хипотекарном дужнику) и то без сагласности хипотекарног повериоца; с тим да вредност нове парцеле не сме бити нижа од вредности одузете и да нема других негативних утицаја на интересе хипотекарног повериоца. Та препорука значи да хипотека код комасације не прати парцелу, већ њеног власника и да се она „релоцира“ уз надзор органа који спроводи комасацију и у складу са начелом да је хипотекарном повериоцу „макар исто толико добро као што је било“ – како се наводи у Водичу ФАО УН.⁵⁵ Оваква законска реална суброгација је код нас већ предвиђена и за ситуацију када је експропријациона накнада у натури,⁵⁶ а пошто је код урбане

⁵² Вид. чл. 1086 ЗПИ.

⁵³ Т. Вершинскас *et al.*, 122.

⁵⁴ Вид. Т. Вершинскас *et al.*, 122–124.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Више о експропријационој накнади вид. Д. Стојановић, „Експропријација и правична накнада“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1970; Р. Јелић, *Експропријација – појам, елементи, теорија и пракса*, Београд 2009; Н. Планојевић, „Експропријација као предуслов за пружање услуга од општег интереса“, *Зборник радова*

комасације новоформирана парцела увек веће вредности од одузете без обзира на мању површину – мишљења смо да је у овом контексту одређење српског законодавца за овакво решење адекватно и применљиво.

Б) Што се тиче *стварних службености*, према Водичу ФАО УН⁵⁷ њихова судбина треба да зависи од врсте службености и конкретне ситуације, јер неке службености након расподеле комасационе масе више неће бити потребне, друге ће и нови власник парцеле морати да поштује (посебно тзв. *нужне службености*), а на неким парцелама ће бити установљене и нове, дотад непостојеће службености (што зависи од ситуације на повласном добру).

У вези *личних службености* препорука из Водича ФАО УН⁵⁸ је да законодавци треба да предвиде њихово укидање на парцели коју су оптерећивале као правило, уз могућност њиховог поновног конституисања на новодедељеној парцели, ако то титулари желе.

Мишљења смо да су обе препоруке из Водича ФАО УН прихватљиве за српско право, јер су у складу са природом ових стварних права. Остаје једино отворено питање накнада – како новим власницима послужних добара, који уместо парцеле која није добијају парцелу која јесте оптерећена стварном службеношћу; тако и питање накнаде титулару личне службености, за кога њено конституисање на новој парцели не буде прихватљиво; и ко треба да накнаду плати. Пошто се ова питања могу решити на различите начине, сматрамо да би било пожељно уредити их и постојеће прописе допунити, како у пракси не би било недоумица.

В) Пошто се земљиште које је предмет комасације може користити и по основу закупа, Водич ФАО УН⁵⁹ његовој судбини при спровођењу комасације поклања посебну пажњу. Он прави разлику између: *краткорочног закупа* до 2 године, чије би истицање требало сачекати пре одузимања парцеле (посебно ако је реч о парцели која мења намену из пољопривредне у грађевинску); и *дугорочног закупа*, кога при комасацији треба поштовати или бар о његовој судбини преговарати уз учешће старог и новог власника парцеле и закупца. Сматра се да би требало наћи начин да дугорочни закупци буду укључени у

међународног научног скупа „Правна регулатива услуга у националним законодавствима и праву Европске уније“ (ур. Д. Вујисић), Крагујевац 2023, 269–286; Н. Планојевић, „Експропријација у грађанском праву“, *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа*, Зборник радова са Саветовања правника (ур. М. Орлић), Београд 2023.

⁵⁷ Т. Вершинскас *et al.*, 122–123.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, 72.

планирање расподеле комасационе масе – што захтева стабилан и функционалан систем закупа у једној држави. Ако није тако, од закупаца се може тражити да поштују одлуку власника земљишта и наставе закуп на новим парцелама; или да добију накнаду за раскид закупа, коју треба да плати тренутни власник земљишта. Мишљења смо да би процену о прихватљивости овог решења у српском праву требало направити након утврђивања у којој је мери дугорочни закуп земљишта код нас распрострањен.

Г) Коначно, према Водичу ФАО УН⁶⁰ код *права прече куповине* би требало направити разлику између законске прече куповине, чије би укидање требало предвидети ако онемогућава реализацију комасације; и уговорног права прече куповине, које се мора поштовати, па планирање расподеле парцела треба извршити у складу са њим или настојати да дође до његовог споразумног укидање – што сматрамо адекватним препорукама прихватљивим и за будуће српско право.

2. *Правно дејство забележбе о спровођењу урбане комасације.* Још једно од правних дејстава урбане комасације наступа када се у евиденцију права на непокретностима упише забележба о њеном спровођењу, након чега су промене на комасационом подручју могуће само уз сагласност комасационе комисије.⁶¹ Пошто комасација може трајати годинама, ово решење, које уз то није прецизно разрађено,⁶² у правној теорији оправдано је критиковано⁶³ као непотребно ограничење располагања парцелама или одлагање инвестирања у њих; уз став да би било боље прописати обавезу обавештавања комисије о евентуалним променама, уместо тражења њене сагласности – са чим се морамо сложити. Ово тим пре, јер неке промене (попут наслеђивања парцела, оригинарних стицања итд.) не могу зависити од сагласности комисије.

7. ЗАКЉУЧАК

Мишљења смо да је урбана комасација користан институт са вишеструко позитивним утицајем на територију и друштво, који треба да постоји у правном систему сваке државе. Закључили бисмо да је он у српском праву у начелу адекватно уређен, мада постоје одређена питања у вези урбане комасације која би могла бити и другачије решена.

⁶⁰ *Ibid.*, 124.

⁶¹ Вид. чл. 108, ст. 3 и 5 ЗПИ.

⁶² Није прописан рок ни критеријум за давање или ускраћивање сагласности, као ни много других детаља.

⁶³ И. Тухтан Гргић, 636–637.

Урбану комасацију би у српском праву најпре требало знатно обимније и детаљније уредити посебним законом, јер је њена садашња регулатива у оквиру Закона о планирању и изградњи са свега 5 чланова недовољна. То би допринело и систематичнијем уређивању овог института и бољем разумевању његовог концепта, а олакшало би и уношењу измена у ту регулативу, која по природи ствари захтева непрестано усавршавање.

Законодавац је исправно дефинисао циљеве урбане комасације и разлоге који условљавају њену примену, па по том питању није остављен простор за дилеме, што је за праксу од посебног значаја.

Циљеви урбане комасације су тако постављени, да је она не само инструмент јавног грађевинског права са примарном функцијом урбанизације и уређења грађевинског земљишта, већ и економска, планска, организациона и правна мера, са бројним позитивним ефектима на које је у раду указано.

Основни облик урбане комасације у правном систему Србије је обавезна комасација, која представља принудну меру државе. То је у супротности са препоруком из Водича ФАО УН да примарни облик комасације треба да буде добровољна или бар већински усаглашена комасација, па би ради остварења тог циља требало радити на популаризацији овог института.

Примарно дејство урбане комасације је стварноправне природе и исправно је одређено као одузимање својине власницима катастарских парцела на одређеном подручју; уз накнаду у натури, тј. додељивањем у својину нових парцела истим лицима, која испуњавају услове за грађевинску парцелу. Судбина других стварних права на урбаном комасацијом обухваћеним парцелама је, за разлику од руралне комасације, у српском праву начелно уређена; али смо мишљења да би постојеће решење требало разрадити, јер није применљиво на све ситуације које би у пракси могле настати. Овој материји Водич ФАО УН посвећује велику пажњу, дајући препоруке у погледу поступања са сваким од тих права понаособ – што би требало инкорпорисати у српске прописе.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Илија, Јотановић, Раденко, *Грађанско право*, књ. 2 – Стварно право, Бања Лука 2020;
2. Васиљевић, Душан, Радуловић, Бранко, Бабовић, Марија, Тодоровић, Саша, *Комасација као неискоришћени потенцијал: ефекти*

- примене, препреке и могући значај комасације пољопривредног земљишта у Србији*, Београд 2018;
3. Вершинкас, Томас, Видар, Маргрет, Хартвигсен, Мортен, Митић Арсова, Кристина, ван Холст, Франк, Горган, Максим, *Правни водич за комасацију – На основу регулаторних пракси у Европи*, Београд 2022;
 4. Вулић, Мирјана, „Урбана комасација“, *Правни живот* 10/2011;
 5. Вулић, Мирјана, „Експропријација и урбана комасација – сличности и разлике“, *Правни живот* 10/2014;
 6. *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд 1978;
 7. Јелић, Рајко, *Експропријација – појам, елементи, теорија и пракса*, Београд 2009;
 8. Ковачевић Куштримовић, Радмила, Лазић, Мирослав, *Стварно право*, Ниш 2004;
 9. Лазић, Мирослав „Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 76/2017;
 10. Мацановић, Драган, „Катастар и потребе за комасацијом у Републици Српској“, *Техника – наше грађевинарство* 4/2019;
 11. Планојевић, Нина, *Стварно право у пракси*, Крагујевац 2012;
 12. Планојевић, Нина, „Експропријација као предуслов за пружање услуга од општег интереса“, *Зборник радова међународног научног скупа „Правна регулатива услуга у националним законодавствима и праву Европске уније“* (ур. Д. Вујисић), Крагујевац 2023;
 13. Планојевић, Нина, „Експропријација у грађанском праву“, „Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа“, *Зборник радова са Саветовања правника* (ур. М. Орлић), Београд 2023;
 14. Планојевић, Нина, „Урбана комасација: европски институт у српском праву“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), књ. 11, Крагујевац 2023;
 15. Планојевић, Нина, „Прилог реafirмацији руралне комасације“, *Међународни правни односи и правда, зборник радова 36. сусрета Копаоничке школе природног права – Слободан Перовић*, Копаоник, 13–17. децембар 2023 (ур. Ј. С. Перовић Вујачић), том 2, Београд 2023;
 16. Планојевић, Нина, „Прилог популаризацији урбане комасације“, „Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа“, *Зборник радова са Саветовања правника* (ур. М. Орлић), Београд 2024;
 17. Рашовић, Зоран, *Право својине*, Подгорица 2024;
 18. Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Београд 1999;
 19. Стојановић, Драгољуб, „Експропријација и правична накнада“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1970;
 20. Стојановић, Драгољуб, *Стварно право*, Београд 1980;

21. Тухтан Гргић, Ива, „Ограничења права власништва у поступку урбане комасације“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 1/2011;
22. Шошкић, Младен, Михајловић, Рајица, Вишњевац, Ненад, Марошан, Стеван, „Методологија процене вредности земљишта у процесу урбане комасације“, *Наука + пракса* 24/2021;
23. Шошкић, Младен, Геодезија у просторном планирању и урбанизму, Наставна јединица 10: Урбана комасација, https://www.grf.bg.ac.rs/p/learning/urbana_komasacija_1481378903314.pdf.

Full Professor Nina Planojević, LL.D.

Faculty of Law, University of Kragujevac

LEGAL EFFECTS AND FUNCTIONS OF URBAN RE-PARCELLATION

Summary

Unlike rural re-parcellation, urban re-parcellation represents a form of a new institute that is unknown to most of the countries in our region. Despite its successful implementation in Europe for over a century, only three countries have introduced urban re-parcellation: Slovenia, Croatia, and Serbia. Since this is a new institute, our primary objective is to make an overview and analysis of Serbian solutions in relation to urban re-parcellation in order to better inform the legal public about key elements, effects, and importance of this European institute. The further purpose of our paper is to contribute to the popularization of urban re-parcellation, by providing a reminder of its reasons and existence, as well as highlighting the shortcomings in its regulations. This information could be beneficial for countries planning to introduce re-parcellation.

Key words: *Re-parcellation; Urban re-parcellation; Effects of urban re-parcellation; Functions of urban re-parcellation.*

Full Professor Tina Przheska, LL.D.
Teaching Assistant Tea Lalevska, LL.M.

Faculty of Law Iustinianus Primus, “Ss. Cyril and Methodius”
University in Skopje, North Macedonia

THE LEGAL GAPS IN REGULATING THE RIGHT OF PLEDGE IN THE MACEDONIAN PROPERTY LAW

The right of pledge in the Macedonian legal system is a right in rem regulated by the basic Law on Ownership and Other Real Rights and several special laws such as the Law on Securing of Claims, the Law on Contract Pledge, the Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic, and others. Even though numerous laws regulate the right of pledge, there are still important issues that are underregulated or unregulated. This paper aims to analyze the existing regulation regarding the right of pledge in the Macedonian property law and to pinpoint the legal gaps in that regulation that caused problems in acquiring and exercising the right of pledge in legal practice. By analyzing the causes and effects of the existing legal gaps, the paper demonstrates the scope of the problem and suggests possible ways to address and overcome it. As the paper will demonstrate, overcoming the problem of the existing legal gaps in the regulation of the right of pledge will require revising and amending all the laws regulating the right of pledge so that a complete, comprehensive, and harmonized regulation can be created.

Key words: Property law; Rights in rem; Pledge; Mortgage; Legal gaps.

1. INTRODUCTION

Real securities have an important role in securing claims arriving from obligations in the Macedonian legal system. Creditors prefer to use real securities, instead of guarantees because they consider real securities to be more effective in securing claims. The main advantage of real securities

Tina Przheska, t.przeska@pf.ukim.edu.mk, ORCID 0000-0002-3476-2789.
Tea Lalevska, t.lalevska@pf.ukim.edu.mk, ORCID 0009-0000-8899-0958.

over guarantees is that real securities encumber a particular part of the property of the debtor or of a third party that has agreed to give security for the debt of another. Usually, the encumbered part of the property is a tangible thing (chattel or real estate) that has an estimated market value which can be used to pay the claim of the creditor in case of default on the part of the debtor. The value of the encumbered part of the property can be used to pay the secured claim regardless of the change in ownership since the real security is, in a sense, tied to the encumbered part of the property, and not to the particular owner that has agreed for his or her part of the property to be encumbered. Guarantees, on the other hand, include the entire property of the person giving the guarantee. However, since the guarantee is tied to the person, and not to a particular part of his or her property, there is always the risk that the value of the person's property may not suffice for the payment of the secured claim. One must consider that a person's property is fluid in the sense that it increases or decreases over time and as a result, it may become insufficient in value for payment of the secured claims. Another important advantage of real securities over guarantees is the fact that real securities can be used for payment of claims for which the limitation period has expired (extinctive prescription). This is possible because the rights that represent real securities are not subject to a statute of limitation. However, if the real security is used for discharging a claim over the limitation period, the Macedonian Law on Obligations states that the claim can be discharged only if the real security is registered in public records, or if the creditor is in possession of the object of the real security (Art. 357(1)). The Law on Obligations also states that when the limitation period has expired only the principal claim can be discharged, but not the interests of other additional claims (Art. 357(2)). Even with this legal limitation, the advantages of real securities over guarantees are self-evident.

In the Macedonian legal system, the right of pledge and the fiduciary transfer of ownership are regulated as types of real securities. However, in legal practice, creditors regularly use the right of pledge and avoid fiduciary transfer of ownership. This is most likely because there is more regulation on the right of pledge, than on the fiduciary transfer of ownership. For example, the right of pledge is regulated by the basic Law on Ownership and Other Real Rights (Law on Ownership), and with other special laws as well, such as the Law on Contract Pledge, the Law on Securing of Claims, the Law on Inland Sailing, the Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic and other. The fiduciary transfer of ownership is, on the other hand, regulated by only one provision in the Law on Ownership stating that the provisions pertaining to the right of pledge will be applied accordingly for the fiduciary transfer of ownership (Art. 225 (3)). There are also a few provisions regulating the fiduciary transfer of ownership in the Law on

Securing of Claims which are insufficient to enable realization of the fiduciary transfer of ownership as a real security in practice.

Considering the relevance of the right of pledge as a real security in the Macedonian legal system, in the text that follows we will analyze its regulation, the legal gaps in that regulation that need to be addressed and the possible solutions in overcoming the problem of lack of regulation or underregulation of the right of pledge.

2. THE REGULATION OF THE RIGHT OF PLEDGE IN THE MACEDONIAN PROPERTY LAW

The right of pledge is regulated by the Law on Ownership as a type of right in rem (real right). The Law contains in total ten provisions about the right of pledge (Art. 225–235). As for the special laws, they regulate particular types of pledges. Contract pledge is regulated by the Law on Contract Pledge. The Law on Contract Pledge regulates two types of contract pledges – pawn and mortgage. Judicial pledge is regulated by the Law on Securing of Claims. Similar to the Law on Contract Pledge, the Law on Securing of Claims regulates two types of judicial pledges – pawn and mortgage. The Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic regulates the contract pledge and the legal pledge on aircrafts, and the Law on Inland Sailing regulates the contract pledge and legal pledge on boats. As for the legal pledge, this type of pledge is also regulated by many other special laws such as the Law on Obligations (Art. 647, 735, 792, 819, 842, etc.), the Law on State Tax Proceedings (Art. 134), the Law on Protection of Cultural Heritage (Art. 142) and other special laws.

Even though many laws regulate the right of pledge, the regulation for the most part is incomplete and contains legal gaps that compromise not only the effective exercise of the right of pledge of the pledge creditor but also the rights of the pledge debtor, and the rights of other involved parties.

2.1. The right of pledge in the Law on Ownership

As it was stated, the basic Law on Ownership regulates the right of pledge as a right in rem. The few provisions about the right of pledge that are found in the Law, define the right of pledge and determine what can be the object of pledge, which claims can be secured by pledge, the types of pledge, and some of the main characteristics of the right of pledge.

- When defining the right of pledge, the Law on Ownership highlights its legal nature as a right in rem and its function as real security stating that:

“The right of pledge is a right in rem over a thing belonging to another that secures the claim of the pledge creditor by pledging the thing or a right in favour of the pledge creditor who is authorized to dispose of the pledged object upon default on part of the debtor by asking the payment of the secured claim from the value of the pledged object, with priority before the creditors that have no pledge over the property of the pledge debtor, as well as before the pledge creditors that have acquired the right of pledge over the same object at a later time, regardless of the change in ownership over the pledged object.”(Art. 225 (1)).

- Regarding the object of the right of pledge, the Law on Ownership states that it may be a thing or a right belonging to another (228 (1)). According to the Law on Ownership things (chattel or real estate) are eligible to be the object of the right of pledge if they are marketable (Art. 229 (2)). It is also stated in the Law that an individual share in ownership over a thing can be pledged without giving any guidelines on how individual shares can be pledged, which means that the provision is proclamatory and lacking in substance. The Law on Ownership also has no provision regarding which rights are eligible to be pledged.

We consider that determining what can be the object of the right of pledge is a matter that needs to be regulated by the basic Law on Ownership, and such provisions should be generally applicable for all types of pledges, even those regulated by special laws. The provisions regulating the object of the right of pledge should determine the basic conditions that make a thing or a right eligible to be the object of the right of pledge. These basic conditions have already been identified by scholars. According to scholars, things are eligible to be the object of the right of pledge if they are tangible, marketable, specified, and if there are no legal impediments that exclude the pledging of certain things. Some scholars define the basic conditions that make a thing eligible to be the object of the right of pledge as the “basic capacity of the pledged object”. Since there are significant differences between things and rights as objects of the right of pledge, the basic conditions that make a thing eligible to be pledged cannot apply regarding the eligibility of rights that can be pledged. According to scholars, rights are eligible to be pledged if they have monetary value, if they belong to the pledge debtor, if they are transferable, and if the pledge debtor can freely dispose of those rights. Future amendments to the Law on Ownership should include this basic condition in the scope of the regulation pertaining to the right of pledge. These kinds of provisions will be instrumental for legal practitioners to be able to correctly assert which things and which rights can be pledged.

- Regarding claims that can be secured with the right of pledge the Law on Ownership states that those claims can be existing claims, future

claims, claims under conditions and time limits. The Law, however, does not specify the nature of the claims that can be secured with the right of pledge. Scholars consider that only claims that fulfil the following conditions can be secured with the right of pledge: if it is monetary, or expressed in monetary value, if it is determined, or can be determined, if it is valid and if it belongs to the pledge creditor. When future claims are secured with the right of pledge it needs to be stated in the Law that the future claim is secured up to its determined maximal value. If the secured future claim does not reach the determined maximal value, only its actual value can be discharged from the value of the pledged object, and if the future claim surpasses the determined maximal value, it can only be discharged from the value of the pledged object up to its determined maximal value. If there is a precise provision regarding the securing of future claims with the right of pledge, then there will be no dilemma among practitioners on how to proceed when future claims are secured.

- The Law on Ownership also contains a provision determining the types of the right of pledge. According to the provision of the Law, there are three types of pledges: the legal pledge, the contract pledge and the judicial pledge. According to the provisions of the Law on Ownership the legal pledge is acquired under conditions determined by law, the contract pledge is acquired based on a pledge contract, and the judicial pledge is acquired by a court decision (Art. 226). The Law does not go further in regulating how these types of pledges can be acquired. The detailed regulation of the manner and conditions for acquiring the different types of pledges are left to the special laws primarily the Law on Contract Pledge and the Law on Securing of Claims. Needless to say, there is no special law regulating the basic conditions for acquiring a legal pledge. The legal pledge is regulated by different laws, all determining different conditions for acquiring this type of pledge. Due to the variety of conditions under which the legal pledge can be acquired, sometimes practitioners fail to ascertain that a particular law regulates a legal pledge. One such example is the Law on Enforcement which states that the creditor acquires a right of pledge over the debtor's things at the moment when those things are entered into inventory by the enforcement officer (Art. 101(1)). Legal practitioners assume that the right of pledge is established by the act of the enforcement officer, however, that is an erroneous conclusion. Although it is not clearly stated in the provision of the Law on Enforcement that a legal pledge is acquired once the enforcement officer takes inventory, that is implied, since the right of the pledge cannot be acquired by an act of government body or other type of public authority. Considering the request for public authorities to be given the power to establish a compulsory right of

pledge, we have to advise against it. The compulsory establishment of the right of pledge should be a matter of law or the result of a court decision.

According to the Law of Ownership, the right of pledge could be established as an encumbrance of several things together (Art. 229 (1)). This proclamatory provision means that the Law of Ownership recognizes the simultaneous right of pledge, as a right of pledge over several objects used for securing a single claim. However, it does not regulate it any further. Some provisions regarding the simultaneous pledge are found in special laws, such as the Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic, however, those provisions have limited application. The manner and conditions for acquiring simultaneous pledge should be regulated by the Law on Ownership, and they should apply to all types of pledges. The regulation on simultaneous pledge should include provisions regulating how the right is acquired and registered in the public records, and also how it will be realized in case of default on the part of the debtor. In practice, there are cases when the right of pledge has been established as an encumbrance over several things for securing a single claim. However, since there were no special provisions on how the existence of a simultaneous pledge could be made public, every object of the right of pledge had to be considered separately during the enforcement of the right of pledge which defeats the purpose of the existence of simultaneous pledge.

The Law on Ownership also allows for the pledge creditor to sub-pledge his or her right of pledge (Art. 230 (3)). Again, the Law on Ownership does not specify the condition under which the pledge creditor can sub-pledge his or her right of pledge, nor does it regulate how this sub-pledge right can be enforced in case of default on the part of the pledge creditor. The lack of precise provisions can lead to arbitrary behaviour on the part of the pledge creditor which in return can result in infringement of the rights of the sub-creditor, and the pledge debtor.

In the Law of Ownership, there are no provisions regulating the rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor and their protection. The Law only states that any natural or legal person can be a pledge creditor, or a pledge debtor in the scope of their legal capacity (Art. 227). The protection of the right of pledge as a right in rem, and also the protection of the rights of the pledge debtor need to be regulated by the Law on Ownership and they need to be applicable for all types of pledges.

The Law on Ownership also lacks provisions regulating the protection of the right of pledge as a right in rem, and provisions regulating the manner of termination of the right of pledge. This is one of the bigger legal gaps because not all special laws regulate the termination of the right of pledge. Only the Law on Contract Pledge contains provisions regarding the different ways that a right of pledge can be terminated, but there is no reg-

ulation on how a legal or judicial pledge can be terminated. Practitioners use the provisions for termination of the right of pledge found in the Law on Contract Pledge as guidelines when determining the termination of other types of pledges, which is not an ideal solution.

By analyzing the provisions about the right of pledge found in the basic Law on Ownership we can conclude that the right of pledge in the basic law is under-regulated. The Law needs to be amended, and the right of pledge as a right in rem needs to be closely regulated by this basic law. By closely regulating the right of pledge in the basic Law of Ownership the legislator will unequivocally establish this right as a singular property law institute. In that case, the existence of different types of pledges regulated by different special laws will not put in question the legal nature of the right of pledge as a right in rem. Furthermore, if the right of pledge is closely regulated by the basic Law on Ownership, there will be no need for so many special laws that exist to closely regulate particular types of pledges and cohesion of the regulation will be achieved.

2.2. The right of pledge in the Law on Contract Pledge

The Law on Contract Pledge was passed in 2003 so that the two special laws regulating the right of contract pledge can be incorporated into a single legal text. Before the enforcement of the Law on Contract Pledge the contract pledge on chattels and rights was regulated by the Law on Contract Pledge on Movable Things and Rights of 1998, and the contract mortgage was regulated by the Law on Contract Mortgage of 2000. The existence of two special laws was not in line with the intention of the legislator to treat the right of pledge as a singular right in rem, and not a right that has a dual nature where the pledge on movable things – the pawn is considered an obligation, and the mortgage is considered as a right in rem. The consolidation of the two separate laws into a single legal text – the Law on Contract Pledge was a significant step toward regulating the right of pledge as a singular right in rem. Although the Law on Contract Pledge was a significant improvement in the regulation of the contract pledge, this Law has many shortcomings and legal gaps that make its implementation in practice somewhat problematic.

In the Law on Contract Pledge, the right of contract pledge is defined to be a real security, with no mention of its nature as a right in rem. However, this does not put into question the legal nature of the right of pledge since it is defined as a right in rem by the basic Law on Ownership. There are two types of contract pledges according to the Law on Contract Pledge – pawn as a pledge on movable things and rights and mortgage as a pledge on immovable things (real estate) (Art. 4). Same as the basic Law on Own-

ership, the Law on Contract Pledge also mentions the possibility of establishing simultaneous pledge, but there is no further regulation on the matter. The Law on Contract Pledge also recognizes the right of the pledge creditor to sub-pledge his or her right of pledge (Art. 10 (2)). Unlike the basic Law on Ownership, the Law on Contract Pledge determines that the sub-pledge can be used for securing a claim of the sub-pledge creditor no greater than the value of the claim of the pledge creditor (Art. 25). The Law also states that the pledge debtor is not to discharge the secured claim of the pledge creditor without the consent of the sub-pledge creditor once he or she has been informed that a sub-pledge has been established (Art. 25 (3)). In all other matters regarding the sub-pledge the provisions regulating the right of contract pledge are to be applied accordingly (Art. 25 (4)).

Regarding the conditions for establishing the right of contract (pawn and mortgage) the Law on Contract Pledge is more precise than the Law on Ownership. According to the Law on Contract Pledge, the two prerequisites for establishing the right of contract pledge are the existence of a claim eligible to be secured with the pledge and having a thing or a right eligible to be the object of the pledge. Regarding the secured claim as the first prerequisite, the Law states that it must be a claim that is either monetary or expressed in monetary value (Art. 2 (1), Art. 2), it has to be determined (Art. 2 (4)), it must belong to the pledge creditor (Art. 2 (1), Art. 13 (3)) and it must be valid. The Law also states that future claims and claims under condition could be secured by contract pledge (Art. 8), but does not regulate how the value of the claim is determined in such cases. As we have stated previously, this is an issue that needs to be addressed in amendments to the basic Law on Ownership, and as such should be applicable for all types of pledges. Regarding the second prerequisite – the eligibility of things and rights as objects of pledge the Law on Contract Pledge states that a thing is eligible to be an object of pledge if: it is owned by the pledge debtor (Art. 10 (1)), it is marketable (Art. 10 (1) and it is specified (Art. 23 (1)). As for the eligibility of rights to be the object of pledge the Law on Contract Pledge does not prescribe any general conditions, but instead gives examples of rights that may be an object of pledge like claims and intellectual property rights (Art. 16).

One of the most problematic issues regarding the object of the right of pledge is the pledging of so-called "future things". The Law on Contract Pledge only proclaims that future things can be pledged, but does not define what "future things" are, nor does it regulate the manner of pledging future things (Art. 7 (1)). In practice, the provision of Article 7 (1) of the Law on Contract Pledge is cited as a legal base for mortgaging buildings under construction as future things.

Establishing rights in rem on "future things", including the right of pledge, is debatable among scholars. As scholars point out, establishing rights in rem on future things is virtually impossible since all rights in rem require a tangible thing as an object so that the rights can be effectively exercised – you cannot live in a house that hasn't been built yet, you cannot drive a car that hasn't been made yet etc. The arguments given by scholars are completely justified. The concept of "future thing" is incompatible with the nature of the rights in rem (including the right of pledge) because those rights are exercised directly on the object of such rights, which is a tangible and specified thing. Right in rem cannot be exercised on unspecified things or non-existing things. However, a priority can be granted in acquiring rights in rem on future things. What this means is that a pledge creditor cannot obtain a mortgage on a building under construction. Still, while the building is under construction he or she can be afforded priority in registering the mortgage over the building once the construction process is finished and the building is registered in the real estate cadaster. Consequently, if the mortgage can't be established before the construction is completed, the mortgage creditor cannot ask for enforcement of the mortgage while the building is under construction even if the debtor has defaulted in payment of the secured claim.

The rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor regarding the established right of contractual pledge are regulated by the Law on Contract Pledge. According to the Law on Contract Pledge, the pledge creditor has the right to oversee the condition of the pledged object, to demand that the pledge debtor ensures the preservation of the value of the pledged object, to demand any damages on the pledged object to be removed, to establish sub-pledge without the consent of the pledge debtor, and to demand enforcement of the pledge right in case the pledge debtor devaluates the pledge object or undertakes any action that might infringe upon the rights of the pledge creditor. The Law on Contract Pledge also imposes some duties for the pledge creditors. Such duties are the duty to care for the pledge object in his or her possession, to give the fruits and other benefits from the pledge object to the pledge debtor, and to return the pledged object to the pledge debtor once the secured claim has been discharged. Notably, the pledge creditor has law-imposed duties only when the pledged object is in his or her possession (possessory pawn). The rights of the pledge debtor, correlate with the duties of the pledge creditor, while the duties of the pledge debtor correlate with the rights of the pledge creditor. Needless to say, the pledge debtor has fewer rights than the pledge creditor and more duties imposed by the Law on Contract Pledge. It is also notable that the Law on Contract Pledge regulates specific types of protection for the rights of the pledge creditor, but has no provisions regarding

the protection of the rights of the pledge debtor. This causes a disproportion in the amount of legal protection afforded to the pledge creditor vis-à-vis the protection of the rights of the pledge debtor, and thus violates the principle of equality, or more precisely the principle of equality of arms. The Law on Contract Pledge also fails to provide adequate protection for the pledge debtor as the weaker party in this legal relationship. For example, the Law stipulates that the contract pledge can encumber all assets of the pledge debtor, including future assets unless it is otherwise determined in the pledge contract (Art. 23 (4)). This provision gives vast authority to the pledge creditor to encumber all assets of the pledge debtor, and by doing so to compromise the ability of the pledge debtor to fulfil his obligations vis-à-vis third parties. This provision is also contrary to the nature of the right of pledge as a real security. Real securities always encumber a particular part of the debtor's property, not his or her entire assets. To our opinion, this provision should be removed from the Law of Contract Pledge. Another example of unjust provisions are the provisions regarding the fruits of the pledged object. According to one provision of the Law on Contract Pledge the fruits of the pledged object belong to the pledge debtor, unless it is otherwise determined by the pledge contract (Art. 27 (2)). That is so until a proceeding for enforcement of the right of pledge is initiated. According to the Law on Contract Pledge, from that moment on, the fruits are considered to be pledged as well (Art. 27 (3)). To our opinion, this is not justified because the fruits are not initially encumbered with the right of pledge, only the fruit-giving thing is. This is why the pledge debtor is free to collect the fruits and to use and dispose of them in any way he deems fit. Why should that change once the enforcement proceedings are initiated? Until the enforcement proceedings are finalized, the pledge debtor remains the owner of the pledge object and as its owner has the right to collect the fruits of what he owns according to the Law on Ownership. The rights of the pledge creditor are in no way infringed if the pledge debtor collects the fruits of the pledged object even during the enforcement proceedings since the pledge creditor only has a pledge over the fruit-giving thing, but not its fruits. These provisions promote favouritism regarding the rights and interests of the pledge creditor at the expense of the rights of the pledge debtor, who is being put in an extremely unfavourable position. Another example of favouritism regarding the rights and interests of the pledge creditor is the provision of the Law on Contract Pledge that enables the pledge creditor to continue the enforcement proceeding against the remaining assets of the pledge debtor if the sale price of the pledged object was not sufficient to fully discharge the secured claim (Art. 69 (3)). This is unjust for the pledge debtor because the claim is secured only up to the value of the pledged object, the pledge debtor does not secure the claim with his or her entire estate, especially if the pledge debtor is a third party

that has agreed to give a particular part of his or her property for securing a debt of another. The rights of other creditor can also be infringed if this provision is enforced. The right of pledge provides priority to the pledge creditor so that he or she can discharge the secured claim from the value of the pledged object before all other creditors with no pledge rights over that particular object and before pledge creditors that have acquired pledge rights over the same object at a later time. Once the right of pledge is executed and the pledged object sold, the right of pledge in favour of the pledge creditor is terminated. Giving the pledge creditor priority after the right of pledge has been terminated is unjustified and infringes on the rights of the other creditors of the pledge debtor.

Concerning the termination of the right of pledge, the Law on Contract Pledge is the only law that contains precise provisions regarding how the right of contract pledge can be terminated. According to the Law on Contract Pledge, the right of pledge is terminated by loss of possession (in case of a possessory pawn), if the secured claim is paid or terminated in other ways, by renouncing the right of pledge on the part of the pledge creditor, by consolidation (when the same person becomes both pledge creditor and pledge debtor), by the destruction of the pledged object (unless it was insured), when the pledge creditor was a legal entity that ceased to exist and has no successors, by the dissolution of the pledge contract, upon expiration of a deadline (only in regard of a pawn), by fulfilment of a condition, by execution of the pledge right and in other cases determined by law (Art. 41). We note that most of the ways that a right of contract pledge can be terminated are generally applicable to all types of pledges. However, it is necessary for the issue regarding the termination of the right of pledge to be regulated by the basic law, and not by special laws.

2.3. The right of pledge in the Law on Securing of Claims

The Law on Securing of Claims regulates the judicial pledge as a right of pledge established as compulsory by the courts (Art. 4 (4)).

According to the Law, the judicial pledge can be established on movable and immovable things belonging to the debtor (Art. 6). Judicial pledge can also be established on things treated as immovables, such as boats and aircraft.

Unlike the contract pledge that can be established on the part of the property belonging to a third person who has agreed to pledge a particular part of his or her property for the debt of another, a judicial pledge can be established only over an object owned by the debtor (Art. 12, Art. 17). Judicial pledge cannot be established on things that are exempt from enforcement (Art. 10).

The judicial pledge is established based on a court decision rendered by the courts in proceedings for securing claims. However, the judicial pledge also needs to be registered in public records. Registration of the judicial pledge in public records is necessary for publicity purposes and for establishing priority between pledge rights encumbering the same object.

This Law does not have any provisions determining the nature, characteristics, types and other matters regarding the right of pledge, which is not to be considered a shortcoming of the Law on Securing of Claims, since these matters need to be regulated by the basic Law on Ownership.

2.4. The right of pledge in the Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic

The Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic contains provisions for establishing the right of contract or legal pledge over aircrafts. While analyzing the provisions of this Law we note that the Law does not offer any solutions that are exclusively applicable to aircraft as an object of pledge, thus we conclude that there isn't any need for these special provisions.

2.5. The right of pledge in the Law on Inland Sailing

The Law on Inland Sailing, similar to the Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic, regulates the right of pledge on boats, without offering any legal solutions exclusively applicable to boats as object of pledge. We consider that it would be beneficial for the cohesion of the legal system if repetitive provisions regulating the right of pledge are removed from the special laws.

3. CONCLUSION

In the Macedonian legal system, creditors prefer to use real securities, instead of guarantees because they consider real securities to be more effective in securing claims, which is why real securities play an important role in property law relations.

Types of real securities regulated by Macedonian property law are the right of pledge and the fiduciary transfer of ownership. In legal practice, creditors regularly use the right of pledge and avoid fiduciary transfer of ownership because there is more regulation on the right of pledge, than on the fiduciary transfer of ownership.

The right of pledge is regulated by the Law on Ownership, the Law on Contract Pledge, the Law on Securing of Claims, the Law on Obligations

and Property Relations in Air Traffic, the Law on Inland Sailing, and other special laws.

In the basic Law on Ownership, the right of pledge is under-regulated. There are only ten provisions that are insufficient in addressing important issues such as precise regulation on the conditions and manner of acquiring the right of pledge, rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor, particular provisions for all different types of pledges (legal, judicial, contractual, simultaneous, sub-pledge etc.), and provisions regarding the exercise, protection, and termination of the right of pledge. The Law needs to be amended, and the right of pledge as a right in rem needs to be closely regulated as a singular property law institute. If the right of pledge is closely regulated by the basic Law on Ownership, there will be no need for so many special laws that exist to closely regulate particular types of pledges and cohesion of the regulation will be achieved.

The Law on Contract Pledge is a significant improvement in the regulation of the contract pledge, but it has many shortcomings and legal gaps that make its implementation in practice somewhat problematic. One of the most problematic issues is the pledging of so-called "future things" which the Law on Contract Pledge proclaims as a possibility but does not specifically regulate. Scholars point out that establishing rights in rem on future things is virtually impossible since all rights in rem require a tangible thing as an object so that the rights can be effectively exercised. Right in rem cannot be exercised on unspecified things or non-existing things. However, a priority can be granted in acquiring rights in rem on future things. Another problem is how the Law on Contract Pledge regulates the relationship between the pledge creditor and the pledge debtor, and the relations vis-à-vis third parties. The pledge debtor has fewer rights than the pledge creditor and more duties imposed by the Law on Contract Pledge. There are specific types of protection for the rights of the pledge creditor, but there are no provisions regarding the protection of the rights of the pledge debtor which violates the principle of equality of arms. The Law on Contract Pledge fails to provide adequate protection for the pledge debtor as the weaker party in the legal relationship. Its provisions promote favouritism regarding the rights and interests of the pledge creditor at the expense of the rights of the pledge debtor. There is also favouritism regarding the rights and interests of the pledge creditor vis-à-vis the rights and interests of third parties such as other creditors of the pledge debtor.

The Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic, and the Law on Inland Sailing do not offer any legal solutions exclusively applicable to aircraft or boats as objects of pledge. Therefore, it would be beneficial for the cohesion of the legal system if repetitive provisions regulating the right of pledge are removed from the special laws.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Gavella, Nikola, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Belaj, Vlado, Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo, Svezak drugi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne Novine d.d., Zagreb 2007;
2. Josipović, Tatjana, *Založno pravo na nekretnini, Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Narodne Novine, Zagreb 2005;
3. Kovačević Kuštrimović, Radmila, Lazić, Miroslav, *Stvarno pravo, Zograf*, Niš 2004;
4. Rašović, P. Zoran, *Stvarno pravo*, Beograd 2005;
5. Живковска, Родна, Пржеска, Тина, *Граѓанско право – опит дел*, Европа 92, Скопје 2021;
6. Живковска, Родна, *Стварно право*, Европа 92, Скопје 2005;
7. Пржеска, Тина, *Други стварни права*, Европа 92, Скопје 2024;
8. Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд 2001.

Legal documents

1. Law on Contract Mortgage of 2000, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 59/00, 86/00;
2. Law on Contract Pledge on Movable Things and Rights, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 21/98, 48/99, 86/00;
3. Law on Contract Pledge, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 5/03, 4/05, 87/07, 51/11, 74/12, 92/12, 115/14, 98/15, 215/15, 61/16;
4. Law on Enforcement, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 72/16, 142/16, 233/18;
5. Law on Inland Sailing, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 55/07, 26/09, 22/10, 23/11, 53/11, 155/12, 15/13, 137/13, 163/13, 42/14, 166/14, 146/15, 193/15, 31/16, 64/18, and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 122/21;
6. Law on Obligations and Property Relations in Air Traffic, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 85/08 59/11, 148/11, 10/15, 150/15;
7. Law on Obligations, *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, 220/23;
8. Law on Ownership and Other Real Rights, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 18/01, 31/08, 92/08, 139/09, 35/10;

9. Law on Protection of Cultural Heritage, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 20/04, 71/04, 115/07, 18/11, 148/11, 23/13, 137/13, 164/13, 38/14, 44/14, 199/14, 104/15, 154/15, 192/15, 39/16, 11/18 and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 20/19;
10. Law on Securing of Claims, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 87/07, 37/16;
11. Law on State Tax Proceedings, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 90/07, 145/07, 21/08, 88/08, 59/08, 23/09, 76/09, 105/09, 133/09, 145/10, 171/10, 53/11, 166/11, 39/12, 84/12, 187/13, 15/15, 97/15, 129/15, 154/15, 23/16, 35/18 and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia* No. 275/19, 290/20.

*Проф. др Тина Пржеска, редовни професор
Асистент мр Теа Лалевска*

Правни факултет „Јустинијан Први“,
Универзитет „Ћирило и Методије“, Скопље,
Северна Македонија

ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У РЕГУЛИСАЊУ ПРАВА ЗАЛОГЕ У МАКЕДОНСКОМ СТВАРНОМ ПРАВУ

Сажетак

У македонском правном систему повериоци радије користе стварноправна средства обезбеђења потраживања уместо гаранције, зато што су ефикаснија и имају важну улогу у имовинскоправним односима.

Врсте стварноправних средстава обезбеђења потраживања у македонском стварном праву су право залога и фидуцијарни пренос својине. У правној пракси, повериоци редовно користе право залога и избегавају коришћење фидуцијарног преноса својине јер је право залога детаљније уређено него фидуцијарни пренос својине.

Право залога у македонском правном систему регулисано је Законом о својини и другим стварним правима, Законом о уговорној залози, Законом о обезбеђењу потраживања, Законом о облигационим и стварноправним односима у ваздушном саобраћају, Законом о унутрашњој пловидби и другим.

У општем Закону о својини и другим стварним правима, право залога није довољно регулисано. Наиме, овај закон садржи десет одредаба које нису довољне за решавање важних питања у вези са правом залога (као што су прецизније уређени услови и начини стицања права залога, права и дужности заложног повериоца и заложног

дужника, посебне одредбе за све врсте залога и одредбе о реализацији, заштити и престанку заложног права). Ради овог, потребно је направити измене у Закону, а право залога као стварно право регулисати као јединствен стварноправни институт. Уколико би право залога било ближе регулисано у општем Закону о својини и другим стварним правима, не би било потребе за постојањем толико закона о регулисању различитих врста залога и на тај начин би се успоставила кохезија регулативе.

Доношењем Закона о уговорној залози знатно је побољшано регулисање уговорног залога, али још се уочавају недостаци и правне празнине које донекле његову имплементацију у пракси чине проблематичном. Једно од најпроблематичнијих питања у вези са заложним правом је такозвана „будућа ствар“, коју Закон о уговорном залогу декларише као могућност, али је детаљно не регулише. Научници истичу да је успостављање стварних права на будућим стварима практично немогуће, јер сва стварна права захтевају опипљиву ствар као објекат да би се права могла ефикасно вршити. Стварно право се не може реализовати на неодређеним или непостојећим стварима. Други проблем који настаје је у начину како Закон о уговорној залози регулише односе који настају између заложног повериоца и заложног дужника и односе према трећим лицима. Заложни дужник има мање права од заложног повериоца и више обавеза које намеће Закон о уговорној залози. Постоји неколико врста заштите права заложног повериоца, али не постоје одредбе о заштити права заложног дужника, чиме се крши начело једнакости странака, а тиме и права заложног дужника као слабије стране у правном односу. Види се да одредбе у Закону фаворизују права и интересе заложног повериоца на рачун права заложног дужника, као и да промовишу фаворизацију права и интереса заложног повериоца наспрам права и интереса трећих лица, као што су други повериоци заложног дужника.

Што се тиче Закона о облигационим и стварноправним односима у ваздушном саобраћају и Закона о унутрашњој пловидби, не нуде законско решење које се искључиво примењује на авионе или чамце као предмете заложног права. Стога, за кохезију правног система било би корисно да се из посебних закона уклоне одредбе које се понављају у регулисању заложног права.

Кључне речи: *Стварно право; Залог; Хипотека; Правне празнине.*

Проф. др Дарко Радић
Виши асистент Дејан Пилиповић, ма

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ПОРОДИЧНИ ДОМ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

У оквиру посљедње реформе породичног законодавства у Републици Српској – међу бројним новинама – посебно се истиче институт породичног дома, који је по први пут дио позитивног права. Ријеч је о специфичној правној установи која је настала као резултат потребе да се током трајања потпуне породице, а нарочито у случају њене дисолуције обезбједи адекватна заштита интереса појединих чланова породице – у првом реду дјете. Породични дом као фактор хомогенизације породице и основни елемент њене материјалне базе захтијева посебну регулацију – уз одступања од општих правила имовинског права, чиме се заправо штите појединачни интереси чланова породице и интерес породице као цјелине. С друге стране, престанком брака или заједнице живота супружника проблем породичног дома појављује се као питање од виталног значаја. У том смислу, неопходна је ефикасна заштита првенствено најбољег интереса дјетета, а потом и квалитетно уређење односа између бивших супружника поводом, по правилу, највриједнијег дијела брачне имовине. У упоредном праву предвиђају се различити модели уређења породичног дома, но ипак постоје бројни елементи који су заједнички готово свим модерним законодавствима. Предмет овог рада јесте разматрање института породичног дома у позитивном законодавству Републике Српске, односно његових основних обиљежја и оправданости његове промоције у позитивно право.

Кључне ријечи: Породични дом; Заједничка имовина; Вршење родитељског права; Најбољи интерес дјетета.

1. УВОД

У великом броју европских законодавстава – а у смислу посебне заштите интереса породице, а нарочито малољетне дјеце – предвиђена су посебна правна правила за дом (кућу, стан) у којем живе супружници и њихова дјеца. Ради се о посебном правном институту „породични дом“. У упоредном праву и иностраној литератури користе се различити термини (енг. *family home*, *matrimonial home*, *family house*), односно у преводу породични дом, породична кућа, брачни дом, заједнички дом.¹ У домаћој литератури употребљава се термин породични дом², али и породична кућа.³ Породични дом је стан, стамбена зграда (кућа) или њен дио у којем супружници и њихова дјеца (могуће и други чланови породице) заједнички станују, односно у погледу којег имају интерес за становање у случају престанка брака или заједнице живота.⁴ Поред чињенице да је породични дом конектован са задовољавањем стамбених потреба и интереса породице, јасно је да породични дом у највећем броју случајева представља и највриједнију ствар у брачној имовини, односно у посебној имовини супружника.⁵

Савремени концепт правног уређења института породичног дома, односно његова сврха⁶ захтијева креирање функционалних рјешења кроз специјална правила којима се уређују акти располагања породичним домом, право становања у породичном дому и закуп породичног дома. Ова рјешења, заснована на бројним елементима који су заједнички готово свим модерним законодавствима, треба да буду одговарајућа (и уравнотежена) у случају престанка брака, односно заједнице живота (ван)брачних супружника. Њихов циљ је, што произлази из међународноправних докумената, ефикасна заштита првенствено најбољег интереса дјетета, али и породице, који код овог правног института оправдава ограничење аутономије воље, као и других установа имовинског права. У вези са тим, предмет овог рада јесте

¹ О разноликости термина свједочи нам британско законодавство. Примјера ради, у једном дијелу Породичног закона (*Family Law Act 1996*) помиње се термин *family home*, а у самом тексту чланова који слиједе користи се термин *matrimonial home*.

² Г. Ковачек Станић, *Упоредно породично право*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2002, 43–74.

³ М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Чигоја штампа, Београд 2005, 396.

⁴ Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016, 393.

⁵ Тако и J. Herring, *Family Law*, Pearson – Longman, London 2004, 133.

⁶ У овоме се види оправдање за одређена одступање код установе породичног дома од општих принципа имовинског права.

разматрање института породичног дома у позитивном законодавству Републике Српске, односно његових основних обиљежја и оправданости његове промоције у позитивно право. Циљ је, по први пут, давање приједлога за разјашњење бројних питања у вези са његовим тумачењем и примјеном у појединостима, као и његово теоријско обликовање, што може бити од помоћи и правној пракси, која би требало да да и неке коначне одговоре.

2. УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ

2.1. Француско право

Француско право познаје правну установу „породични дом“, коју чини скуп правила који се означава као „*le logement de la famille*“. Та правила уређују посебан режим управљања и располагања породичним домом током брака, односно садрже специјална рјешења за породични дом у случају одвојеног живота супружника и развода брака. Она се не могу дерогирати предбрачним уговором, јер су дио законског брачног имовинског режима – основни имовински режим (фра. *régime primaire*). Током брака, за пуноважност правног посла којим се породични дом отуђује или оптерећује, неопходна је сагласност оба супружника; у супротном супружник без чије је сагласности предузет правни посао може исти побијати у субјективном року од једне године.⁷ У случају неоправданог ускраћивања сагласности, ради избјегавања пат – позиције и злоупотребе, о сагласности одлучује суд по захтјеву супружника који жели да предузме правни посао, тако што цијени оправданост предложеног посла и његово евентуално дејствовање у односу на интересе породице.⁸

У случају развода брака судбина породичног дома зависи од власништва над њим. Када је породични дом у својини једног од супружника, тада тај супружник остаје власник и држалац породичног дома, с тим да суд може (а) одлучити да супружник – невластник, којем је повјерено вршење родитељског права или са њим перманентно станује дијете у односу на које родитељско право заједнички врше оба родитеља, има право закупа породичног дома на одређени рок и да одреди висину закупнине коју ће овај плаћати власнику стана,⁹ те (б) може одлучити ако је брак разведен на захтјев супружника – власника, који се темељи на чињеници да је престала заједница живота да супружник – невластник буде закупач породичног дома на период од

⁷ Вид. N. Guimezanes, *Family Law in France*, in: *Family Law in Europe* (eds. C. Hamilton, C. Standley, D. Hodson), London – Dublin – Edinburg 1995, 135.

⁸ N. Guimezanes, 135.

⁹ Закуп траје најдуже до пунољетства најмлађег заједничког дјетета.

најдуже девет година.¹⁰ С друге стране, ако су супружници заједнички стекли породични дом, суд може одлучити (а) да се породични дом прода, а остварени износ купопродајне цијене међу супружницима подијели сразмјерно њиховим удјелима у заједничкој имовини или (б) да породични дом и даље остаје у заједничкој својини бивших супружника у наредних пет година,¹¹ након чега ће један од бивших супружника одлуком суда постати искључиви власник и истовремено бити у обавези да бившем супружнику исплати износ новца сразмјерно вриједности његовог удјела у породичном дому, односно у заједничкој имовини.

У случају закупа породичног дома, у француском праву суд треба да одлучи који од супружника остаје у правној позицији закупца – резидента, узимајући у обзир материјалне и остале прилике код бивших супружника, као и водећи критеријум најбољег интереса дјетета. Суд може обавезати супружника закупца да свом бившем партнеру исплати одговарајући износ новца као обештећење, зато што је овај други изгубио правну позицију закупца.^{12 13}

2.2. Шведско право

Као и француско право, и шведско право нормира исти круг ситуација у вези са породичним домом, с тим да се поље примјене проширује и на предмете домаћинства (покућство). У случају отуђења или оптерећења породичног дома, неопходна је претходна сагласност другог супружника,¹⁴ у било којој форми, осим у случају продаје или залагања непокретности, када је нужна писмена форма. Поменуто правило примјењују се без обзира да ли је породични дом заједничка својина или власништво једног супружника.¹⁵ И овдје важи правило о судском одлучивању у случају неоправданог ускраћивања сагласности другог супружника.¹⁶

¹⁰ Вид. Француски грађански законик – ФГЗ (новелиран 1987. године, *Act n° 87-570 of 22 July 1987*), чл. 285–1.

¹¹ У ФГЗ предвиђено је да у оваквој ситуацији може бити установљено право прече куповине за једног од супружника (фра. *attribution preferentielle*). Вид. Г. Ковачек Станић, 2002, 81.

¹² Вид. N. Guimezanes, 146.

¹³ Све претходно Д. Радић, 396–399.

¹⁴ Вид. Å. Saalden, *Family Law in Sweden*, in: *Family Law in Europe* (eds. C. Hamilton, C. Standlay, D. Hodson), London – Dublin – Edinburg 1995, 483.

¹⁵ Од овог правила постоји један изузетак: супружник који је власник породичног дома може истим слободно располагати (укључујући и покућство) без сагласности другог супружника, ако се ради о ствари коју је стекао у својину на основу изричите воље трећег лица, што ће бити у случају поклона или тестаментарног наслеђивања.

¹⁶ Д. Радић, 399–400.

У случају развода брака, суд доноси одлуку о породичном дому, водећи рачуна о свим околностима, превасходно о најбољем интересу дјетета, а потом о потреби сваког супружника за породичним домом и предметима домаћинства, па тако суд углавном породични дом додјељује оном супружнику за којег сматра да има веће потребе за истим, тј. којем је повјерено вршење родитељског права (што обухвата случај самосталног и заједничког вршења родитељског права). Ако је породични дом у саставу заједничке имовине, онда ће се удио супружника, којем је додијељен породични дом, у остатку диобне масе редуковати сразмјерно вриједности породичног дома. Ако вриједност породичног дома премашује његов удио у заједничкој имовини, онда ће исти бити у обавези да бившем супружнику исплати одговарајући износ новца. Дакле, супружник ће у својину добити породични дом, без урачунавања у његов дио у заједничкој имовини.¹⁷ Поред тога, закон дозвољава да у случају диобе заједничке имовине на једнаке дијелове један од супружника добије породични дом у својину, а да другом супружнику буде исплаћен новчани износ сразмјеран његовом удјелу у породичном дому, односно заједничкој имовини.¹⁸ У случају када је породични дом посебна имовина супружника, исти не мијења титулара, осим уколико се докаже да би то било разумно узимајући у обзир све околности случаја, када би супружник који је био ранији власник имао право на исплату противвриједности.¹⁹

2.3. Њемачко право

Правно уређење породичног дома у њемачком праву врло је слично изложеним правним системима (нпр. управљање и располагање породичним домом је као у шведском праву). У том смислу, учињена су значајна одступања од општих правила и принципа имовинског права. У случају несагласности супружника у вези са приступом трећих лица породичном дому, фаворизује се став који је у функцији заштите приватности чланова породице,²⁰ тј. трећи неће моћи ући у породични дом. У случају престанка заједнице живота односно развода брака, сваки од супружника овлашћен је од породичног суда да захтијева да се њему преда породични дом или његов дио на искључиву употребу. Овај захтјев ће суд одобрити уколико би његовом реализацијом било спријечено наступање лоших животних услова за

¹⁷ Вид. Å. Saalden, 491.

¹⁸ Å. Saalden, 491–492. Вид. Д. Радић, 400.

¹⁹ Д. Радић, 400–401.

²⁰ E. D. Graue, *Family Law in Germany*, in: *Family Law in Europe* (eds. C. Hamilton, C. Standley, D. Hodson), London – Dublin – Edinburg 1995, 173.

подносиоца. Као један од исхода одлучивања у вези са породичним домом јесте ситуација да породични дом на становање може добити супружник који није његов власник.²¹

2.4. Српско / црногорско право

У Републици Србији је извршена реформа породичног законодавства 2005. године, којом је уведено право становања (овим није уведен институт породичног дома у правом смислу ријечи као у претходним законодавствима).²² Право становања је лична службеност установљена одредбама закона у корист дјетета и родитеља којем је повјерено вршење родитељског права и који немају усељив стан. Стицање овог права није условљено престанком заједнице живота, односно одвојеним животом родитеља, као ни постојањем брака, односно ванбрачне заједнице.²³ Али, практично ће уређење начина вршења родитељског права бити претходно питање у односу на одлуку о праву становања. Право становања се конституише на стану у својини другог родитеља (оног којем није повјерено вршење родитељског права). Под појмом стана треба разумјети не само стан, већ и кућу, односно дио стана или куће који по својим својствима могу задовољити стамбене потребе хабитаната. Ипак, дијете и родитељ којем је повјерено вршење родитељског права неће имати право становања на терет другог родитеља, ако би то за њега представљало очигледну неправду.²⁴ Овдје се ради о правном стандарду који омогућује надлежном суду да утврђујући и цијенећи све околности конкретнег случаја ублажи крутост правила из чл. 194, ст. 1 ПЗС, односно чл. 309, ст. 1 ПЗ ЦГ и донесе праведну одлуку.²⁵ Лична службеност становања траје само до

²¹ Вид. пар. 1361b Нјемачког грађанског законика и чл. 620 Закона о парничном поступку (њем. *Zivilprozessordnung*). Слична рјешења познаје холандско и шпанско право.

²² Идентично је поступио и црногорски законодавац.

²³ Вид. Породични закон Републике Србије – ПЗС, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/05, 72/11 и 6/15, чл. 194, ст. 1 односно Породични закон Црне Горе – ПЗ ЦГ, *Службени лист Р. Црне Горе*, бр. 1/07 и *Службени лист Црне Горе*, бр. 53/2016 и 76/2020, чл. 309, ст. 1. У упоредном праву не постоји јединствен став о примјени правила за породични дом на ванбрачну заједницу (нпр. у ирском праву то није дозвољено, док је у италијанском праву допуштено). С. Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 226. Интересантно је питање примјене овог института, тамо гдје су широко правно препознате, код истополних заједница.

²⁴ ПЗС, чл. 194, ст. 3, односно ПЗ ЦГ, чл. 309, ст. 3.

²⁵ У српском праву је о овоме развијена судска пракса.

пунољетства дјетета, а на остала питања се примјењују општа правила о личним службеностима.²⁶

2.5. Хрватско право

Регулатива породичног дома у хрватском праву смјештена је у оквиру двије различите групе одредаба. У дијелу закона у којем се уређују лична права и дужности супружника предвиђа се да супружници споразумно одређују мјесто становања и породични дом или стан у којем ће становати заједно са дјецом над којом врше родитељско право.²⁷ Са друге стране, приликом уређивања института породичног дома, законодавац је прописао да један супружник не смије, без писане сагласности другог супружника с овјером потписа код нотара, отуђити или оптеретити породичну кућу или стан који је у саставу брачне стечевине и у којем станује други супружник и њихова заједничка дјеца над којом врше родитељско право.²⁸ Овдје је ријеч о ограничењу аутономије воље у погледу права располагања, а с циљем заштите интереса оног супружника који није уписан у јавне регистре као титулар права својине (као сувласник),²⁹ а посредно и интереса заједничке малољетне дјеце.³⁰

У случају да је породични дом у својини трећег лица, а супружници и њихова дјеца над којом врше родитељско право заједно станују у стану или кући темељем уговора о закупу, онда се ограничење слободе уговарања састоји у ускраћивању права супружнику – закупцу да, без писане сагласности другог супружника с овјером потписа код нотара, откаже уговор о закупу.³¹ У случају ускраћивања ове сагласности без оправданог разлога, други супружник може од суда захтијевати да донесе рјешење које представља супститут сагласне воље супружника који се противи располагању породичним домом.³²

Недостатак уређења породичног дома у хрватском праву уочава се у правном квалификовању породичног дома као дијела брачне стечевине, па се исти не би примјењивао на породични дом као посебну имовину. Поред тога, забрана располагања породичним домом врије-

²⁶ Све претходно вид. Д. Радић, 406–410.

²⁷ Обитељски закон – ОЗ, *Народне новине*, бр. 103/15, 98/19, 47/20 и 49/23, чл. 32, ст. 1.

²⁸ ОЗ, чл. 32, ст. 2.

²⁹ Брачна стечевина је у хрватском праву уређена као сусвојина, при чему су супружници сувласници са једнаким удјелима у брачној стечевини (ОЗ, чл. 36, ст. 3).

³⁰ Д. Радић, 410–411.

³¹ ОЗ, чл. 32, ст. 3.

³² ОЗ, чл. 32, ст. 4. Д. Радић, 411.

ди док траје брак, па након тога у овом смислу не постоји правна заштита супружника и дјецe над којом се врши родитељско право.³³

Супружнику и заједничкој малољетној дјеци над којом се врши родитељско право, суд може на захтјев једног супружника одредити право становања (*habitatio*) у породичном дому који представља брачну стечевину.³⁴ Право становања траје најдуже до развргнућа сувласништва на некретнини која представља породични дом. И ово представља ограничење примјене овог заштитног механизма.³⁵ Ако суд одлучи да ће у породичном дому остати један од супружника и дјецa, онда може, с обзиром на околности случаја, да том супружнику одреди обавезу плаћања паушалног износа закупнине другом супружнику и плаћање режијских трошкова некретнине која представља породични дом.³⁶ С обзиром на околности случаја суд може одбити захтјев за одређивање права становања, ако укупни приходи супружника не би били довољни да се снесу трошкови одвојеног становања (бивших) супружника и њихове дјецe.³⁷ Овим се штите интереси супружника нерезидента, јер приходи супружника у конкретном случају нису довољни да се такво рјешење примијени.³⁸ Када одлучује, суд води рачуна о начелу пропорционалности, штити право дјецe на становање и поступа праведно према родитељу на чији терет ће се остварити право становања.³⁹

3. ПОРОДИЧНИ ДОМ У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ

3.1. Појам и нормиране ситуације

Члановима 338 – 341 Породичног закона који је ступио на снагу 1. септембра 2023. године,⁴⁰ у породично право Републике Српске је уведен нови правни институт – породични дом. Право на породични дом је тројак, хибридни правни институт. Другим ријечима, законодавац је прописао три корпуса правних норми – нормираних ситуација: располагање породичним домом који представља заједничку имо-

³³ Вид. Д. Радић, 412.

³⁴ ОЗ, чл. 46, ст. 2. И овдје се разматрано рјешење не односи на породични дом који је дио посебне имовине једног од супружника.

³⁵ Вид. ОЗ, чл. 46, ст. 3. Евентуална корекција овог рјешења се може пронаћи у Закона о власништву и другим стварним правима, у којем, према чл. 47, ст. 2, развргнуће сувласништва се не може захтијевати када је то на штету осталих сувласника (у овом случају супружника као другог сувласника).

³⁶ Вид. ОЗ, чл. 46, ст. 4–5.

³⁷ ОЗ, чл. 46, ст. 6.

³⁸ Д. Радић, 414.

³⁹ ОЗ, чл. 46, ст. 5.

⁴⁰ Породични закон – ПЗ РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/2023.

вину, право становања у породичном дому и закуп породичног дома. Ради се о појавним облицима овог института, који подразумевају интеракцију правила породичног, стварног, облигационог, нотарског и грађанског процесног права.

Породични дом је дефинисан као непокретност (кућа, стан или друга стамбена јединица) у којој станују родитељи и њихова малољетна или усвојена дјеца.⁴¹ Појам породичног дома у позитивном праву обухвата три елемента: (у основи) непокретност, јединицу у којој се станује (стамбену јединицу) и становање од стране родитеља и њихове дјеце као субјектата. Из законске дефиниције породичног дома произлази да право на породични дом може да постоји само на непокретности – стамбеном објекту. Дакле, оно не може да постоји ни на покретној ствари, нити на свакој непокретности, већ само кући, стану или другој стамбеној јединици. Додатно, имајући у виду законску синтагму „у којој станују“ из чл. 338, ст. 1 ПЗ РС, неопходно је да се ради о стамбеном објекту. С тим у вези, појам породичног дома не обухвата пословни простор, магацин,⁴² гараже и слично, као ни њиву или другу парцелу. Пословне просторије су, у контексту чл. 3 Закона о одржавању зграда,⁴³ намијењене обављању пословне дјелатности и стога не служе становању, па се не могу подвести под појам породичног дома.

Породичним законом у Републици Српској су прецизно наведене непокретности које представљају породични дом, полазећи од оних најчешћих – куће или стана, али не искључујући ни друге стамбене јединице у којој станују родитељи и њихова дјеца. За дефинисање ових појмова, правна пракса и наука могу да пронађу подлогу у одредбама стамбених прописа,⁴⁴ али не треба да се задрже само на томе. Констатујући да појам стана обухвата како стан у стамбеној, тако и у стамбено – пословној згради, према одредбама стамбених прописа и помоћне просторије су укључене у појам стана и не би представљале засебну јединицу. Иако С. Панов код непокретности које нису нами-

⁴¹ ПЗ РС, чл. 338, ст. 1.

⁴² С. Панов, 224.

⁴³ Закон о одржавању зграда, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 101/2011.

⁴⁴ Под станом се подразумева како стан у стамбеној, тако и стан у стамбено – пословној згради, јер је најмање један дио зграде (у којем се налазе станови) намијењен за становање. Закон о одржавању зграда, чл. 3, ст. 1, тач. а) и в). Стан је једна или више просторија намијењених и подобних за становање, са помоћним просторијама које, по правилу, чине једну грађевинску цјелину и имају засебан улаз. Закон о одржавању зграда, чл. 3, ст. 1, тач. д). Појам „стана“ из чл. 339 (право становања у породичном дому) ПЗ РС ће имати другачије односно шире значење, о чему ће бити ријечи касније.

јењене становању наводи и помоћне објекте,⁴⁵ поставља се питање да ли неки помоћни објекти попут љетне кухиње у којој се може становати, представљају „другу стамбену јединицу“ у којој станују родитељи и њихова дјеца из чл. 338, ст. 1 ПЗ РС?⁴⁶ Закон о уређењу простора и грађењу под помоћним објектима подразумијева гараже, љетне кухиње, оставе и слично, тј. грађевине које посредно служе одређеној дјелатности или намјени, обезбјеђивањем услова за функцију главних објеката.⁴⁷ Дакле, помоћни објекти су у служби функције главних објеката и неки од њих (гараже, оставе и слично) дефинитивно не би представљали другу стамбену јединицу. Иако код љетних кухиња као помоћних објеката се може полемисати у контексту појма друге стамбене јединице која представља породични дом, ипак се чини да је, према закону, природа помоћних објеката таква да служи само обезбјеђивању услова за функцију главних објеката, а да сами помоћни објекти немају улогу стамбене јединице. Али, уколико су љетне кухиње и слични помоћни објекти опремљени за становање, онда би се могли третирати као породични дом.

Остаје недовољно јасно шта би се у правној пракси подразумијевало под појмом „друге стамбене јединице“, иако је намјера законодавца очигледно била да поред прецизирања стамбених јединица на којима постоји право на породични дом (стан или кућа), обухвати генералном клаузулом и евентуално све друге стамбене јединице, како неке од варијанти породичног дома не би хипотетички биле изостављене. Српско право познаје генерички појам стана, а хрватско право набраја стан или кућу. У домаћем праву, употреба термина „стамбена јединица“ се сусреће, на примјер, у Закону о социјалном становању,⁴⁸ али који не одређује дефиницију стамбене јединице. С обзиром да се право становања према чл. 247 Закона о стварним правима⁴⁹ може конституисати и на дијелу стамбене зграде намијењене за становање, евентуално би се под појмом друге стамбене јединице могла схватити ова ситуација односно ситуација етажиране куће.⁵⁰

⁴⁵ С. Панов, 224.

⁴⁶ Код овог питања треба имати на уму да породично право Републике Србије регулише право становања на стану, при чему се законом не дефинише шта обухвата појам стана или права становања, односно не помиње се појам друге стамбене јединице.

⁴⁷ Вид. Закон о уређењу простора и грађењу, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 40/2013, 106/2015, 3/2016 и 84/2019, чл. 2.

⁴⁸ Закон о социјалном становању, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/2019.

⁴⁹ Закон о стварним правима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15 и 107/19.

⁵⁰ С тим да се може сматрати, са друге стране, да би за ове ситуације били довољни и појмови „стана“ или „куће“.

Дакле, из дискусије закључујемо да је овом питању могуће приступити у ужем и ширем смислу, при чему у ширем смислу треба поћи од дефиниција из стамбених прописа, али не ограничити се само на њих, већ треба узети у обзир најобухватније схватање стамбене јединице, што се чини исправним из угла интенције законодавца. Породични дом може да постоји и на (идеалном) дијелу непокретности. У контексту дефиниције привременог објекта из чл. 2 Закона о уређењу простора и грађењу, привремени објекти не би, такође, били обухваћени појмом породичног дома. Имајући у виду да се дио некретнина, преваходно, кућа налази у тзв. ванкњижној својини,⁵¹ односно да није уписан у регистре непокретности, поставља се питање да ли су и ове непокретности обухваћене законским појмом породичног дома?

Из законске дефиниције породичног дома произлази да она укључује сваку непокретност у којој станују родитељи и њихова дјеца, па тиме и непокретности – стамбене просторе и у тзв. ванкњижној својини. Овај појам није непознат правној пракси и теорији, као ни неким прописима. Међутим, имајући у виду дефиницију права на породични дом, право својине које се спомиње код свих варијанти права становања у породичном дому, као и дужност да се одлука о установљавању личне службености становања на непокретностима које представљају породични дом доставља од стране суда надлежном органу ради уписа у јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима, у случају права становања у непокретности у ванкњижној својини то не би било могуће, али није искључено да ванкњижна својина буде респектована код осталих појавних облика права на породични дом (нпр. код закупа). Из законске дефиниције породичног дома произлази да је ријеч о стамбеном простору у којем станују „родитељи и њихова малољетна или усвојена дјеца“. Иако није најпрецизније формулисана, ова синтагма у општем смислу подразумијева како малољетну брачну, тако и малољетну ванбрачну дјецу, због изједначености брачне и ванбрачне дјеце, а такође и малољетну усвојену дјецу, иако би се из законске формулације језичким тумачењем могло закључити да усвојена дјеца не треба да буду малољетна. Смисао ове одредбе јесте да обухвати малољетну дјецу. Код права становања у породичном дому је изричито прописано чл. 339, ст. 3 ПЗ РС да ова лична службеност траје до пунољетства најмлађег заједничког или усвојеног дјетета. У погледу пунољетне дјеце над којом је продужено родитељско

⁵¹ О обухвату овог појма, појавним облицима и судској пракси у којој се појавио вид. више Д. Стевановић, „Ванкњижна својина“, *Harmonius* 2022, 382–411.

право, законодавац није имао намјеру да обухвати и ову дјецу у контексту права на породични дом.⁵²

3.2. Оправдање увођења породичног дома у позитивно право

Првенствена сврха увођења овог правног института у позитивно право Републике Српске огледа се у појачаној заштитној функцији збрињавања дјеце и родитеља који се о њима старају.⁵³ Право на породични дом је дио ширег концепта права на дом, који се често изводи из чл. 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и других међународних докумената.⁵⁴ Дом у српском језику означава мјесто гдје човјек живи, станује са својом породицом, домаћинство, породичну заједницу, а карактеристика је нашег поднебља.⁵⁵ „Право становања (*habitatio*) представља меру за остваривање права детета на дом, како би се обезбедили животни услови потребни за развој детета зајемченим чланом 27 Конвенције о правима детета. Одговорност за обезбеђивање таквих услова којима ће детету бити пружен животни стандард примерен физичком, менталном, духовном, моралном и друштвеном развоју детета првенствено носе родитељи детета.“⁵⁶ Држава треба да учини све да дјетету обезбиједи добробит према Конвенцији о правима дјетета.

Иако овај правни институт оспоравају из угла ограничавања права својине, што је учињено приликом његовог увођења у српско породично право, таква оспоравања нису оправдана, јер су могућа ограничења права својине; штавише право на породични дом постоји, упоред-

⁵² У складу са тим ставом не би било оправдано сматрати да и овој категорији дјеце треба допустити право на породични дом, без обзира што се у случајевима прописаним законом, продужава и врши родитељско право у погледу њих, односно да законска формулација једног од субјеката права на породични дом не би могла гласити слично формулацији из чл. 56 ПЗ РС (мирење брачних супружника): „малољетна заједничка или усвојена дјеца или дјеца над којом је продужено родитељско право“.

⁵³ Тако и за право становања вид. Ј. Милутиновић, „Право становања – *habitatio* у Породичном закону“, *Ново породично законодавство* – Зборник радова са саветовања 16. и 17.10.2006. у Врњачкој Бањи, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2006, 451. О алиментационој функцији личних службености вид. више М. Лазић, *Личне службености, ususfructus, usus, habitatio*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2000, 158–159. Како се у већини случајева дијете повјерава мајци, која је често у лошијим материјалним приликама, овим правом се штити поред најбољег интереса дјетета и интереси слабије стране у случају развода брака, што је тенденција у модерним европским законодавствима. Д. Радић, 408.

⁵⁴ О томе: Д. Николић и С. Мидоровић, „Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 39–70.

⁵⁵ Д. Николић и С. Мидоровић, 51.

⁵⁶ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 19240/2022 од 22.03.2023. године.

ноправно посматрано, у капиталистичким земљама гдје је право својине неприкосновено.⁵⁷ Недавно су одредбе о породичном дому из Обитељског закона прошле тест уставности пред Уставним судом Републике Хрватске,⁵⁸ и поред позивања на повреде различитих права. Из угла другог родитеља који не остаје становати у породичном дому, овај институт треба схватити као његов допринос задовољавању стамбених потреба свог дјетета.⁵⁹

Право становања као централни појавни облик права на породични дом није било непознато ни на нашим просторима (нпр. Закон о стамбеним односима Војводине из 1982. године) нити историјски-правно. Личне службености на имовини у вези са породицом познавао је Хамурабијев законик, египатско право, римско право, Српски грађански законик, али и савремене европске кодификације.⁶⁰ Поред тога, из претходне упоредноправне анализе произлази подлога за увођење породичног дома у наше законодавство, а што је учињено на темељу најбољих упоредноправних пракси. Комисија за европско породично право (*Commission on European Family Law – CEFL*) у својим Принципима у области имовинскоправних односа између брачних партнера спомиње породични дом и могућност да се исти по одлуци надлежног органа може додијелити уз компензацију другом брачном супружнику. Концепт породичног дома у нашем праву је усаглашен и са принципима из Препоруке Савјета Европе бр. Р (81) 15.

3.3. Располагање породичним домом који представља заједничку имовину

Иако наслов чл. 338 ПЗ РС говори о управљању и располагању породичним домом, специфична правила за породични дом који представља заједничку својину у овом члану се односе само на акте располагања односно отуђења или оптерећења. За акте управљања породичним домом као заједничком имовином важе општа правила управљања заједничком имовином, ако је породични дом саставни дио заједничке имовине. Законодавац је прописао забрану располагања брачном супружнику (забрану отуђења и оптерећења)⁶¹ породич-

⁵⁷ Г. Ковачек-Станић, *Породично право, партнерско, деље и старатељско*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014, 144.

⁵⁸ Одлука и рјешење Уставног суда Републике Хрватске, бр. У-И-3941/2015 и др. од 18.04.2023. године.

⁵⁹ Д. Николић, С. Мидоровић, 64.

⁶⁰ Вид. Љ. Милутиновић, 452–454.

⁶¹ Примјерице продаје или успостављања хипотеке на непокретности која представља породични дом.

ним домом који улази у заједничку имовину, без сагласности другог брачног супружника која се даје у форми нотарски обрађене исправе (вансудски облик сагласности) или судске одлуке у ванпарничном поступку као замјене (супститута) за сагласност коју није дао брачни супружник без оправданог разлога (судски облик сагласности), о чему ће бити више ријечи у дијелу рада о закупу породичног дома.⁶² Правни посао који би био закључен супротно сагласности другог брачног супружника у предвиђеној нотарској форми, би био ништав (апсолутно ништав), без обзира на поступање трећег лица у доброј вјери (ПЗ РС, чл. 338, ст. 3).

Неки аутори наглашавају да рјешење по којем се предвиђа ништавост правног посла закљученог супротно сагласности, *без обзира на поступање трећег лица у доброј вјери*, нарушава начело сигурности у правном промету уз истовремено ограничавање домашаја начела повјерења у регистре непокретности, а све науштрб института породични дом.⁶³ Уколико лице располаже непокретношћу чији је земљишнокњижни власник и налази се у браку у вријеме сачињавања нотарске исправе, то лице је дужно да саопшти нотару и сауговорачу да ли је предметна непокретност стечена радом супружника у заједници живота,⁶⁴ што се примјењује и код права на породични дом, па би нотар дозволио прометовање непокретности која представља породични дом само уз сагласност другог брачног супружника.⁶⁵ За разлику од општег правила о искључивој одговорности лица које не саопшти да је ријеч о заједничкој имовини или да изјаву да је непокретност његова посебна имовина, у којем случају би се стицалац права који је поступао у доброј вјери сматрао савјесним и закључени правни посао би производио правна дејства,⁶⁶ правила о располагању породичном домом доводе до другачијег исхода: такав уговор би био ништав, без обзира на поступање трећег лица у доброј вјери. Ипак, код права на

⁶² Вид. ПЗ РС, чл. 338, ст. 2. и чл. 341, ст. 1–2.

⁶³ Б. Чубриловић Стаменић, „Примјена начела поуздања у катастар непокретности на режим (ван)брачне тековине у Нацрту Породичног закона Републике Српске“, *Harmonius* 2022, 66.

⁶⁴ Закон о нотарској служби у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/2021, чл. 66, ст. 3.

⁶⁵ Б. Чубриловић Стаменић, 66. О улози нотари у отклањању претпоставке савјесности трећег лица код неовлашћеног располагања некретнином из брачне имовине од стране једног супружника и критичком ставу вид. S. Petrovic, „Co-ownership of the spouse as a third party on real estate from the marital property as his right that (does not) prevent enforcement“, *Zbornik radova IX međunarodnog savjetovanja 'Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća'* (ured. Dinka Šago), Split 2023, 264 и даље.

⁶⁶ Закон о нотарској служби у Републици Српској, чл. 66, ст. 4.

породични дом претежира заштита јачих интереса (дјече) него код заштите другог супружника или трећег лица, у чему се види оправдање за овакво нормирање. Поред наведеног, неважеће би биле одредбе брачног уговора којима би било предвиђено располагање породичним домом супротно одредбама Породичног закона.⁶⁷

3.4. Право становања у породичном дому

Законодавац је *регулисао двије ситуације* код права становања у породичном дому: када је породични дом „из састава“ заједничке имовине (представља заједничку имовину – прије диобе заједничке имовине односно у сувласништву је родитеља – након диобе заједничке имовине)⁶⁸ и када је породични дом у саставу посебне имовине брачног супружника (у власништву је другог родитеља).⁶⁹ У оба случаја, важе иста правила за конституисање права становања у породичном дому.⁷⁰ Право становања (*habitatio*) представља стварно право – личну службеност, али и дјечије право с циљем његове егзистенцијалне заштите.⁷¹ Оно представља ограничење права својине, непреносиво је и ненаслједиво.⁷² У погледу садржине овог правног института, престанка⁷³ и правне заштите, треба да се примјењују општа правила

⁶⁷ ПЗ РС, чл. 326, ст. 1, тач. 5.

⁶⁸ ПЗ РС, чл. 339, ст. 1.

⁶⁹ ПЗ РС, чл. 339, ст. 2.

⁷⁰ Иако у случају када породични дом постоји на стану који је у власништву другог родитеља – чл. 339, ст. 2 ПЗ РС, формулација овог става може навести на закључак да се овдје право становања конституише по самом закону, тј. да се ради о законској личној службености, за чији настанак није потребан упис, ипак је у овом ставу ријеч о судској личној службености која настаје судском одлуком, јер из ст. 4, чл. 339 ПЗ РС произлази да суд одлучује о праву становања из ст. 1–2, чл. 339 ПЗ РС (у оба случаја), а ст. 5 истог члана је прописано да се судска одлука доставља надлежном органу ради уписа у јавну евиденцију непокретности. Формулација ст. 2, чл. 339 ПЗ РС је настала по узору на српско право. Како у српком праву нема одредбе која би разјаснила о којој врсти личне службености се ради, неки аутори у Србији тврде да је ријеч о законском конституисању личне службености. Вид. М. Драшкић, *Породично право и права дјетета*, Београд 2015, 413.

⁷¹ Љ. Милутиновић, 458.

⁷² Ђ. Раковић, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023, 30.

⁷³ Неке специфичности у погледу престанка ове службености се огледају у престанку накнадним наступањем раскидног услова – очигледне неправде или у престанку смрти дјетета без обзира што је двојни субјект титулар овог права, а у случају смрти родитеља хабитанта, дијете и даље има право становања, али по основу одлуке о начину вршења родитељског права. С. Панов, 223. Дакле, могућа је и измјена судске одлуке о породичном дому.

о праву становања односно о личним службеностима из Закона о стварним правима као *lex generalis*.⁷⁴

Право становања овлашћује титуларе (хабитанте) да се служе туђом стамбеном зградом или њеним дијелом намијењеним за становање у складу са намјеном ствари, не мијењајући њену суштину односно садржај, уз пажњу доброг домаћина. Оно се заснива искључиво на непокретностима (стамбеним објектима) и искључује прибрана плодова⁷⁵ или преношење извршавања овлашћења која му припадају на друга лица. Прометовањем некретнина не гасе се личне службености које су уписане у земљишне књиге, што погодује правној сигурности.⁷⁶ Конституисањем права становања ограничава се право својине власника којем преостаје право располагања; а ријетко и право коришћења (уколико ова лична службеност није установљена на цијелом стану), односно право употребе у обиму који превазилази потребе хабитаната.⁷⁷ Размије се, не престаје право својине другог родитеља као власника ствари, који има право, према Закону о стварним правима, да надгледа непокретност.

Услови за остваривање овог права су:

(а) *да постоји одвојен живот родитеља током брака, односно престанак заједнице живота или развод брака (изричито у случају из ст. 1, чл. 339 ПЗ РС)*. Право становања у породичном дому се може остварити како током брака, у случају да постоји одвојен живот родитеља током брака, тако и у случају развода брака, али и престанка заједнице живота (што подразумејева и ванбрачну заједницу). Дакле, и брачни супружник и ванбрачни партнер су кандидати за конзумирање овог права уз испуњавање других прописаних услова. Овај услов је законом експлицитно прописан само у случају када је породични дом из састава заједничке имовине (ПЗ РС, чл. 339, ст. 1), али може да постоји, што ће најчешће бити случај, и у ситуацији када је породични дом из састава посебне имовине другог родитеља, али, сходно чл. 339, ст. 2 ПЗ РС, и не мора.

(б) *да непокретност која је породични дом представља заједничку имовину – прије диобе заједничке имовине односно у сувласништву је родитеља – након диобе заједничке имовине или да је у власништву другог родитеља*. У чл. 339, ст. 1 ПЗ РС се легислативно користи

⁷⁴ Вид. Закон о стварним правима, чл. 247, чл. 186–213 и 229–263. Вид. И. Бабић, Р. Јотановић, *Грађанско право, књига 2, Стварно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2020, 349–350.

⁷⁵ Опширније: О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 1996, 215–228.

⁷⁶ Д. Радић, 407.

⁷⁷ Љ. Милутиновић, 452.

шири термин „породични дом“, док се у случају из ст. 2, чл. 339 ПЗ РС користи термин „стан“ (чији је власник други родитељ). Дакле, право становања се може конституисати како на непокретности која улази у састав заједничке имовине или је у сувласништву родитеља ако је извршена диоба заједничке имовине, тако и на посебној имовини другог родитеља односно на стану који је у његовом власништву. Ово задирање у стварно право другог родитеља, са којим дијете не остаје становати, налази своје оправдање у правној природи установе породични дом, што је раније објашњено.

Међутим, иако се користи термин „стан“ (чији је власник други родитељ) у чл. 339, ст. 2 ПЗ РС, до чега је дошло највјероватније због преузимања одредбе из српског законодавства, под „станом“ треба подразумевати мјесто становања другог родитеља у најширем и најсвеобухватнијем смислу,⁷⁸ односно стан, кућу или другу стамбену јединицу. У овом случају (из чл. 339, ст. 2 ПЗ РС) је неопходно да је други родитељ *власник* стана.⁷⁹ У случају да он није власник стана, јер није још откупио стан, формално није испуњен услов власништва стана, али се хабитација може остварити одбијањем тужбеног захтјева за иселјење дјетета и родитеља коме је дијете повјерено.⁸⁰ У случају да је други родитељ власник стана мале квадратуре, С. Панов сматра да власник стана има јаче право да се очува његов егзистенцијални минимум над конституисањем права становања,⁸¹ али ипак сматрамо да то питање треба ријешити суд оцјеном свих околности случаја.

(в) да дијете и родитељ који самостално врши родитељско право или са којим дијете живи у случају заједничког вршења родитељског права немају право својине или плодоуживања или употребе или право становања или право заштићеног закупа за неодређено вријеме уређено посебним прописима на неком другом одговарајућем стану. Другачије речено, неопходно је да дијете и родитељ који самостално врши родитељско право или са којим дијете живи у случају заједничког вршења родитељског права нема било која права на неком уселивом стану односно одговарајућем стану.⁸² При томе, под појмом стана треба подразумевати и кућу и другу стамбену јединицу, али не и

⁷⁸ Љ. Милутиновић, 459.

⁷⁹ Према ставу српске судске праксе, право становања се може конституисати на стану у сувласништву другог родитеља и трећег лица (нпр. на стану у сувласништву оца са привредним друштвом чији је оснивач). Пресуда Врховног касационог суда, Рев 19240/2022 од 22.03.2023. године.

⁸⁰ С. Панов, 221.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Ово не подразумијева било какву стамбену јединицу, запуштену, без услова за становање и сл.

земљиште, шуме, помоћне објекте, покретне ствари без обзира на вриједност.⁸³

Законописац је муниципно навео сва права, стварна или права службености или посебног закупа (право својине или плодуживања или употребе или права становања или право заштићеног закупа за неодређено вријеме према посебним прописима⁸⁴). Уколико су родитељ и дијете титулари ових права, неће моћи остварити право становања у породичном дому (из састава заједничке или посебне имовине другог родитеља). Неки аутори сматрају да је погрешно законодавчево прописивање кумулативног немања усељивог стана, те да би правичније било алтернативно одређење: да дијете или родитељ немају права на усељивом, одговарајућем стану, јер законска формулација може довести до неких бесмислених исхода.⁸⁵ Поред наведеног, само родитељ може бити оптерећен службеношћу (биолошки или адоптивни), али не и очух или маћеха.⁸⁶

(г) *да прихватање захтјева за становање дјетета и родитеља који врши родитељско право не представља очигледну неправду за другог родитеља.* Овај услов је одређен на негативан начин, а очигледна неправда представља правни стандард чију садржину треба да

⁸³ Могуће је да се у правној пракси појави ситуација у којој ће тужени тврдити да тужилац има скупочијени аутомобил, земљиште и сл. чијом продајом може остварити средства за смјештај. Иницијално ће бити испуњен услов да тужиоци немају права на одговарајућем стану, али не треба искључити могућност да се ове околности размотре у оквиру правног стандарда „очигледне неправде“ из чл. 339, ст. 6 ПЗ РС.

⁸⁴ Мисли се на станове који су под закупом од стране корисника који нису поднјели захтјев за откуп или им је одбијен, а како је то предвиђено посебним прописима односно о трансформисаном институту станарског права, тј. о различитим облицима социјалног становања. За разлику од нашег права, у српском праву се у погледу овог услова наводи само *право својине* на усељивом стану. Стога српски судови одређују право становања и у случају када мајка и повјерено јој дијете немају непокретност на свом имену, већ живе у изнајмљеном стану. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Гж2-260/17 од 16.05.2017. године.

⁸⁵ С. Панов, 221. Тако наводи да ако дијете има стан, а родитељ коме је дијете повјерено нема, онда би они имали право становања у стану чији је власник други родитељ или ако мајка којој је дијете повјерено има стан, а дијете нема, онда би према закону исто постојало право становања. С. Панов, 221. Међутим, може се поставити питање да ли су овакви исходи *очигледно неправедни* за другог родитеља, те да се могу ријешити кроз призму тог института. Поред тога, овај услов треба посматрати *кроз сврху установе* породични дом, а и *језичким тумачењем* се може доћи до задовољавајућег резултата. Услов „да родитељ и дијете немају стан“ значи да тај стан нема нити једно од њих двоје. Наиме, ако неко од њих има тај стан, не испуњава овај услов. *Argumentum a contrario*, инсистирање да обоје немају стан оправдава да се трећем ограничи право својине. Ако неко од њих има, отпада легитимитет ограничења права својине и није потребно примијенити институт породичног дома.

⁸⁶ С. Панов, 222.

употпуни судска пракса. Очигледна неправда може да постоји приликом одлучивања о додјели права личне службености становања у породичном дому, што имплицира ст. 6, чл. 339 ПЗ РС,⁸⁷ али може да настане и током трајање ове личне службености када има карактер накнадног наступања раскидног услова (нпр. дијете и његов родитељ користе стан за коцку, проституцију, почну да вређају власника стана).⁸⁸ То што је тужени (родитељ) добио предметни стан на поклон од своје мајке, не представља очигледну неправду, став је српске судске праксе. Суд даље наглашава да се у контексту очигледне неправде цијени свеукупна ситуација у којој би се тужени нашао, што подразумева његово здравствено стање, социјалну угроженост и друге околности које он својим ангажовањем и радњама не би могао поправити.⁸⁹ И правна наука је пропознала одређене случајеве који би се могли сматрати очигледном неправдом: у стану другог родитеља већ живи прва супруга и њихово троје малолетне дјеце, а стан је двособни, или неко од дјеце је под хендикепом који захтијева посебну његу, а било би штетно да борави са другом дјецом; или родитељ који живи у стану је тешко оболио од болести што изискује да буде одвојен од дјеце, а не постоји други начин његовог збрињавања итд.⁹⁰

(д) *трајање права становања одређено вријеме, тј. до пунољетства најмлађег заједничког или усвојеног дјетета*. Законодавац је овом формулацијом желио да омогући постојање права становања све док и најмлађе заједничко (брачно или ванбрачно) или усвојено дијете не постане пунољетно. У случају продужења родитељског права хабитација не би могла да се настави. Након пунољетства, укључујући и случај редовног школовања, алиментациона улога права становања прераста у новчани износ за издржавање увећан за трошкове становања.⁹¹ Пунољетство и пословна способност се стичу са навршених 18 година живота. Међутим, познато је да малолетно лице на бази судске одлуке везане за дозволу за закључење брака прије пунољетства, може бити еманципован и стећи потпуно пословну способност и бити потпуно изједначен са пунољетним лицем. У том случају се сматра да је постао пунољетан, па се губи и право становања у породичном дому.

⁸⁷ „... Ако би прихватање њиховог захтјева за право становања представљало очигледну неправду...“

⁸⁸ С. Панов, 223.

⁸⁹ Рјешење Врховног суда Србије, Рев. 1594//06 од 29.11.2006. године; према Г. Ковачек – Станић, „Дете у породици са једним родитељем: издржавање и породични дом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2008, 350.

⁹⁰ Љ. Милутиновић, 459.

⁹¹ Љ. Милутиновић, 460.

(ђ) доношење судске одлуке о додјели личне службености права становања по захтјеву дијетета и родитеља⁹² који врши родитељско право, коју одлуку је суд дужан да достави надлежном органу ради уписа у јавне евиденције о непокретностима и правима на њима.⁹³ Ради се о процесном услову, који је уско повезан са титуларима права становања, који ће бити размотрени на овом мјесту. Сматра се да Републичка управа за геодетске и имовинскоправне послове РС треба да упис чињенице конституисања права становања врши у форми забиљежбе, те да се у том случају трећи потенцијални купци непокретности оптерећене овом службеношћу не могу позивати на савјесност.⁹⁴ О установљавању права становања у породичном дому одлучује основни суд пресудом по тужби у (посебном) парничном поступку,⁹⁵ чије контуре се могу детаљније уредити процесним прописом.⁹⁶

Приликом одлучивања суд треба да има у виду све околности случаја, али и да води рачуна о најбољем интересу дјетета, на шта га обавезује норма из чл. 8 ПЗ РС. Приликом одлучивања о праву становања, законодавац је прописао корективно правило водећи се начелом правичности: да ће суд одредити родитељу који са дјететом остаје становати у породичном дому обавезу плаћања режијских трошкова породичног дома (ПЗ РС, чл. 339, ст. 4). У овом случају суду није дато овлашћење да може одредити плаћање режијских трошкова, већ

⁹² Упор. чл. 339, ст. 1 из којег произлази да захтјев подноси родитељ са чл. 339, ст. 6 ПЗ РС из којег произлази да захтјев подносе родитељ и дијете.

⁹³ ПЗ РС, чл. 339, ст. 5.

⁹⁴ Б. Чубриловић Стаменић, 66–67.

⁹⁵ Тужбени захтјев односно изрека пресуде могу да гласе како то произлази из српске судске праксе о праву становања према ПЗС: „...утврђује се право становања у корист малолетне деце и њиховог законског заступника, мајке, на стану у Новом Саду у улици ... број .., број стана .., на ... спрату, укупне површине 134 м2 на кп бр .. КО Нови Сад 2 који се налази у сувласништву тужених са по 1/2 дела, што би тужени били дужни да трпе и дозволе да се право становања упише у Катастар непокретности“ (из пресуде Основног суда у Новом Саду, П2 735/21 од 23.02.2022. године), или „...утврђује се да тужиља и њено малолетно дете ВВ, рођен ...2006. године, имају право становања (хабитатио) на стану у ..., у ул. ... број .., стан број .. на к.п. бр. .. КО ..., а које право становања би трајало до пунолетства малолетног ВВ.“(из пресуде Првог Основног суда у Београду, П2 871/18 од 12.09.2019. године).

⁹⁶ У Републици Србији се хабитација остварује у посебном, Породичним законом прописаном, парничном поступку за заштиту права дјетета. У хрватском праву се заштита породичног дома остварује у посебном ванпарничном поступку. Сматра се да је право – политички став законодавца једини могући критеријум за разграничење да ли ће се нека правна ствар ријешити у парничном или ванпарничном поступку. Р. Рачић, *Ванпарнично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву и Бањој Луци, Источно Сарајево – Бања Лука 2013, 14.

је императивно прописано да ће одредити њихово плаћање.⁹⁷ С друге стране, суд може, поред наведеног, с обзиром на околности случаја, одредити родитељу који са дјететом остаје становати у породичном дому и обавезу плаћања паушалног износа закупнине другом родитељу (ПЗ РС, чл. 339, ст. 4). Треба примијетити да се износ закупнине одређује у паушалном износу, цијенећи све околности случаја, и да не мора да одговара износу закупнине за ту непокретност према тржишним критеријумима. У оба случаја, обавезе терете само родитеља који са дјететом остаје становати у породичном дому, не и дијете, што проистиче из (заштитне) природе овог института.

Право становања у породичном дому није могуће искључити диспозицијом странака, одрицањем од тог права или искључењем путем уговора.⁹⁸ Субјекти права становања су дијете и родитељ који самостално врши родитељско право или са којим дијете живи у случају заједничког вршења родитељског права и други родитељ који трпи оптерећење личном службеношћу. Титулари права становања (хабитанти) су малолетно дијете (брачно, ванбрачно или усвојено) и родитељ који самостално врши родитељско право односно са којим дијете живи у случају заједничког вршења родитељског права.⁹⁹ Дакле, покривени су случајеви вршења родитељског права како у случају самосталног тако и у случају заједничког вршења родитељског права. Заправо, уређење вршења родитељског права претходи одлуци о праву становања. Иако је титулар двојни субјект, сматра се да је дијете доминантни, а родитељ акцесорни тј. зависни субјект.¹⁰⁰ То за последицу има то да суд неће досудити право становања другом родитељу ако дијете није живо у тренутну одлучивања, или ако умре током хабитације престаће и право његовог родитеља.¹⁰¹ Могућа је ситуација да власник стана као други родитељ има више дјеце из различитих бракова или ванбрачних заједница, па ће право становања на стану одговарајуће квадратуре имати сва дјеца са родитељима (ранијим брачним или ванбрачним партнерима власника стана).¹⁰²

⁹⁷ Питање „преузимања“ плаћања режијских трошкова треба да се ријеша према општим условима пословања пружаоца услуга.

⁹⁸ Љ. Милутиновић, 458.

⁹⁹ То значи да право становања нема нови брачни или ванбрачни супружник родитеља који врши родитељско право.

¹⁰⁰ С. Панов, 222.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² С. Панов, 222. То не значи да ће свима њима бити и одређено ово право.

3.5. Закуп породичног дома

Закуп породичног дома представља засебну цјелину у закону, јер се код закупа породичног дома не ради о конституисању права становања као личне службености¹⁰³ нити о располагању заједничком имовином. Право на породични дом у погледу закупа непокретности која представља породични дом, заштићено је двојако. Обје законске ситуације односе се на случај када се брачни супружник односно родитељ и дијете налазе у позицији закупца. Права закуподавца остају очувана. На закуп непокретности која је породични дом се примјењују правила облигационог права везана за закуп (непокретности), уз двије специфичности предвиђене Породичним законом у Републици Српској (ПЗ РС, чл. 340).

Прва ситуација се односи на немогућност отказивања уговора о закупу стана без сагласности другог брачног супружника у случају када је један брачни супружник закупца непокретности која представља породични дом. Како закон изричито наводи брачне супружнике код овог правила, то би значило да ова правила не важе за ванбрачне партнере. Ванбрачна заједница је изједначена са брачном у погледу имовинскоправних односа, али према чл. 13, ст. 2 ПЗ РС, *под условима и на начин прописан овим законом*. Из тога даље произлази да очигледно законом у погледу првонаведне ситуације није прописано изједначавање брачних и ванбрачних партнера. Иако законодавац у чл. 340, ст. 1 ПЗ РС спомиње закуп стана, овдје ипак треба подразумевати не само закуп стана, него и закуп куће или друге стамбене јединице која представља породични дом у смислу чл. 338, ст. 1 ПЗ РС, како је то горе објашњено.

Овакво тумачење произлази из првог дијела одредбе чл. 340, ст. 1 ПЗ РС када се спомиње закуп непокретности која је породични дом, тако да је навођење „закупа стана“ у другом дијелу исте одредбе очигледно учињено због језичких разлога и избјегавања понављања претходне синтагме у истој норми. У случају поремећених односа брачних супружника, један од супружника може покушати да као закупца откаже уговор о закупу како би оштетио другог супружника из различитих мотива. Да би се заштитио интерес дјетета, али и другог супружника¹⁰⁴ који станују у тој некретности, законодавац је увео

¹⁰³ Иако су уочене бројне сличности, ипак постоје разлике. Вид. М. Лазић, 147–150.

¹⁰⁴ Иако би се из дикције законске одредбе (чл. 340, ст. 1 ПЗ РС) могло закључити да се штити само интерес другог супружника, он је код овог института скопчан са интересом дјетета с обзиром да у контексту законске одредбе непокретност у закупу представља породични дом који се односи кумулативно на родитеље и њихову малолетну или усвојену дјецу.

забрану отказивања уговора о закупу без сагласности другог супружника. Сагласност другог супружника може да буде дата у вансудском или судском облику. *Вансудски облик сагласности* подразумева сагласност другог супружника у писаној форми (писмена сагласност¹⁰⁵ – чл. 340, ст. 1 ПЗ РС) и то квалификованој писаној форми – нотарској форми или тачније у контексту нотарског права Републике Српске у – форми нотарски обрађене исправе.¹⁰⁶ Дакле, сагласност није могућа у усменој форми нити у некој другој форми која не подразумева нотарски обрађену исправу (нпр. обична писана форма, форма оверене исправе итд.). Нотарска форма је услов пуноважности (*forma ad solemnitatem*) и сагласност у некој другој форми не би производила правно дејство. Тиме је законодавац дао предност правној сигурности наспрам монопола нотарске форме.

Законодавац ћути о могућности „повлачења“ дате сагласности. Како законом није изричито забрањено да се повуче дата сагласност за отказивање уговора о закупу непокретности која је породични дом, могло би се закључити да је теоретски повлачење могуће, али у форми која се тражила за њено сачињавање (форма нотарски обрађене исправе). Чини нам се, имајући у виду чл. 341 ПЗ РС да законодавац не фаворизује могућност одбијања давања сагласности брачног супружника односно да фаворизује давање сагласности. Међутим, уколико је сагласност дата за претпоставити је да ће у правној пракси доћи до отказа уговора о закупу, па би било излишно повлачење сагласности (након тог момента).

Судски облик сагласности подразумева ситуацију када брачни супружник без оправданог разлога одбије дати¹⁰⁷ другом супружнику сагласност за отказ уговора о закупу непокретности која представља породични дом (чл. 341, ст. 1 ПЗ РС), па суд својом одлуком замјењује сагласност другог брачног супружника (судска одлука као супститут сагласности супружника). Суд неће удовољити приједлогу ако је одбијање давања сагласности другог брачног супружника за отказ

¹⁰⁵ С обзиром да је предвиђена форма нотарски обрађене исправе, није нужно назначити да се ради о писменој сагласности, јер нотарска форма као квалификована писана форма конзумира писану форму. Стога законодавац не спомиње експлицитно писану сагласност код забране располагања породичним домом који чини заједничку имовину без сагласности другог брачног супружника у форми нотарски обрађене исправе – чл. 338, ст. 2 ПЗ РС.

¹⁰⁶ Вид. Закон о нотарској служби, чл. 61–77. Вид. Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд 2014.

¹⁰⁷ До одбијања давања сагласности може доћи када се брачни супружник противи давању сагласности или када се уопште не изјашњава. Вид. Д. Радић, 418. Неоправдано давање сагласности ће постојати ако брачни супружник не даје сагласност из личних мотива, без икаквог основа и сл.

уговора о закупу оправдано (нпр. родитељ и дијете би остали без стана и могућности да обезбиједи становање у неком другом стану). Суд одлучује рјешењем у ванпарничном поступку, а по приједлогу брачног супружника (који није добио сагласност).

До обезбјеђивања посебне процесне подлоге у Закону о ванпарничном поступку, на овај поступак примјењивала би се општа правила ванпарничног процесног права. Новеле Закона о ванпарничном поступку требало би да укључе регулисање посебног ванпарничног поступка, што би примјерице обухватало нормирање питања надлежности, садржине приједлога, рокова, доказа, итд. Закон је прописао критеријуме којима треба да се води суд. При одлучивању, суд је дужан да води рачуна о стамбеним потребама оба родитеља и дјете која са њима станују, о имовинским приликама оба родитеља, те о другим околностима случаја (чл. 341, ст. 2 ПЗ РС). Дакле, ради се о материјалним приликама, али и свим другим околностима случаја, што укључује, иако није изричито наведено, и то да суд води рачуна о најбољем интересу дјетета у складу са чл. 8 ПЗ РС. Суд би тако требало да води рачуна о томе да ли би давањем сагласности о отказу уговора о закупу непокретности која представља породични дом, дијете или дјеца и родитељ који врши родитељско право или са којим дијете живи остали без стана, какве су имовинске прилике једног и другог родитеља у том случају, нпр. да обезбиједи становање за дијете итд. Сва описана правила о судској одлуци као замјени за сагласност брачног супружника важе и у случају када брачни супружник не добије сагласност другог супружника за отуђење или оптерећење породичног дома који представља заједничку имовину.¹⁰⁸

Друга ситуација која је нормирана код закупа породичног дома односи се на судску додјелу¹⁰⁹ позиције закупца родитељу који самостално врши родитељско право или родитељу са којим дијете живи у случају заједничког вршења родитељског права, када је породични дом предмет закупа, а у ситуацији одвојеног живота родитеља током брака, односно престанка заједнице живота или развода брака (ПЗ РС, чл. 340, ст. 2). Услови за примјену овог института су: (а) да је породични дом како је дефинисан чл. 338, ст. 1 ПЗ РС предмет закупа, (б) да постоји (алтернативно) или одвојен живот родитеља током брака или случај престанка заједнице живота или развода брака, в) да је поднесен захтјев од стране родитеља који самостално врши родитељско право или родитеља са којим дијете живи у случају заједничког вршења родитељског права и г) постојање судске одлуке о додјели

¹⁰⁸ Вид. ПЗ РС, чл. 341, ст. 1.

¹⁰⁹ Законодавац користи неубичајен глагол „додијелити“.

том родитељу и дјетету позиције закупца. Прва два услова би се могла квалификовати као материјалноправна, а преостала два као процесноправна. Циљ ове одредбе јесте да се заштити првенствено дијете, па и родитељ који самостално врши родитељско право или са којим дијете живи (код заједничког вршења родитељског права) у случају да је други родитељ закупца непокретности која представља породични дом. На диспозицији родитеља који врши родитељско право или са којим дијете живи је да ли ће поднијети захтјев за додјелу позиције закупца.

То даље значи да родитељ који не врши родитељско право или са којим дијете не живи, нема право на подношење овог захтјева, како би изашао из закупног односа као закупца. Међутим, овај родитељ свакако има обавезу издржавања и бриге о свом дјетету. Иако није изричито наведено, под појмом дјецe у обе ситуације у чл. 340 ПЗ треба подразумевати малолетну дјецу тих родитеља, што проистиче из дефиниције породичног дома. Правило из друге ситуације из чл. 340, ст. 2 ПЗ РС се односи како на ситуацију самосталног, тако и на ситуацију заједничког вршења родитељског права, али и на ситуације настале током брака, али усљед одвојеног живота родитеља, затим и на ситуацију развода брака, али и престанка заједнице живота (до које може доћи како у вези са браком, тако и у вези са ванбрачном заједницом, за разлику од случаја из ст. 1, чл. 340 ПЗ). Како у поступку додјеле позиције закупца одлучује суд на захтјев даоg родитеља, може се закључити да се овдје ради о парничном поступку.¹¹⁰

Поставља се питање правне природе института додјеле позиције закупца родитељу и дјетету. Чини нам се да у овом случају долази до „уступања“ уговорне позиције закупца из уговора о закупу, с тим да за разлику уговорног уступања уговора из чл. 145 ЗОО,¹¹¹ у нормираној ситуацији ПЗ РС долази до „додјеле“ позиције на основу судске одлуке, а на темељу услова прописаних Породичним законом. Заправо, ситуација је приближна персоналној суброгацији. Родитељ и дијете постају носиоци свих права и обавеза из уговора о закупу, док други родитељ може да изађе из уговорног односа, са позиције закупца. Оваква солуција се чини логичном. Међутим, како ПЗ није изричито наведено да други родитељ излази из уговорног односа, поставља се питање да ли и он може остати у позицији закупца, а да позицију закупца добију и дијете и родитељ који врши родитељско право или са којим дијете живи (да им се „додјели“ позиција закупца односно

¹¹⁰ Може се размислити о детаљнијем нормирању овог питања новелом процесног прописа.

¹¹¹ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04.

да приступе уговору)? Одговор на ово питање је негативан. Да је законодавац мислио да обухвати посљедњу варијанту, требало би да у ст. 2, чл. 340 ПЗ РС стоји да ће суд додијелити „и том родитељу и дјетету позицију закупца“, односно да употреби везник „и“. Свакако се ради о атипичној правној формулацији, али треба имати на уму сврху овог института, а не само њену имовинскоправну природу. Поред свега, вријеме закључења уговора о закупу породичног дома није од значаја.¹¹²

4. ЗАКЉУЧАК

Правна установа породичног дома уведена је у право Републике Српске Породичним законом из 2023. године, а тиме је први пут у БиХ доживјела премијеру. Савремени концепт правног уређења (хибридног) института породичног дома, односно његова сврха, захтијевали су креирање функционалних рјешења кроз специјална правила којима се уређују акти располагања породичним домом, право становања у породичном дому и закуп породичног дома.

Породични дом је непокретност (кућа, стан или друга стамбена јединица)¹¹³ у којој станују родитељи и њихова малолетна или усвојена дјеца. Прописана је забрана располагања породичним домом који представља заједничку имовину без сагласности другог брачног супружника у нотарској форми или форми судске одлуке (у ванпарничном поступку) као супститута наведене сагласности¹¹⁴ (уз санкцију апсолутне ништавости, без обзира на поступање у правном послу трећег лица у доброј вјери, што се образлаже јачом сврхом овог института).

Судском одлуком у парничном поступку може се конституисати право личне службености становања (уз обавезу уписа у регистрима непокретности), како у случају када је породични дом из састава заједничке имовине, тако и у случају када је из састава посебне имовине другог супружника, под условом да дијете и родитељ који остаје становати са дјететом у породичном дому, у случају самосталног или заједничког вршења родитељског права, немају прописана права на „усељивом“ стану, а до пунољетства најмлађег заједничког (брачног или ванбрачног) или усвојеног дјетета. Да би се обезбиједила правичност и спријечиле злоупотребе, суду су дати одређени алати (обавеза

¹¹² Д. Радић, 421.

¹¹³ Треба поћи од дефиниција из стамбених прописа, али не ограничити се само на њих, већ треба узети у обзир најобухватније схватање стамбене јединице.

¹¹⁴ Ово важи и за случај отказа уговора о закупу породичног дома од стране једног супружника.

одређивања плаћања режијских трошкова родитељу који са дјететом остаје у стану, могућност обавезивања плаћања паушалног износа закупнине другом родитељу и могућност одбијања захтјева због очигледне неправде за другог родитеља).

Поред наведеног, суд може додијелити позицију закупца родитељу и дјетету које са њим остаје, у случају када је породични дом предмет закупа, како код одвојеног живота током брака, тако и код престанка заједнице живота (ван)брачних супружника или развода брака. Ова рјешења, заснована на бројним елементима који су заједнички готово свим модерним законодавствима, су одговарајућа (и уравнотежена) у случају престанка брака, односно заједнице живота (ван)брачних супружника. Њихов циљ је, што произлази из међународноправних докумената, ефикасна заштита првенствено најбољег интереса дјетета, али и породице, који код овог правног института оправдава ограничење аутономије воље, као и других установа имовинског права.¹¹⁵

У овом раду анализиран је институт породичног дома у позитивном законодавству Републике Српске, односно његова основна обиљежја и оправданост његове промоције у позитивно право (која је показана). Закључује се да рјешења у домаћем праву кореспондирају, готово у цијелости,¹¹⁶ са упоредноправним законодавним праксама и представљају спој најбољих обиљежја овог института уочених у упоредном праву. Тако су при креацији установе породичног дома у ПЗ РС, избјегнути сви недостаци из хрватског права или су неке норме прецизније уређене у односу на српско право.

Циљ рада је био, по први пут, дати приједлоге за разјашњење бројних питања у вези са тумачењем и примјеном у појединостима овог института, као и његово теоријско обликовање, што може бити од помоћи и правној пракси, која би требало да да и неке коначне одговоре. Треба размислити, у случајевима гдје је то неопходно, о

¹¹⁵ Код породичног дома долази до интеракције правила породичног, стварног, облигационог, нотарског и грађанског процесног права.

¹¹⁶ Тако се за разлику од рјешења нашег права, у француском праву може побијати правни посао везан за располагање породичним домом предузето без сагласности другог брачног супружника, у року од једне године. Или, у француском праву се на породичном дому у власништву једног супружника установљава право закупа за другог супружника и дијете. Такође, може се обештетити супружник који губи позицију закупца код закупа породичног дома. У њемачком праву је предвиђена немогућност приступа трећих лица породичном дому. У шведском праву је предвиђена писана форма сагласности другог супружника само за продају и залагање породичног дома. У свему осталом, готово су идентична рјешења о породичном дому у нашем и посматраном упоредном праву.

давању процесне подлоге овом институту кроз новеле процесних прописа.¹¹⁷

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Илија, Јотановић, Раденко, *Грађанско право, књига 2, Стварно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2020;
2. Guimezanes, Nicole, *Family Law in France*, in: *Family Law in Europe* (eds. C. Hamilton, C. Standlay, D. Hodson), London – Dublin – Edinburg 1995;
3. Graue, Eugen Dietrich, *Family Law in Germany*, in: *Family Law in Europe* (eds. C. Hamilton, C. Standlay, D. Hodson), London – Dublin – Edinburg 1995;
4. Драшкић, Марија, *Породично право и права детета*, Београд 2015;
5. Драшкић, Марија, *Породично право и права детета*, Чигоја штампа, Београд 2005;
6. Ђурђевић, Дејан, *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд 2014;
7. Ковачек-Станић, Гордана, „Дете у породици са једним родитељем: издржавање и породични дом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1–2/2008;
8. Ковачек-Станић, Гордана, *Породично право, партнерско, децје и старатељско*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014;
9. Ковачек-Станић, Гордана, *Упоредно породично право*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2002;
10. Лазић, Мирослав, *Личне службености, ususfructus, usus, habitatio*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2000;
11. Милутиновић, Љубица, „Право становања – *habitatio* у Породичном закону“, *Ново породично законодавство – Зборник радова са саветовања* 16. и 17.10.2006. у Врњачкој Бањи, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2006;
12. Николић, Душан, Мидоровић, Слобода, „Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020;
13. Панов, Слободан, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016;
14. Petrović, Stojana, „Co-ownership of the spouse as a third party on real estate from the martial property as his right that (does not) prevent enfor-

¹¹⁷ Имајући у виду стање на дан писања овог рада, односно октобар 2023. године. Такође, интересантан је и однос овог института према правилима прописа о заштити насиља у породици.

cement“, *Zbornik radova IX međunarodnog savjetovanja 'Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i uspredna pravnoteorijska i praktična dostignuća'* (ured. Dinka Šago), Split 2023;

15. Радић, Дарко, *Имовински односи у браку*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016;
16. Раковић, Ђорђе, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023;
17. Рачић, Ранка, *Ванпарнично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву и Бањој Луци, Источно Сарајево – Бања Лука 2013;
18. Saalden, Å., *Family Law in Sweden*, in: *Family Law in Europe* (eds. C. Hamilton, C. Standlay, D. Hodson), London – Dublin – Edinburgh 1995;
19. Станковић, Обрен и Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд 1996;
20. Стевановић, Дарко, „Ванкњижна својина“, *Harmonius* 2022;
21. Herring, Jonathan, *Family Law*, Pearson – Longman, London 2004;
22. Чубриловић Стаменић, Босилка, „Примјена начела поуздања у катастар непокретности на режим (ван)брачне тековине у Нацрту Породичног закона Републике Српске“, *Harmonius* 2022.

Правни извори

1. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04;
2. Закон о нотарској служби у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/2021;
3. Закон о одржавању зграда, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 101/2011;
4. Закон о социјалном становању, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/2019;
5. Закон о стварним правима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15 и 107/19;
6. Закон о уређењу простора и грађењу, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 40/2013, 106/2015, 3/2016 и 84/2019;
7. Обитељски закон – ОЗ, *Народне новине*, бр. 103/15, 98/19, 47/20 и 49/23;
8. Породични закон – ПЗ РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/2023;
9. Породични закон Републике Србије – ПЗС, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/05, 72/11 и 6/15;
10. Породични закон Црне Горе – ПЗ ЦГ, *Службени лист Р. Црне Горе*, бр. 1/07 и *Службени лист Црне Горе*, бр. 53/2016 и 76/2020;
11. Препорука Савјета Европе бр. Р (81) 15.

Судска пракса

1. Одлука и рјешење Уставног суда Републике Хрватске, бр. У-И-3941/2015 и др. од 18.04.2023. године;
2. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Гж2-260/17 од 16.05.2017. године;
3. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 19240/2022 од 22.03.2023. године;
4. Пресуда Основног суда у Новом Саду, П2 735/21 од 23.02.2022. године;
5. Пресуда Првог Основног суда у Београду, П2 871/18 од 12.09.2019. године;
6. Рјешење Врховног суда Србије, Рев. 1594//06 од 29.11.2006. године;

Full Professor Darko Radić, LL.D.

Senior Assistant Dejan Pilipović, LL.M.

Faculty of Law, University of Banja Luka

FAMILY HOME IN THE REPUBLIC OF SRPSKA'S LAW

Summary

Within the framework of the latest reforms in family law in the Republic of Srpska, among numerous innovations, the concept of the family home stands out, which is, for the first time, part of positive law. This is a specific legal institution that has arisen as a result of the need to provide adequate protection of the interests of individual family members, primarily children, during the existence of a complete family, especially in the case of its dissolution. The family home, as a factor in the homogenization of the family and the fundamental element of its material base, requires special regulation, including deviations from the general rules of property law, thus protecting the individual interests of family members and the family's interests as a whole. On the other hand, upon the termination of marriage or cohabitation of spouses, the issue of the family home emerges as a matter of vital importance. In this context, it is crucial to prioritise the effective protection of the child's best interests, followed by the effective regulation of the relationship between former spouses, which is typically the most valuable aspect of marital property. Comparative law provides for different models of regulating the family home, but there are numerous elements that are common to almost all modern legislation. The subject of this work is the consideration of the institution of the family home in the positive legislation of the Republic of Srpska, its basic characteristics, and the justification for its inclusion in positive law.

Key words: *Family home; Marital property; Exercising parental rights; The best interest of the child.*

Prof. dr. Boris Krešić
Prof. dr. Zlatan Begić

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

PRAVNA REGULATIVA NASILJA U BRAČNOJ/VANBRAČNOJ ZAJEDNICI U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Porodica u užem smislu predstavlja temelj razvoja zdrave osobe, a u širem smislu predstavlja temelj jednog društva. Brak po zakonskoj definiciji podrazumijeva zajednicu života žene i muškarca, a u društvenim odnosima označava ljubav, zajedništvo, mir, spokoj i sreću. Pojavom nasilja u porodici dolazi do ozbiljnog problema ne samo za užu porodicu ili samo za bračnog/vanbračnog partnera, nego i za cjelokupno društvo. Šira porodica, odnosno treća lica ne moraju nužno biti dio problema, jer se situacija odvija između bračnih/vanbračnih partnera te problemi u najvećem broju slučajeva ostaju između njih samih.

Pravna pozicija jednog od bračnih/vanbračnih partnera koji se nalazi u ulozi žrtve je veoma složen problem koji zahtjeva duboku analizu i razmatranje. Budući da bračna/vanbračna zajednica predstavlja intiman odnos između partnera, pojavom nasilnog ponašanja žrtva ostaje nezaštićena te problem ostaje u samoj zajednici, što s pravnog aspekta predstavlja suštinski problem.

Jedan od osnovnih problema u cilju zaštite žrtve nasilja jeste na koji način spriječiti nasilnika u činjenju nasilja, koja je to mjera ili sankcija koja će uticati da on ne učini ili ne ponavlja radnje nasilja. Analizom navedene oblasti bi se došlo do spoznaja i mogućih rješenja u cilju adekvatnije zaštite, edukacije i zbrinjavanja žrtve nasilja u bračnoj/vanbračnoj zajednici.

Ključne riječi: Bračna zajednica; Vanbračna zajednica; Nasilje; Žrtva nasilja; Nasilnik.

1. UVOD

Nasilje nad ženama, posebno nasilje koje se događa između bračnih ili vanbračnih partnera, kao i seksualno nasilje, predstavlja ozbiljan javnozdravstveni problem i kršenje ljudskih prava žena. Prema procjenama Svjetske zdravstvene organizacije (WHO), globalno je otprilike 1 od 3 žene (30%) doživjelo fizičko i/ili seksualno nasilje od strane intimnog partnera ili nasilje od strane drugih osoba izvan partnerskog odnosa tijekom svog života.¹

Cilj ovoga rada jeste da se ukaže na moguće propuste zakonodavca i nadležnih organa koji učestvuju u zaštiti od nasilja u porodici. Aktuelna su sljedeća pitanja: zašto Bosna i Hercegovina ne ulaže dovoljne napore u poštovanju i ispunjavanju obaveza iz međunarodnog prava u borbi protiv nasilja u porodici, postoji li nedostatak građanskopravne odgovornosti počinioca i trebaju li nam strožije mjere kada je u pitanju nasilje između bračnih/vanbračnih partnera? Dakle, navedena pitanja predstavljaju srž problematike nasilja u braku i vanbračnim zajednicama te zahtijevaju dublju razradu i proučavanje materije kako bi se došlo do zaključaka i prijedloga de lege ferenda.

U Svjetskom izvještaju o nasilju i zdravlju iz 2002. godine,² Svjetska zdravstvena organizacija nasilje dijeli u tri velike skupine koje se dalje granaju kako slijedi:

- nasilje prema samome sebi, koje uključuje samoozljeđivanje i samoubojstvo;
- međuljudsko nasilje koje se odnosi na nasilje u obitelji (nasilje nad djecom, nasilje nad partnerom i nasilje nad starijom osobom) i nasilje unutar zajednice (nasilje prema osobama koje nasilnik poznaje i nasilje prema osobama koje nasilnik ne poznaje);
- kolektivno nasilje koje je uglavnom organizirano i usmjereno od jedne grupe prema drugoj u svrhu ostvarenja političkih, ekonomskih i socijalnih ciljeva.³

Dakle, prema Svjetskom izvještaju o nasilju i zdravlju iz 2002. godine⁴ postoji pojam nasilja u porodici, nasilja među bračnim partnerima, nasilja u partnerskim vezama, nasilja nad starijim i nemoćnim te nasilja nad dje-

¹ Svjetska zdravstvena organizacija, preuzeto sa web stranice Violence against women (who.int).

² Etienne G. Krug, *et al.*, *World report on violence and health*, World Health Organization Geneva 2002, 6. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf?sequence=1, 05.02.2024.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

com. Neki teoretičari u definiciji nasilja objedinjuju više komponenti, tako da nasilje u porodici predstavlja svaki vid fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog zlostavljanja, koje vrši jedan član porodice prema drugom članu porodice, bez obzira na to da li pravni propisi inkriminiraju takvo ponašanje i da li je izvršilac nasilja prijavljen organima gonjenja.⁵

Evropski institut za ravnopravnost spolova daje definiciju partnerskog nasilja. Partnersko nasilje je svaki čin fizičkog, psihološkog ili seksualnog nasilja koje se dešava između bivših ili sadašnjih bračnih partnera ili partnera, bez obzira da li počinitelj dijeli isto mjesto stanovanja sa žrtvom.⁶ Ovo nasilje spada u red najtežih oblika nasilja, jer se njegovim ispoljavanjem krše osnovna ljudska prava i slobode članova porodice, kao što su pravo na život, pravo na slobodu, bezbjednost, pravo na fizički, psihički i seksualni integritet.⁷ Nasilje u partnerskim vezama je instrumentalno ponašanje odnosno planirano ponašanje koje je počinjeno nakon razmatranja prednosti i posljedica toga ponašanja.⁸

2. MEĐUNARODNI INSTRUMENTI ZAŠTITE OD NASILJA U PORODICI

Međunarodni instrumenti zaštite od nasilja u porodici su prvenstveno usmjereni ka nasilju prema ženama i djeci te iz tog razloga najznačajniji međunarodni akti po pitanjima nasilja među bračnim/vanbračnim partnerima, odnosno nasilja u porodici su:

- Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji – Istanbulska konvencija donesena je 2011. godine,⁹
- Konvencija UN-a o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW),¹⁰
- Deklaracija o uklanjanju nasilja nad ženama,¹¹

⁵ N. Petrušić, S. Kostadinović-Vilić, *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici pravosudnoj praksi u Srbiji*, Beograd 2010, Ženski istraživački Centar, 7–8.

⁶ Evropski institut za ravnopravnost spolova, <https://eige.europa.eu/publications/terminology-and-indicators-data-collection-rape-femicide-and-intimate-partnerviolence-report>, 05.03.2024.

⁷ *Ibid.*

⁸ K. Sesar, A. Dodaj, „Čimbenici rizika za nasilje u partnerskim vezama“, *Socijalna psihijatrija*, vol. 42, 2014, 163.

⁹ Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – Istanbulska konvencija preuzeta sa web stranice <https://rm.coe.int/1680462470>, 05. mart 2024.

¹⁰ Konvencija UN-a o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena preuzeta sa wb stranice: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/#:~:text=The%20Convention%20on%20the%20Elimination,bill%20of%20rights%20for%20women>, 17. mart 2024.

- Europska konvencija Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine te njezini Protokoli (1., 4., 6., 7., 11., 12., 13. i 14.),¹²
- Konvencija o pravima djeteta UN-a iz 1989. godine,¹³ i dr.

Na 25. sjednici Predsjedništva Bosne i Hercegovine, održanoj 19.07.2012. godine, donesena je Odluka o pristupanju Bosne i Hercegovine Konvenciji Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Potpisivanjem ove Konvencije Bosna i Hercegovina mora obezbijediti minimalne standarde kako bi se zaštitila žrtva nasilja u porodici.¹⁴ Za Bosnu i Hercegovinu najvažniji međunarodni akt predstavlja Istanbulska konvencija koja ima 12. poglavlja i koja ima za cilj razumijevanje standarda postupanja u slučajevima nasilja prema ženama i nasilja u porodici. Bosna i Hercegovina je pristupila i ratifikovala Istanbulsku konvenciju.¹⁵

Konvencija propisuje da je nasilje prema ženama kršenje osnovnih ljudskih prava i oblik diskriminacije žena i daje cjelokupan pregled zakonskih i drugih mjera koje države članice treba da preduzmu u cilju potpune i efikasne zaštite žrtava svih oblika nasilja prema ženama, uključujući i nasilje u porodici. Istanbulska konvencija kao uzrok nasilja prema ženama definiše historijski nejednake odnose moći između žena i muškaraca i nasilje prepoznaje kao jedan od ključnih mehanizama kojima su žene primorane da budu u podređenom položaju u odnosu na muškarce.¹⁶ U Konvenciji o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja se osuđuje partnersko nasilje i državama je stavljena obaveza da zaštite i spriječe žene od nasilja. Zapravo Konvencija nastavlja inovativan pristup ovom problemu koji su prije nje već izložili pojedini pravni instrumenti koji su se bavili istom ili sličnom (ali evidentno povezanom i preklapajućom) tema-

¹¹ Deklaracija o uklanjanju nasilja nad ženama usvojena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda 20. decembra 1993. godine, Rezolucija 48/104, preuzeto sa web stranice: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>, 16. mart 2024.

¹² Europska konvencija Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine te njezini Protokoli (1., 4., 6., 7., 11., 12., 13. i 14.), preuzeto sa web stranice: [https://www.zakon.hr/z/364/\(Europska\)-Konvencija-za-za%C5%A1titu-ljudskih-prava-i-temeljnih-sloboda](https://www.zakon.hr/z/364/(Europska)-Konvencija-za-za%C5%A1titu-ljudskih-prava-i-temeljnih-sloboda), 16. mart 2024.

¹³ Konvencija o pravima djeteta UN-a iz 1989. godine, preuteto sa web stranice: Konvencija o pravima djeteta UN-a iz 1989. godine <https://www.unicef.org/child-rights-convention>, 14. mart 2024.

¹⁴ B. Krešić, „Nasilje u porodici – stavovi Evropskog suda za ljudska prava“, Zbornik radova *Pravnog fakulteta Univerziteta u Mostaru*, Mostar 2012, 266.

¹⁵ Konvencija je stupila na snagu 01.08.2014. godine.

¹⁶ A. Bašić, *et al.*, *Priručnik za razumijevanje nasilja u porodici i nasilja prema ženama sa smjernicama*, izdavač Nada Golubović, Banja Luka 2019, 12.

tikom. Rodno utemeljeno nasilje definira kao „nasilje usmjereno na ženu zbog toga što je žena ili koje nerazmjerno pogađa žene“. Ipak, s time povezano, ona u članu 2. opisuje svoje područje primjene te određuje kako se primjenjuje „na sve žrtve nasilja u obitelji“ uz posebno naglašavanje kako se treba posvetiti posebna pozornost ženama žrtvama rodno utemeljenog nasilja.

Konvencija obavezuje države članice na:

- donošenje i sprovođenje cjelokupnih i koordiniranih politika za sprečavanje i suzbijanje svih oblika nasilja koje na centralno mjesto stavljaju zaštitu i prava žrtve i sprovode se putem efikasne saradnje svih relevantnih organizacija,
- podršku i efikasnu saradnju sa relevantnim nevladinim organizacijama,
- prikupljanje statističkih podataka i podršku istraživanjima o nasilju prema ženama,
- efikasne mjere prevencije,
- procesuiranje svih djela nasilja prema ženama.¹⁷

Član 5. Konvencije izričito nameće obveze države kada su u pitanju djela nasilja nad ženama. Ona propisuje aktivne i pasivne dužnosti. Tako se država, s jedne strane, treba suzdržavati od sudjelovanja tj. počinjenja svakog oblika takvog nasilja, a to uključuje bilo koji subjekt koji postupi u ime države. S druge strane, treba poduzimati potrebne mjere kako bi spriječila isto. Država treba upotrijebiti „dužnu pažnju“ (*due diligence*) u postupanju, odnosno „u sprječavanju, istraživanju, kažnjavanju i osiguravanju naknade štete“ za djela koje propisuje Konvencija, a „koja su počinili nedržavni subjekti“. Prema tom načelu, ako država ne primijeni dužnu pažnju u osiguravanju zaštite, odnosno ako ne ispuni svoju obvezu uspostavljanja adekvatnog odgovora na pojave nasilja koje spadaju pod opseg Konvencije ona može biti odgovorna za kršenje ljudskih prava od strane pojedinaca. Postojanje takve obveze, a shodno članu 3. Konvencije kojim se nasilje nad ženama proglašava kršenjem ljudskih prava, znači da neispunjavanje toga zapravo predstavlja povredu, umanjivanje ili onemogućavanje ostvarivanja ljudskih prava i sloboda od strane države.¹⁸

Bitno je napomenuti da ne postoji ustavna odredba koja regulira uvođenje međunarodnih sporazuma u domaće pravo kao uvjet njihove primjenjivosti. Naime, Ustav ne propisuje «transformiranje» međunarodnih pravila u domaće pravo putem zakona. Slijedeći to, ako međunarodni spora-

¹⁷ *Ibid.*, 13.

¹⁸ Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji i Pojašnjavajući izvještaj, Zagreb 2014: Ured za ravnopravnost spolova, 41.

zumi o ljudskim pravima imaju kvaziustavni status, onda ne proizlazi da drugi sporazumi u Ustavu imaju status običnih zakona. Naprotiv, član III/3.b), u kojem je utvrđen prioritet Ustava, navodi da su opća načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta i domaće pravo mora biti usklađeno sa njima. U toj odredbi primat Ustava je usko vezan sa općim načelima međunarodnog zakona, kao i sa nadležnostima Ustavnog suda s obzirom na to da Ustavni sud ima zadatak da ocjenjuje ustavnost zakona, te, općenito, da podržava Ustav (član VI). Jedno od osnovnih načela međunarodnog prava je načelo *pacta sunt servanda*, odnosno ispunjavanje obaveza koje proizlaze iz međunarodnog prava. Ovo pravilo propisuje da je svaki važeći ugovor obavezujući po strane, te ga moraju izvršiti u dobroj volji. U skladu sa pravilom *pacta sunt servanda* koje predstavlja sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta u skladu sa značenjem člana III/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, nameće obaveze Bosni i Hercegovini.¹⁹

Konvencija UN-a o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) u članu 1. normira diskriminaciju žena: „Označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje učinjeno na osnovi spola kojemu je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, uživanje ili korištenje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, privrednom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom području, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi jednakosti muškaraca i žena“.

Član 3. Deklaracije o uklanjanju nasilja nad ženama normira: „Žene imaju pravo na jednako uživanje i zaštitu svih ljudskih prava i osnovnih sloboda u političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili bilo kojem drugom području. Ova prava uključuju, između ostaloga: a) pravo na život; b) pravo na jednakost; c) pravo na slobodu i sigurnost osobe; d) pravo na jednaku zaštitu pred zakonom; e) pravo na pošteđenost i zaštitu od svih oblika diskriminacije; f) pravo na najviše moguće standarde fizičkog i mentalnog zdravlja; g) pravo na pravedne i povoljne uvjete rada; h) pravo da ne bude izložena mučenju ili drugim okrutnim, nehumanim ili ponižavajućim postupcima i kaznama“.

Nasilje među bračnim partnerima nije direktno regulirano u EKLJP. Međutim, sud, odlučujući u predmetima nasilja u porodici poziva se na zaštitu prava na život, zabranu nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i zabranu diskriminacije.²⁰

Navedene konvencije se primjenjuju U Bosni i Hercegovini. Tako su donesene strategije, rezolucije i akcioni planovi (Gender akcioni plan u

¹⁹ Presuda Ustavnog suda Bosne i Hercegovine U-5/09.

²⁰ B. Krešić, 260.

BiH,²¹ Okvirna Strategija za provedbu Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici za period 2015–2018 godine²² i dr.) za provedbu navedenih konvencija. Akcioni planovi i Strategije donesene na nivou Bosne i Hercegovine se dalje provode na nižim nivoima vlasti – entitete i kantone. Problem se javlja kada su u pitanju niži nivoi vlasti entitete i kantoni. S obzirom da država ima dva entiteta i 10 kantona, a svaki kanton različit pristup problemu i različite finansijske mogućnosti, dolazi do velikog raspona u napretku u ovoj oblasti. Osnovane su komisije za ravnopravnost spolova kantonalnih skupština u Federaciji BiH, a na lokalnom nivou djeluju komisije u okviru općinskih vijeća/skupština opština u skoro svim općinama u BiH.

3. ZAŠTITA OD NASILJA U USTAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Bosna i Hercegovina je zemlja sa složenom unutrašnjom organizacijom i stastoji se od dva entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Složena ustavna struktura posljedica je Vašingtonskog mirovnog sporazuma i Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH, u javnosti poznat kao Dejtonski mirovni sporazum.²³ U skladu sa Ustavnom podjelom nadležnosti, za donošenje zakona u oblasti porodičnih odnosa nadležni su entitete i Brčko Distrikt. Zbog toga u BiH postoje tri porodična zakona i tri zakona koja uređuju pitanje zaštite nasilja u porodici. Pitanja iz oblasti krivičnog prava, a koja se odnose na zaštitu nasilja u porodici takođe su u nadležnosti entiteta i Brčko Distrikta.

Ustav BiH (Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH) garantuje primjenu najvišeg nivoa međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, a prava i slobode zagarantovane Evropskom konvencijom o osnovnim pravima i slobodama i njenim protokolima, direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.²⁴ Ustav Bosne i Hercegovine u članu II tački 1. garantuje da će Bosna i Hercegovina i oba entiteta osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, a u tački 4. istog člana garantuje zabranu diskriminacije na osnovu spola.

Neka od prava koja prema Ustavu Federacije BiH²⁵ u općim odredbama u članu 2. uživaju sve osobe na teritoriji Federacije, a odnose se na

²¹ Gender akcioni plan za period 2013–2017, *Službeni glasnik BiH*, br. 98/13.

²² Okvirna Strategija za provedbu Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici za period 2015–2018 godine (*Službeni glasnik BiH*, broj 75/15).

²³ Z. Begić, *O ustavu, legalitetu i legitimitetu – Bosna i Hercegovina od ZAVNOBIHA do Dejtona i poslije*, Fakultet za Upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2021, 100.

²⁴ Vlada Republike Srpske, *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici Srpskoj*, Priručnik za postupanje subjekata zaštite, 1. izdanje 2009, 12.

²⁵ <https://www.predstavnickidom-pfbih.gov.ba/bs/page.php?id=103>, 12.09.2020.

porodičnopravnu zaštitu su: pravo na život, zabranu svake diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, polu, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom i socijalnom porijeklu, privatnost, zaštitu porodice i djece, socijalnu zaštitu, te zdravstvenu zaštitu.

4. ZAKONI KOJIMA SE ZABRANJUJE NASILJE U PORODICI

Zakonska regulativa je slijedila ustavne odredbe, pa su zakoni u Bosni i Hercegovini uveli odredbe koje su harmonizirane sa Ustavom Bosne i Hercegovine (Ustav), odnosno međunarodnim standardima.²⁶ Pozitivnopravni propisi koji uređuju pitanje zaštite od nasilja među bračnim partnerima su:

- Zakon o zabrani diskriminacije u BiH,²⁷
- Zakon o ravnopravnosti spolova u BiH,²⁸
- Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH,²⁹
- Porodični zakon Federacije BiH,³⁰ i
- Krivični zakon FBiH.³¹

Zakonom o zabrani diskriminacije u Bosni i Hercegovini uređuje se sistem zaštite od diskriminacije.³² Navedeni zakon pod diskriminacijom smatra svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica i onima koji su s njima u rodbinskoj ili drugoj vezi na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, invaliditet, starosna dob, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, spolnih karakteristika, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima

²⁶ M. Halilović, I. Marković, N. Veljan, *Ponovna analiza i citanje presuda za nasilje u porodici u Bosni i Hercegovini*, Atlantska inicijativa 2019, 16.

²⁷ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik BiH*, br. 59/09 i 66/16.

²⁸ Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*, br. 32/10.

²⁹ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, *Sl. novine FBiH*, br. 20/2013 i 75/2021.

³⁰ Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FbiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US.

³¹ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 36/2003, 21/2004 – ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 i 31/2023.

³² Zakon o zabrani diskriminacije BiH, čl. 1, st. 1.

života.³³ Dakle, zabranjuje svako različito postupanje koje uključuje, između ostalog, i osobe koje su u rodbinskoj ili drugoj vezi, što je preduslov za zaštitu članova porodice od nasilja unutar iste.

Zakon o ravnopravnosti polova Bosne i Hercegovine također zabranjuje nasilje u porodici. U članu 6. stav 2. ovog zakona normirano je sljedeće: „Nasilje po osnovu spola je svako djelovanje kojim se nanosi ili može biti nanijeta fizička, psihička, seksualna ili ekonomska šteta ili patnja, kao i prijetnja takvim djelovanjem koje sputavaju osobu ili grupu osoba da uživa u svojim ljudskim pravima i slobodama u javnoj i privatnoj sferi života“.

Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH u članu 7. normirano je sljedeće: „U smislu ovog zakona smatrat će se da postoji nasilje u porodici ukoliko postoji osnov sumnje da su učinjene radnje kojim član porodice nanosi fizičku, psihičku ili seksualnu bol ili patnju i/ili ekonomsku štetu, kao i prijetnje koje izazivaju strah od fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja i/ili ekonomske štete kod drugog člana porodice“.

Porodični zakon FBiH u članu 4. zabranjuje nasilničko ponašanje bračnog partnera ili bilo kojeg drugog člana porodice. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici u FBiH i Zakon o ravnopravnosti spolova su *lex specialis*, a Porodični zakon je *in genere* predstavlja *lex generalis*.

Pored ustavnog i porodičnog prava, krivično pravo pruža posebnu porodičnopravnu zaštitu članovima porodice. Krivični zakon u svojim odredbama propisuje krivična djela za nasilje u porodici. Iako naše krivično zakonodavstvo ne određuje krivičnopravni pojam nasilja u porodici, isti je, kao specifičan vid nasilja, određen u članu 222. KZ FBiH, u kome je inkriminirano krivično djelo nasilja u porodici, koje u svom osnovnom obliku čini onaj „ko nasiljem, drskim i bezobzirnim ponašanjem ugrožava mir, tjelesni integritet ili psihičko zdravlje člana svoje porodice.“³⁴ Krivični zakon normira okvire kažnjavanja počinioca nasilja, ali s akcentom na „člana porodice“, s nedostatkom preciznog normiranja počinioca bračnog partnera prema ženi žrtvi nasilja.

Svi navedeni zakonski propisi reguliraju oblast nasilja u porodici, a posredno reguliraju i nasilje među bračnim/vanbračnim partnerima. Problem se pojavljuje u primjeni ovih zakona u sudskoj praksi. Sudije moraju biti fleksibilne i treba da koriste sve zakonske dozvoljene procedure i metode koje najbolje odgovaraju svakom pojedinom slučaju, a sve to kako bi donijeli odgovarajuću odluku koja je adekvatna upravo za konkretnu situaciju.³⁵ Kada je riječ o dokazivanju psihičkog, fizičkog ili seksualnog

³³ Zakon o zabrani diskriminacije BiH, čl. 2, st. 1.

³⁴ M. Tulumović, „Krivično djelo nasilja u porodici u praksi općinskih sudova Tuzlanskog Kantona“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, Tuzla 2018, 50.

³⁵ M. Halilović, I. Marković, N. Veljan, 152.

nasilja sud je dužan u svakom konkretnom slučaju utvrditi da li se radi o postojanju straha ili prijetnje navedenim radnjama. Sada više ne živimo u društvu gdje je opšteprihvaćena dominantna uloga muškarca, supruga i oca, pa se njihovo ponašanje u porodici u tom kontekstu ne može smatrati društveno prihvatljivim. Ovo posebno kada se zna da to i zakon reguliše, te da su supružnici ravnopravni u braku i u donošenju odluka, a da su djeca posebno zaštićena od zanemarivanja, zlupotrebe i nasilja. Većina sudija krivično djelo nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici smatra krivičnim djelom manjeg društvenog značaja, dok je prilikom vođenja postupka i donošenja odluke njihov odnos prema samom krivičnom djelu, učiniocu i oštećenoj prilično komotan i opušten.³⁶ Atlantska inicijativa je 2017. godine provela detaljnu analizu, te je obuhvaćeno ukupno 150 predmeta nasilja u porodici iz 2016. godine, uključujući 92 pravosnažne prvostepene presude, 13 drugostepenih i 45 kaznenih naloga.³⁷ Međutim, detaljna analiza koja je obuhvatila pravosnažne prvostepene presude pokazala je da su glavni problemi u sudskom odgovoru na nasilje u porodici povremeni nekritički pristup u odlučivanju prilikom potvrđivanja optužnice od strane sudija za prethodno saslušanje, izricanje sankcija u okviru ili ispod propisanog zakonskog minimuma, pretežno izricanje uslovnih osuda, pa čak i u slučajevima kvalifikovanog oblika krivičnog djela nasilja u porodici, izostanak opozivanja uslovnih osuda nakon ponovnog počinjenja krivičnog djela u periodu provjeravanja, te stereotipna ocjena olakšavajućih i otežavajućih okolnosti prilikom odmjeravanja odluke o sankciji, čime se ne uzima u obzir specifičnost problema nasilja u porodici. Ipak, svi pronađeni podaci se odnose na nasilje u porodici, što znači da se *lex specialis* nasilje među bračnim partnerima ne analizira zasebno nego samo u okviru nasilja u porodici. Trend brutalizacije nasilja, odnosno tranzicije nasilja nad ženama i nasilja u porodici iz područja prekršajnog u područje krivičnog prava, ukazuje na to da zakonske, pravosudne, medijske te druge obrazovne i edukacijske mjere suzbijanja nasilja nad ženama ipak nisu polučile željenim rezultatima u smislu smanjenja broja slučajeva nasilja nad ženama s najgorim ishodom.

5. ZAKONSKO UREĐENJE ZABRANE NASILJA U BRAČNOJ/VANBRAČNOJ ZAJEDNICI U FBIH

Odnosi bračnih/vanbračnih partnera regulisani su Porodičnim zakonom FBIH. Ovaj zakon u par odredbi uređuje i pitanje nasilja u porodici. Bitno je napomenuti da u trenutku donošenja Porodičnog zakona Federacije BiH nije bio donesen Zakon o zaštiti nasilja u porodici, te je istim i nor-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

mirano da će se pitanje nasilja u porodici urediti posebnim zakonom.³⁸ U članu 4. stav 1. Porodičnog zakona FBiH navedeno je sljedeće: „U porodici je zabranjeno nasilničko ponašanje bračnog partnera i bilo kojeg drugog člana porodice“. Porodični zakon normira porodicu kao životnu zajednicu roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu.³⁹ Osnovni element koji se zahtijeva prilikom određivanja da li određeno lice ulazi u krug porodice jeste pretpostavka života u zajedničkom domaćinstvu. Zakonom se normira da pravo na zaštitu od nasilničkog ponašanja u porodici imaju bračni partneri, vanbračni partneri i svi članovi porodice.⁴⁰ Sva fizička i pravna lica dužna su odmah po saznanju za nasilničko ponašanje o tome dostaviti obavještenje nadležnoj policijskoj upravi. Prema Porodičnom zakonu FBiH policijska uprava dužna je odmah po prijemu obavještenja odstraniti i smjestiti u odgovarajuću ustanovu osobu koja se nasilnički ponaša ili od koje prijeti opasnost od nasilničkog ponašanja.⁴¹ Zaštitu od nasilničkog ponašanja dužni su pružiti policija, organ starateljstva i sud za prekršaje.⁴² Porodični zakon propisuje i novčanu kaznu za policijsku upravu koja ne odstrani osobu koja se nasilnički ponaša ili od koje prijeti opasnost od nasilničkog ponašanja.⁴³

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH propisuje šta je nasilje u porodici, osobe koje se smatraju članovima porodice u smislu ovoga Zakona, te vrste i svrha mjera zaštite. Svrha je ovoga Zakona prevencija, sankcioniranje i suzbijanje svih vrsta nasilja u obitelji, primjenom odgovarajućih mjera prema počinitelju, te ublažavanje posljedica već počinjenog nasilja pružanjem zaštite i pomoći žrtvi nasilja.

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federaciji BiH pojam nasilja normira na sljedeći način: „U smislu ovog zakona smatrat će se da postoji nasilje u porodici ukoliko postoje osnove sumnje da su učinjene radnje kojim član porodice nanosi fizičku, psihičku ili seksualnu bol ili patnju i/ili ekonomsku štetu, kao i prijetnje koje izazivaju strah od fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja i/ili ekonomske štete kod drugog člana porodice“.⁴⁴ Dakle, potrebno je da se ispune određeni uslovi da bi se smatralo da je jedan član porodice nanio nasilje drugom članu porodice. Treba postojati osnova sumnje da je član porodice izvršio radnje kojima je drugom članu porodice nanio fizičku, psihičku ili seksualnu i/ili ekonomsku štetu žrtvi

³⁸ Porodični zakon FBiH, čl. 382.

³⁹ Porodični zakon FBiH, čl. 2, st. 1.

⁴⁰ Porodični zakon FBiH, čl. 380, st. 1.

⁴¹ Porodični zakon FBiH, čl. 381.

⁴² Porodični zakon FBiH, čl. 380, st. 2.

⁴³ Porodični zakon FBiH, čl. 383, st. 1, tač. n.

⁴⁴ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH, čl. 7.

nasilja ili izrekao prijetnje kojima je izazvao strah od navedenih radnji. Osnove sumnje predstavljaju polazni oblik i najniži stepen vjerovatnosti sa kojim započinje istraživanje nekog događaja. Pojam osnova sumnje se može shvatiti i kao postojanje nekih podataka iz kojih proizlazi sumnja, što bi značilo da podaci ne moraju biti vrlo čvrsti, već mogu biti i na niskoj razini. Osnovi sumnje su najniža osnova vjerovatnosti.⁴⁵

Zakonodavac normira da je dovoljan osnov sumnje za strah od fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja i/ili ekonomske štete da bi se smatralo da je jedan član porodice izvršio nasilje nad drugim članom. Štetu koja proizlazi vršenjem fizičkog ili seksualnog nasilja moguće je utvrditi od strane ovlaštenih medicinskih radnika, jer su nažalost tragovi vidljivi na žrtvama nasilja. Međutim, radnje kojima se nanosi psihička šteta drugom članu porodice ili prijetnje kojima se izaziva strah od fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja i/ili ekonomske štete kod drugog člana porodice je teže utvrditi. Iz tog razloga sudu su za potrebe utvrđivanja postojanja psihološkog nasilja na raspolaganju sljedeći dokazi: iskaz oštećene osobe; iskaz svjedoka; psihijatrijsko vještačenje – nalaz vještaka. Dakle, potrebno je u svakom konkretnom slučaju utvrditi da li se radi o postojanju straha ili prijetnje navedenim radnjama.

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici u FBiH članom 6. pojam porodice opisuje na sljedeći način: „Porodicu u smislu ovog zakona čine:

1. bračni i vanbračni partneri i njihova djeca (zajednička ili iz ranijih zajednica),
2. srodnici: krvni srodnici i srodnici iz odnosa potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom; očuh, maćeha; usvojenik i usvojilac iz odnosa nepotpunog usvojenja; srodnici po tazbini zaključno sa drugim stepenom,
3. staralac i šticićenik, hranilac i hranjenik,
4. bivši bračni i vanbračni partneri i njihova djeca (zajednička ili iz ranijih zajednica) i njihovi roditelji uključujući očuha i maćehu“.

Za razliku od definiranja porodice u Porodičnom zakonu FBiH vidimo da u Zakonu o zaštiti nasilja u porodici kao uslov se ne postavlja zajednica života. Izostavljanje odrednice „životna zajednica“ nema uticaja na bračne i vanbračne partnere iz razloga što su i jedna i druga prema definiciji zajednice života. Normiranjem da se članom porodice smatraju i bivši bračni ili vanbračni partner približava zakonsko rješenje definiciji partnerskog

⁴⁵ Ž. Karas, „Osnove sumnje i osnovana sumnja; zatvoreni krug indicija“, *Polic. sigur.*, godina 20, broj 4, Zagreb 2011, 618.

nasilja.⁴⁶ Izostavljanje termina „životna zajednica“ u Zakonu o zabrani nasilja u porodici ima uticaja na srodnike u pravoj i pobočnoj liniji krvnog srodstva. Ovakvo određenje znači da pod pojam porodice ulaze i oni krvni srodnici, u pravoj liniji neograničeno a u pobočnoj do četvrtog stepena, uključujući i četvrti stepen, koji ne ostvaruju zajednicu života sa nasilnikom. Problem nasilja u bračnoj zajednici predstavlja nedostatak preciziranja užeg člana porodice koji je izložen nasilju, a što je u najvećem slučaju žena te neosjetljivost institucija prema ženama i djeci kao žrtvama nasilja. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici u svojim odredbama koristi izraze „nasilje u porodici“ ili „članovi porodice“. Nasilje nad bračnim ili vanbračnim partnerom tek je jedan od brojnih oblika porodičnog nasilja iako se ova dva pojma često poistovjećuju jer je laicima prva asocijacija na porodično nasilje zapravo nasilje u intimnim partnerskim odnosima, a posebice prema ženama.⁴⁷ Još jedna činjenica znatno razlikuje nasilje koje počinu bračni ili vanbračni partner i kojeg počinu druga osoba, a to je razdvajanje od počinitelja nasilja koje je puno teže kada je počinitelj partner žrtve zbog kompleksnosti i snage intimne veze koja postoji između dvaju partnera. U pogledu partnerskog nasilja u literaturi se spominju četiri tipa ovog nasilja. Prvo je partnersko nasilje koje karakterizira prisila i kontrola, a u njega se ubrajaju ponašanja poput zastrašivanja, prijetnji, ponižavanja, podcjenjivanja, izoliranja. Počinitelj se koristi ovim tipom nasilja kako bi efikasno kontrolirao žrtvu. Drugi tip obilježava partnersko nasilje kao reakcija na napad koje označava trenutnu reakciju na doživljeno nasilje kojoj je cilj da žrtva zaštiti sebe ili druge od ozljeđivanja. Žrtve posežu za ovim oblikom nasilja kad shvate da odgovaranje počinitelja od nasilja nije učinkovito već pogoršava situaciju u kojoj se nalaze. Najčešći tip partnerskog nasilja je situacijsko nasilje koje u jednakoj mjeri čine i muškarci i žene, a događa se kada rasprava između partnera preraste u fizičko nasilje jer partneri imaju poteškoće u nenasilnom rješavanju konflikta. Ovakvo nasilje uključuje blaže oblike ponašanja poput stiskanja i guranja, te verbalne agresije, a žrtva ne razvije strah. Posljednji oblik partnerskog nasilja je ono potaknuto razvodom ili razdvajanjem. Na ovakvo ponašanje počinitelje potiče neka situacija ili događaj koji je obilježio partnerski odnos, primjerice razdvajanje, odlazak iz stana, odvođenje djece, otkrivanje ljubavne afere i slično. Karakterizira ga jedna ili dvije epizode nasilnog ponašanja u kojima dođe do ozbiljnog i atipičnog gubitka kontrole kod počinitelja koji ne negira počinjeno ponašanje, već se osjeća posramljeno. Počinitelj ovog tipa partnerskog nasilja je najčešće partner koji je ostavljen ili šokiran razvodom. Takva ponašanja uključuju iznenadne verbalne ili fizičke napade, ali mogu

⁴⁶ Vid. supra (fus nota 6).

⁴⁷ Vid. M. Ajduković, G. Pavleković, *Nasilje nad ženom u obitelji*, Društvo za psihološku pomoć, Zagreb 2004.

se i manifestirati kao gađanje partnera raznim predmetima, uništavanje imovine, itd.⁴⁸

Da bi se postigao uspjeh u otklanjanju opasnosti zdravstveni i socijalni radnici, nastavnici, odgajatelji, medicinske, obrazovne i druge ustanove i organi, kao i nevladine organizacije koji u obavljanju svoje dužnosti saznanju za učinjene radnje nasilja u porodici, dužni su odmah po saznanju prijaviti učinjene radnje nasilja u porodici nadležnoj policijskoj upravi.⁴⁹ Sve navedene institucije dužne su za područje jedne ili više općina potpisati protokol o saradnji kojim će biti utvrđena međusobna prava i obaveze u postupku prijavljivanja slučajeva nasilja u porodici, pružanja zaštite žrtvama nasilja u porodici, kao i u radu sa nasilnim osobama. Iste su takođe dužne po saznanju prijaviti čin nasilja, kao i svaki građanin koji sazna za neki čin nasilja. Osim navedenih osoba, žrtva nasilja u porodici može podnijeti prijavu nadležnoj policijskoj upravi, ali ne čini prekršaj ako istu ne prijavi, dok gore navedene osobe čine prekršaj ako ne prijave uočeno nasilje u porodici. Navedene prijave se odnose na nasilje u porodici, međutim primjenjuje se i na nasilje među bračnim partnerima, jer ne postoje posebne odredbe samo za nasilje među bračnim partnerima.

Međuprofesionalna saradnja se ogleda u brzini, efikasnosti i preciznosti, jer je žrtvama nasilja u bračnoj zajednici pomoć potrebna „odmah“. Prva stepenica je najčešće zdravstvena ustanova, jer prilikom vršenja fizičkog i psihičkog nasilja jednog bračnog partnera prema drugom, žrtva nasilja zadobije lake ili teške tjelesne ozljede te je potrebna brza i efikasna intervencija od strane zdravstvenih radnika. Nadalje, slučaj se prijavljuje policijskim službenicima ili od strane zdravstvenih radnika ili od strane same žrtve. Međuprofesionalna saradnja i komunikacija se dalje odvija u institucijskom smislu putem ustanova koje su navedene na nivou općina/kantona.

5.1. Zaštitne mjere

Zaštitne mjere su uvedene u zakonodavstvo Federacije BiH donošenjem Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u FBiH, a do tada su bile u upotrebi samo krivično-pravne sankcije, a općepoznato je da je aktuelan problem sporosti krivične zaštite u našem zakonodavstvu. Glavna i osnovna svrha zaštitnih mjera je da se pruži neophodna zaštita žrtvi nasilja u porodici kako bi se spriječile dalje psihičke i fizičke posljedice a sve to do završetka krivičnog postupka. Međunarodni standardi jasno zahtijevaju i

⁴⁸ J. B. Kelly, M. Johnson, *Differentiation Among Types of Intimate Partner Violence: Research Update and Implications for Interventions*, July 2008, *Family Court Review* 46(3), 476–499.

⁴⁹ Zakon o zaštiti nasilja u porodici FBiH, čl. 8, st. 1.

propisuju da zaštitne mjere nisu oblik sankcije počinioca već oblik zaštite žrtve, koji treba da je žrtvama lako dostupan, a njihovo izricanje ne smije biti uslovljeno vođenjem bilo kakvog drugog postupka. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici normira da se učiniocima nasilja u porodici izriču sljedeće zaštitne mjere:

- 1) udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora i zabrana vraćanja u stan, kuću ili neki drugi stambeni prostor,
- 2) zabrana približavanja žrtvi nasilja,
- 3) zabrana uznemiravanja i uhođenja osobe izložene nasilju,
- 4) obavezan psihosocijalni tretman,
- 5) obavezno liječenje od ovisnosti,
- 6) privremeno lišenje slobode i zadržavanje.

Od šest navedenih mjera dvije mjere, udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora i zabrana vraćanja u stan, kuću ili neki drugi stambeni prostor i zabrana približavanja žrtvi nasilja, nisu adekvatne za izricanje bračnim/vanbračnim partnerima. Zabrana približavanja žrtvi nasilja ne može se izreći prema bračnom/vanbračnom partneru, osim ukoliko se govori o bivšem bračnom ili vanbračnom partneru koji ne žive zajedno, iz razloga što brak i vanbračna zajednica podrazumijevaju zajednicu života.⁵⁰

Zaštitna mjera udaljenja iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora i zabrana vraćanja u stan, kuću ili neki drugi stambeni prostor Zakonom je predviđena kao mjera koja se izriče onom članu porodice sa kojim žrtva nasilja živi u zajedničkoj kući ili određenom stambenom prostoru. Ovu zaštitnu mjeru sud izriče kad ocijeni da postoji opasnost od ponovnog činjenja nasilja nad žrtvom u porodici, te je normirano da nasilnik odmah napusti stan, kuću ili zajednički stambeni prostor uz prisustvo policijskih službi. U praksi nije jednostavno provesti ovu mjeru iz razloga što je potreban odlazak nasilnog partnera iz doma kako bi ova mjera ispunila u potpunosti svoju svrhu. U slučajevima nasilja u bračnim odnosima

⁵⁰ Mjera zabrane približavanja žrtvi izrečena je u nekoliko navrata, ali je rijetko provedena u djelo. Primijećeno je, također, da se mjera zabrane približavanja žrtvi ponekad izriče osobama koje žive zajedno, pa se time dovodi u pitanje svrha izrečene mjere. Pored toga, u predmetima u kojima je neka od mjera koju provodi ministarstvo unutarnjih poslova u određenoj mjeri provedena, prikupljeni podaci ukazuju na to da nije pripremljena obavezna procjena ugroženosti žrtve. OSCE, Zapažanja o primjeni Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u praksi nadležnih institucija Juli 2009. godine, str. 12. Preuzeto sa: <https://www.osce.org/files/f/documents/0/8/118943.pdf>.

bitna je distanca između bračnih partnera, kako žrtva nasilja ne bi više bila uplašena zbog pretrpljenog nasilja i bojazni da se ono ne ponovi.⁵¹

Pravilnikom o načinu provođenja zaštitnih mjera za počiniocce nasilja u porodici koje su u nadležnosti policije⁵² (u daljem tekstu: Pravilnik) uređuje se način provedbe sljedećih zaštitnih mjera: udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora i zabrana vraćanja u stan, kuću ili neki drugi stambeni prostor, zabrana približavanja žrtvi nasilja u porodici i zabrana uznemiravanja ili uhođenja lica izloženog nasilju. Postoje određene neusaglašenosti između Pravilnika i Zakona o zaštiti nasilja u porodici. Tako Zakon o zaštiti nasilja u porodici normira da se zahtjev za izricanje zaštitne mjere podnosi nadležnom sudu u roku od 12 sati od saznanja za radnju nasilja⁵³ dok je Pravilnikom normirano da policijski službenik, kada zaprimi prijavu nasilja, mora odmah saslušati žrtvu nasilja a ukoliko to nije moguće radi zdravstvenog stanja žrtve dužan je to učiniti u roku od tri dana.⁵⁴ Takođe Pravilnikom se propisuje da se uz zahtjev za izricanje zaštitne mjere sudu prilaže zapisnik o saslušanju i zapisnik o obavljenim konsultacijama sa organom starateljstva, dok se Zakonom normira da se uz zahtjev prilažu prikupljeni podaci i izvod iz službene evidencije, ukoliko je nasilnik bio prije prijavljivan za slučajeve nasilja.⁵⁵

Zaštitna mjera određena terminom kao obavezan psihosocijalni tretman normirana je u članu 14. Zakona o zaštiti nasilja u porodici FBiH te je njena glavna svrha otklanjanje uzroka njenog nasilničkog ponašanja ili nastojanje da nasilna osoba ne ponovi čin nasilja. Zaštitna mjera se u istom članu određuje u trajanju koje ne može biti kraće od šest mjeseci kontinuirano ni duže od dvije godine. Propis o načinu i mjestu provođenja mjere iz stava 1. ovog člana donosi federalni ministar rada i socijalne politike, uz saglasnost federalnog ministra zdravstva.⁵⁶

Obavezno liječenje od ovisnosti označava mjeru koja se može izreći ako je nasilna osoba nasilje učinila pod uticajem ovisnosti od alkohola, opojnih droga ili drugih psiho aktivnih supstanci, ako postoji opasnost da

⁵¹ Što se tiče mjere udaljenja počinioca iz stana, iz razgovora sa nadležnim službenicima stiče se utisak da izricanje i provedba te mjere ovisi o mogućnosti da se za počinioca osigura alternativni smještaj. To, međutim, ukazuje na pogrešno shvatanje značenja ove mjere: alternativni smještaj ne mora se osigurati za počinioca. Činjenica da većina parova živi u zajedničkom domaćinstvu sa roditeljima počinioca, također je jedan od faktora koji ograničava primjenu ove mjere. Ibid.

⁵² Pravilnik o načinu provođenja zaštitnih mjera za počiniocce nasilja u porodici koje su u nadležnosti policije, *Sl. novine FBiH*, br. 19/14 i 95/18.

⁵³ Zakon o zaštiti nasilja u porodici FBiH, čl. 18.

⁵⁴ Pravilnik o načinu provođenja zaštitnih mjera za počiniocce nasilja u porodici koje su u nadležnosti policije, čl. 10.

⁵⁵ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH, čl. 18, st. 3.

⁵⁶ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH, čl. 14.

se radnje nasilja ponove.⁵⁷ Iako su zakonski uslovi bili ispunjeni u najveći broju procesuiranih slučajeva, prema članovima porodice koji su zavisnici od alkohola, ili pak opojnih droga, kao izvršiocima krivičnog djela nasilja u porodici, uz izrečene kazne ili uslovne osude, nisu izricane mjere bezbjednosti obaveznog liječenja od zavisnosti, zašto nema opravdanja.⁵⁸ Nažalost, u svakodnevnom životu bračnih/vanbračnih partnera ukoliko je uz nasilje uključeno i prisustvo alkohola ili opojnih droga za očekivati je da će se situacija u tom domaćinstvu odvijati u lošem smjeru te da je potrebno kontinuirano praćenje nasilnika i obavezno liječenje od ovisnosti sve dok potreba za tim postoji, međutim u sudskoj praksi je to rijedak slučaj što možemo vidjeti iz sljedeće situacije. U jednom slučaju višestrukog povratnika krivičnog djela nasilja u porodici koji je dugi niz godina bio zavisnik od alkohola i u stanju alkoholisanosti teško zlostavljao suprugu i djecu, izricane su novčane kazne i uslovne osude, a niti jednom mu nije izrečena i mjera obaveznog liječenja od zavisnosti iako je bilo očigledno da je nasilje pod odlučujućim djelovanjem zavisnosti od alkohola i da je postojala realna opasnost da će zbog te zavisnosti nastaviti sa vršenjem istih krivičnih djela.⁵⁹

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici normira da je svrha zaštitnih mjera osiguravanje nužne zaštite zdravlja i sigurnosti osoba izloženih nasilju, sprečavanje nasilja u porodici, te poduzimanje efikasnih mjera preodgoja i liječenja nasilnih osoba.

Zakon izričito definiše zaštitne mjere koje služe za osiguravanje nužne zaštite zdravlja i sigurnosti osoba izloženih nasilju, sprečavanje nasilja u porodici, te poduzimanje efikasnih mjera preodgoja i liječenja nasilnih osoba. Zakonom je uređeno postojanje i dat pravni okvir za zaštitnu mjeru obaveznog psihosocijalnog tretmana počinitelja nasilja u porodici. Svrha provedbe zaštitne mjere obaveznog psihosocijalnog tretmana je sprečavanje daljnjeg nasilničkog ponašanja postizanjem pozitivnih promjena u ponašanju nasilne osobe kojoj je izrečena zaštitna mjera.⁶⁰ Cilj provedbe ove mjere je da počinitelj nasilja u bračnoj zajednici prepozna svoju odgovornost, te postane svjestan svog grubog nasilničkog ponašanje prema drugom bračnom partneru. Navedena mjera se provodi uglavnom u Centrima za mentalno zdravlje u nadležnoj općini ili kantonu, a organizovani su u sastavu Domova zdravlja.

⁵⁷ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH, čl. 15.

⁵⁸ Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici srpskoj, 129.

⁵⁹ Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici srpskoj, 129–130.

⁶⁰ Udruženje žena sudija u Bosni i Hercegovini, „Analiza stvarnog stanja u smislu izricanja ili neizricanja zaštitnih mjera iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine“, *USAID*, Sarajevo 2012, 8.

Zaštitna mjera psihosocijalni tretman počinioca nasilja u porodici je mjera propisana članom 14. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici. Data mjera se može izreći nasilnoj osobi radi otklanjanja uzroka njenog nasilničkog ponašanja ili ako postoji opasnost da ta osoba nasilje ponovi, a mjera ne može trajati kraće od šest mjeseci kontinuirano a ni duže od dvije godine. Ostale detaljne propise o načinu i mjestu provođenja donosi federalni ministar rada i socijalne politike, uz saglasnost federalnog ministra zdravstva. Ova zaštitna mjera provodi se u zdravstvenim ustanovama primarne zdravstvene zaštite – centrima za mentalno zdravlje ili specijalističko-konsultativnim psihijatrijskim službama pri zdravstvenim ustanovama, u saradnji sa tijelima starateljstva a saglasno članu 3. Pravilnika.⁶¹

U Pravilniku je normirano da troškovi izvršenja zaštitne mjere psihosocijalnog tretmana počinioca padaju na teret suda koji je zaštitnu mjeru izrekao. Navedena zaštitna mjera se može provoditi individualno, a i grupno te Zdravstvena ustanova i organ starateljstva sa učiniocem nasilja u porodici izrađuju pisani plan provođenja ove mjere te tako detaljno analiziraju dalji tok rehabilitacije. Članom 6. Pravilnika normirano je šta sadrži navedeni plan provođenja zaštitne mjere odnosno: „Plan provođenja zaštitne mjere sadrži podatke o učiniocu nasilja, način na koji se zaštitna mjera provodi (individualno i/ili grupno), obaveze učinioca nasilja u provođenju zaštitne mjere, datum početka psihosocijalnog tretmana, način praćenja ponašanja učinioca nasilja tokom trajanja tretmana, način izvještavanja organa starateljstva o izvršenju plana provođenja zaštitne mjere, orijentaciona dužina trajanja psihosocijalnog tretmana procijenjena od strane multidisciplinarnog tima (psihijatar, psiholog, socijalni radnik), kao i plan postupanja u kriznim situacijama, a koji se odnosi na žrtvu nasilja“.

Od 2013. do 2017. godine provedena je analiza o zaštitnoj mjeri obaveznog psihosocijalnog tretmana počinioca nasilja u Strategiji za prevenciju i borbu protiv nasilja u porodici. Analiza pokazuje da je tokom 2011. i 2012. godine zabilježen veoma mali broj izrečenih i izvršenih zaštitnih mjera obaveznog psihosocijalnog tretmana počinioca nasilja u porodici, te da novi pravilnik u ovoj oblasti mora pretrpjeti bitne promjene kako bi se povećao stepen izrečenih mjera i unaprijedio rad sa počiniocima nasilja.⁶² Naime, analiza pokazuje i da su zdravstvene ustanove stava da je potrebno proširiti krug aktera koji mogu provoditi ovu zaštitnu mjeru jer zdravstvene ustanove koje su za sada jedine utvrđene kao izvršioци predmetne zaštitne mjere ne mogu u njenoj provedbi odgovoriti na adekvatan način niti mogu biti jedine koji će je provoditi.⁶³

⁶¹ D. Ajduković, N. Galić, *Modul za obuku za psihosocijalni tretman počinitelaca rodno zasnovanog nasilja u porodici*, UNFPA, Sarajevo, 16–17.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

Smatra se da je jedan od vodećih problema nedostatak adekvatnog obrazovanog kadra za provođenje ove zaštitne mjere te je potrebno uvođenje dodatnih edukacija. Naravno, prilikom provedbe ove mjere nedostatak predstavlja i saradnja svih institucija koje su nadležne za oblast nasilja među bračnim partnerima, jer je teoretski sve opisano ali se u sudskoj praksi ne realizuju sve mogućnosti koje su na raspolaganju službenicima prilikom rada. Problem se odnosi na to da se psihosocijalni tretman može provoditi samo u ustanovama primarne zdravstvene zaštite. Član 9 Pravilnika normira da ako učinilac nasilja u porodici ne dolazi redovno na psihosocijalni tretman u zdravstvenu ustanovu ili kad zdravstvena ustanova, koja provodi psihosocijalni tretman, procijeni da, usprkos redovnom dolaženju, tretman neće dovesti do promjene u ponašanju učinioca nasilja, o tome će odmah obavijestiti nadležni organ starateljstva koji će o tome bez odlaganja obavijestiti sud koji je izrekao ovu mjeru, a radi izricanja druge zaštitne mjere ili kazne zbog ne postupanja po izrečenoj zaštitnoj mjeri u skladu sa Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici u FBiH.

6. ZAKLJUČAK

Međunarodne konvencije i deklaracije u oblasti nasilja u porodici ne primjenjuju se na nižim razinama vlasti, odnosno provedba strategija u borbi protiv nasilja u porodici nemoguća je u onim kantonima koji imaju „manje budžete“. Ovo iz razloga što se sa viših nivoa vlasti ne osiguravaju novčana sredstva, nego se kantonima ostavlja obaveza da ista osiguraju u svojim budžetima, što realno nije moguće.

Komplikovan društveni sistem i nedostatak finansijskih sredstava onemogućavaju napredak u ovoj oblasti. Federacija Bosne i Hercegovine je podijeljena na kantone, a kantoni na lokalne jedinice. S obzirom na finansijska sredstva koja su predviđena za niže razine vlasti u ovoj oblasti, teško je uspostaviti isti mehanizam i isti napredak u svakoj lokalnoj zajednici.

Zakoni koji reguliraju nasilje u porodici, a u kojima je dat akcenat i na nasilje među bračnim/vanbračnim partnerima suštinski nedovoljno reguliraju ovu oblast ali s obzirom na statističke podatke da se zaštitne mjere ne izriču u dovoljnom broju te da je broj krivičnih djela nasilja u porodici u porastu, dolazimo do zaključka da nisu u dovoljnoj mjeri učinkovite i primjenjive u praksi. Radi specifičnosti odnosa u kojima se nalaze bračni/vanbračni partneri neophodno je izricati one mjere koje su proizvedive i koje će u konačnici imati svoju svrhu a ne one koje svoj cilj neće ispuniti (npr. izricanje mjere približavanja žrtvi kada bračni/vanbračni partneri žive zajedno u svojoj ili kući roditelja).

Neophodno je da postoji stabilna međuprofesionalna saradnja svih institucija koji učestvuju u borbi protiv nasilja u bračnoj zajednici kako bi se smanjilo nasilje koje je u porastu. Na kraju, nakon pregleda literature i analize zakonskih odredbi dolazi se do zaključka da je problematika nasilja u bračnoj/vanbračnoj zajednici nedovoljno istraženo područje.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Amela Bašić, *et all.*, *Priručnik za razumijevanje nasilja u porodici i nasilja prema ženama sa smjernicama*, Banja Luka 2019;
2. Boris Krešić, „Nasilje u porodici-stavovi evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova, Pravni fakultet univerziteta u Mostaru*, Mostar 2012;
3. Dean Ajduković, Nenad Galić, *Modul za obuku za psihosocijalni tretman počinilaca rodno zasnovanog nasilja u porodici*, UNFPA, Sarajevo;
4. Kristina Sesar, Arta Dodaj, „Čimbenici rizika za nasilje u partnerskim vezama“, *Socijalna psihijatrija*, vol. 42, 2014;
5. Etienne G. Krug, *et all.*, *World report on violence and health*, World Health Organization Geneva 2002;
6. Joan B. Kelly, Michael P. Johnson, *Differentiation Among Types of Intimate Partner Violence: Research Update and Implications for Interventions*, July 2008, Family Court Review 46(3);
7. Marina, Ajduković, Gordana, Pavleković G., *Nasilje nad ženom u obitelji*, Društvo za psihološku pomoć, Zagreb 2004;
8. Majda Halilović, Ivanka Marković, Nejra Veljan, *Ponovna analiza i čitanje presuda za nasilje u porodici u Bosni i Hercegovini*, Atlantska inicijativa 2019;
9. Muhamed Tulumović, „Krivično djelo nasilja u porodici u praksi općinskih sudova Tuzlanskog Kantona“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, Tuzla 2018;
10. Nevena Petrušić, Slobodanka Kostadinović-Vilić, „Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici pravosudnoj praksi u Srbiji“, *Ženski istraživački Centar*, Beograd 2010;
11. Udruženje žena sudija u Bosni i Hercegovini, „Analiza stvarnog stanja u smislu izricanja ili neizricanja zaštitnih mjera iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine“, *USAID*, Sarajevo 2012;
12. Vlada Republike Srpske, *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici u Republici Srpskoj*, Priručnik za postupanje subjekata zaštite, 1. izdanje 2009;

13. Zlatan Begić, *O ustavu, legalitetu i legitimitetu – Bosna i Hercegovina od ZAVNOBIHA do Dejtona i poslije*, Fakultet za Upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2021;
14. Željko Karas, „Osnove sumnje i osnovana sumnja; zatvoreni krug indicija“, *Polic. sigur.*, broj 4, Zagreb 2011.

Pravni izvori

1. Deklaracija o uklanjanju nasilja nad ženama usvojena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda 20. decembra 1993. godine, Rezolucija 48/104, preuzeto sa web stranice: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms-instruments/declaration-elimination-violence-against-women>, 16. mart 2024;
2. Europska konvencija Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine te njezini Protokoli (1., 4., 6., 7., 11., 12., 13. i 14.), preuzeto sa web stranice: [https://www.zakon.hr/z/364/\(Europska\)-Konvencija-za-za%C5%A1titu-ljudskih-prava-i-temeljnih-sloboda](https://www.zakon.hr/z/364/(Europska)-Konvencija-za-za%C5%A1titu-ljudskih-prava-i-temeljnih-sloboda), 16. mart 2024;
3. Evropski institut za ravnopravnost spolova, pristupljeno dana 05.03.2024. <https://eige.europa.eu/publications/terminology-and-indicators-data-collection-rape-femicide-and-intimate-partnerviolence-report>;
4. Gender akcioni plan za period 2013–2017, *Službeni glasnik BiH*, broj 98/13;
5. Konvencija o pravima djeteta UN-a iz 1989. godine, preuzeto sa web stranice: Konvencija o pravima djeteta UN-a iz 1989. godine <https://www.unicef.org/child-rights-convention>, 14. mart 2024;
6. Konvencija UN-a o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena preuzeta sa web stranice: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/#:~:text=The%20Convention%20on%20the%20Elimination,bill%20of%20rights%20for%20women>, 17. mart 2024;
7. Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji i Pojašnjavajući izvještaj, Ured za ravnopravnost spolova, Zagreb 2014;
8. Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – Istanbulska konvencija preuzeta sa web stranice <https://rm.coe.int/1680462470>, 05. mart 2024;
9. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 36/2003, 21/2004 – ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 i 31/2023;
10. Okvirna Strategija za provedbu Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici za period 2015–2018 godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 75/15;
11. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US;
12. Presuda Ustavnog suda Bosne i Hercegovine U – 5/09;

13. Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*, broj 32/10;
14. Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik BiH*, br. 59/09 i 66/16;
15. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, *Sl. novine FBiH*, br. 20/2013 i 75/2021.

Associate Professor Boris Krešić, LL.D.

Associate Professor Zlatan Begić, LL.D.

Faculty of Law, University of Tuzla

LEGAL REGULATION OF VIOLENCE IN MARITAL/EXTRA MARITAL UNION IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In the strict sense of the word, family is the foundation of a healthy person's development, while in a broad sense it represents the foundation of a society. By its legal definition, marriage implies the union of a woman and a man, and in social relations it denotes love, togetherness, peace, tranquility, and happiness. The appearance of domestic violence creates a serious problem not only for the immediate family or the marital/extramarital partner, but also for the entire society. The extended family, that is, third parties, do not necessarily have to be a part of this situation, as it usually happens between the marital/extramarital partners, and in most cases the problem remains between them.

The legal position of one of the marital/extramarital partners who is the victim is a very complex problem that requires a thorough analysis and discussion. Since the marital/extramarital union represents an intimate relationship between partners, the occurrence of violent behavior leaves the victim unprotected, and the problem remains within the union itself, which represents an essential problem from a legal point of view.

One of the basic problems in protecting the victim of domestic violence is how to prevent the abuser from committing violence, which measure or sanction will result in him not committing or repeating the acts of violence. The analysis of this subject matter would lead to insights and potential solutions aimed at more adequate protection, education, and care for the victims of domestic violence in marital/extramarital union.

Key words: *Marital union; Extramarital union; Domestic violence; Victim; Abuser.*

Проф. др Ђорђе Раковић

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ИЗДАВАЊЕ (ВАН)БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ У НАСЉЕДНОМ ПРАВУ

Издавање брачне односно ванбрачне тековине у насљедном праву представља, поред неколико других облика, вид издавања из састава заоставштине, а у корист брачног супружника односно ванбрачног партнера. У раду ће се поред питања насљедног права (ван)брачног супружника и брачне тековине, разматрати садржај и елементи института издавања (ван)брачне тековине с обзиром на то да о овоме важеће насљедноправно законодавство у БиХ не предвиђа посебне одредбе. Такође, аутор ће се у раду бавити и поређењем са сличним институтима, процедуралним питањима, као и правним посљедицама, како у домаћем тако и у упоредном праву, с циљем јаснијег практичног и теоријског разумијевања овог питања и евентуалних приједлога.

Кључне ријечи: Издавање брачне тековине; Оставинска маса; Брачна / ванбрачна тековина; Насљедно право.

1. УВОД

Нису ријетки случајеви да је оставилац био у браку, као и да је током трајања брачне заједнице стицао имовину са својим супружником. Такође, оваква ситуација је могућа и када је у питању ванбрачни партнер као оставилац. Поставља се питање правне судбине заједнички стечене имовине током трајања брака односно ванбрачне заједнице у случају смрти једног (ван)брачног супружника у односу на насљедно право односно оставински поступак. Због тога је значајно да се има на уму да неће све ствари и права која су се затекла код оставиоца у тренутку смрти чинити саставни дио његове имовине односно заоставштине.¹ Ради се о институту издавања брачне односно ванбрачне тековине у насљедном праву. Издавање ван(брачне) тековине

Ђорђе Раковић, djordje.rakovic@pf.unibl.org.

¹ О. Антић, *Насљедно право*, Правни факултет у Београду, Београд 2009, 68.

представља један од облика издавајња из заоставштине, а у корист брачног супружника односно ванбрачног партнера. О. Антић, на примјер, разликује три вида издавајња по различитим основама: издавајње за супружника оставиоца по основу брачне тековине, што је предмет овог рада; издавајње у корист потомака који су привређивали са оставиоцем и издавајње по неком другом основу (нпр. када се предмет нађе у заоставштини по основу неког уговора, па власник тражи да се исти излучи из оставинске масе и сл.).² У вези са предметом овог рада, размотриће се садржај и елементи издавајња (ван)брачне тековине, процедурална питања, као и правне посљедице односно дејства овог издавајња, као и поређење са сличним правним установама с циљем јаснијег практичног и теоријског разумијевања овог питања и могућих приједлога за законодавца и правну праксу. Прије тога, уводно се треба упознати са насљедним правима (брачног) супружника односно ванбрачног (супружника) партнера, као и питањем тзв. (ван)брачне тековине.

2. НАСЉЕДНА ПРАВА (ВАН)БРАЧНОГ СУПРУЖНИКА И ТЗВ. (ВАН)БРАЧНА ТЕКОВИНА

Брачни супружник може да се јави као законски насљедник и као насљедник по основу тестаментa (у позитивном праву Републике Српске). (Брачни) супружник се јавља као насљедник како у првом, тако и у другом насљедном реду. У првом насљедном реду супружник насљеђује са дјецом оставиоца на једнаке дијелове, а у другом насљедном реду супружник насљеђује са родитељима оставиоца који није оставио потомке.³ Поред наведеног, супружник може да тражи и повећање насљедног дијела кад насљеђује са насљедницима првог или другог насљедног реда, а јавља се и као насљедник ауторских имовинских права. Супружник је и нужни насљедник у насљедном праву. Међутим, супружник може да изгуби својство законског насљедника у случају развода или поништења брака, као и у другим случајевима предвиђеним законом.⁴ Нека права, попут права Федерације

² О. Антић, 68.

³ И. Бабић, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2010, 34–37.

⁴ Ако је оставилац поднио тужбу за развод брака, а после смрти оставиоца се утврди да је тужба била основана, ако његов брак са оставиоцем буде оглашен за непостојећи или буде поништен, после смрти оставиоца, из узрока за чије је постојање надживјели супружник знао у вријеме закључења брака и ако је његова заједница живота са оставиоцем била трајно престала његовом кривицом или у споразуму са оставиоцем. Вид. Закон о насљеђивању Републике Српске – Зон РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19, чл. 24.

БиХ и Брчко Дистрикта БиХ, познају и могућност да супружник насљеди и на основу уговора о насљеђивању, и то како брачни, тако и ванбрачни супружник.⁵

Међутим, питање насљедних права ванбрачног партнера (супружника) је комплексније. Као обиљежја ванбрачне заједнице се истичу различитост полова, заједница живота, дужина њеног трајања и непостојање законом прописаних (брачних) сметњи.⁶ У Федерацији БиХ, ванбрачни партнер је законски насљедник (чл. 9 Закона о насљеђивању).⁷ Исто је и према Закону о насљеђивању Брчко дистрикта БиХ из 2017. године. У хрватском насљедном праву, изванбрачни друг на основу закона насљеђује оставиоца равноправно са брачним. Изванбрачном заједницом, у смислу Закона о насљеђивању, сматра се „животна заједница неудате жене и неожењеног мушкарца која је трајала дуље времена, а престала је оставитељевом смрћу, под увјетом да су биле испуњене претпоставке које се траже за ваљаност брака“ (чл. 8 Закона о насљеђивању).⁸ Према чл. 9 Закона о насљеђивању у Црној Гори у круг законских насљедника оставиоца спада и ванбрачни супружник.⁹ С друге стране, само је (брачни) супружник законски насљедник у праву Републике Српске (чл. 8 Закона о насљеђивању).¹⁰ Исто рјешење је и према Закону у насљеђивању у Србији.¹¹ Шире упоредноправно посматрано, ванбрачна заједница је углавном у европским земљама основ за позивање на насљеђе ако је ријеч о истополној ванбрачној заједници, а у неким државама је насљеђивање могуће без обзира на истополност,¹² а могућност регистрације зајед-

⁵ Вид. више Б. Крешић, Е. Халиловић, Е. Моранкић, „Насљедноправни и имовинскоправни уговори између брачних партнера у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, Мостар 2022, 326–346.

⁶ Посебно питање је ванбрачна заједница лица истог пола. М. Saez, „Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why ‘Same’ Is So Different“, *European Review of Private Law* 5/2011, 631-668. Вид. и: Mick Cunningham, „Gender in Cohabitation and Marriage“, *Journal of Family Issues* 8 /2005, 1037–1061.

⁷ Закон о насљеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине – ЗоН ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 80/2014 и 32/2019 – одлука УС.

⁸ Закон о насљеђивању – прочишћени текст закона, *Народне новине*, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19.

⁹ Закон о насљеђивању, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/08 и 75/17 – Одлука УС.

¹⁰ Закон о насљеђивању Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19.

¹¹ Закон о насљеђивању, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

¹² Ј. Видић Трнинић, „Ванбрачни партнер као законски насљедник у савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014, 411–412. Ј.

нице игра велику улогу. Када је ријеч о насљедним правима ванбрачног партнера у првом или другом насљедном реду, у различитим правима он наслеђује различит постотак заоставштине или има различита права.

С друге стране, када је ријеч о тзв. (ван) брачној тековини, прописи изједначавају, па тако и позитивно право Републике Српске, брачну и ванбрачну заједницу у погледу стицања и диобе ове имовине. У позитивном праву Републике Српске, под заједничком имовином подразумева се имовина коју су брачни супружници стекли радом током трајања заједнице живота, приходи од те имовине, добитак од игре на срећу, приходи стечени коришћењем права интелектуалне својине и приходи од посебне имовине једног брачног супружника остварени његовим радом или радом другог брачног супружника за вријеме трајања заједнице живота.¹³ Уобичајено, према систему једнаких удјела, сваком супружнику припада по половина заједнички стечене имовине, али постоје и под-системи према којима се може, као у Републици Српској, доказивати и већи удјел једног у односу на другог супружника. Подјела брачне тековине на половину је цивилизацијска нормалност.¹⁴ Треба нагласити, за потребе овог рада, и постојање бар два модела брачне имовине у упоредном праву. Према једном моделу (Федерација БиХ и Брчко Дистрикт БиХ) брачна тековина је по природи сувласничка заједница гдје супружници имају једнаке удјеле са познатим обимом права. Према другом моделу (Република Српска) брачна тековина је по природи дефинисана као заједничка имовина у којој су супружници скупни титулари са неутврђеним обимом права.¹⁵

Видић, „Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији, супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 287–314.

¹³ Вид. Породични закон РС – ПЗ РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/23 и 27/24, чл. 302. О заједничкој имовини види више: Н. Тешић, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот* 10/2006, 259–277.

¹⁴ Carolyn Franz, Hanoch Dagan, „Properties of Marriage“, *Columbian Law Review* 75/2004, 100.

¹⁵ Д. Радић, „Модели брачне имовине у БиХ (компарација са одабраним европским законодавствима), *Зборник радова са Шестог међународног скупа Дани породичног права, Имовинскоправни аспекти породичних односа* (ур. А. Хусеинбеговић), Правни факултет Универзитета „Демал Биједић“, Мостар 2018, 241–248. Упоредноправно вид. више: Д. Радић, 248–252.

3. СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗДВАЈАЊА (ВАН)БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ СА ДРУГИМ НАСЉЕДНОПРАВНИМ ИНСТИТУТИМА

Поређење ће се обавити са неколико насљедноправних института: повећање насљедног дијела супружника и родитеља оставиоца, издвајање имовине у корист оставиочевих потомака који су са њим привређивали, издвајање предмета домаћинства и *separatio bonorum*.

Сличност издвајања (ван)брачне тековине из оставинске масе са институтом повећања насљедног дијела супружника се огледа у томе да оба института представљају инструменте за повећање фактичког имовинског фонда надживјелог супружника, те у томе да ово право припада у оба случаја надживјелом супружнику и то по његовом захтјеву. Међутим, повећање насљедног дијела супружника је могуће само у погледу супружника који је позван на насљеђе, док издвајање брачне тековине може тражити и онај супружник који, хипотетички, није позван на насљеђе. Поред тога, специфични су и услови за остваривање повећања насљедног дијела супружника, односно супружнику који је позван на насљеђе са насљедницима првог или другог насљедног реда, а ако нема нужних средстава за живот, суд може, на захтјев супружника, одлучити да супружник наслиједи један дио оног дијела заоставштине који би по закону требало да наслиједе остали насљедници, а може одлучити и да супружник наслиједи цијелу заоставштину ако је она мале вриједности да би њеном подјелом супружник запао у оскудицу, водећи рачуна о законом прописаним критеријима, као што су имовинске прилике, трајање брачне заједнице, способност за привређивање и вриједност заоставштине.¹⁶ С друге стране, приликом издвајања брачне тековине није од значаја да ли надживјели супружник има нужних средстава за живот нити се претходни критеријуми узимају у обзир приликом издвајања брачне тековине, јер за ово издвајање нису од значаја ни имовинске прилике нити способност за привређивање или вриједност заоставштине и сл. На сличан начин је уређено и повећање насљедног дијела родитеља у односу на насљеђивање са брачним супружником оставиоца и то у погледу услова, поступка и критеријума. Претходно изнесене разлике и овдје стоје; додатно, код повећања насљедног дијела родитеља захтјев поднесе родитељи или један родитељ оставиоцев.

Сличност издвајања (ван)брачне тековине са издвајањем имовине у корист потомака који су привређивали са оставиоцем огледа се у томе да тако издвојени дио не улази у заоставштину, не узима се у

¹⁶ Чл. 25, ст. 1 и 2 ЗоН РС, упор. са чл. 26 ЗоН ФБиХ и чл. 27. ЗоН Брчко Дистрикта БиХ.

обзир приликом израчунавања нужног дијела нити се урачунава насљеднику у насљедни дио. Потомци оставиоца који су живјели у заједници са оставиоцем и својим радом, зарадом или му на други начин помагали у привређивању имају право захтијевати да му се из заоставштине издвоји дио који одговара њиховом доприносу у повећању вриједности оставиоцеве имовине.¹⁷ Сличност се види и у тренутку доприноса радом или на други начин као основном за стицање фонда чије се издвајање тражи, али ипак се ради о различитим правним установама, при чему издвајање из чл. 37 ЗоН РС припада као право потомцима, укључујући и усвојенике, али не и супружнику.

Сличност издвајања брачне тековине из састава заоставштине постоји и у погледу издвајања предмета домаћинства, јер се издвојени предмети домаћинства не урачунавају насљеднику у његов дио нити се узимају у обзир при урачунавању нужног дијела. Међутим, ријеч је о сасвим другом основу издвајања који припада не само надживјелом супружнику него и потомцима оставиоца који су живјели са оставиоцем у истом домаћинству и то само у погледу оних предмета домаћинства који су служили за задовољавање свакодневних потреба као што су покућство, постељина, намјештај итд. и уз ограничење да нису знатније вриједности.¹⁸

Одвајање заоставштине од имовине насљедника (*separatio bonorum*)¹⁹ слично је издвајању (ван)брачне тековине из састава заоставштине јер се спречава мијешање имовине оставиоца са имовином других лица, те у оба случаја постоји преклузивни рок за остваривање овог права. Међутим, тај рок код одвајања заоставштине од имовине насљедника износи три мјесеца од отварања насљеђа, док код издвајања брачне тековине у оставинском поступку захтјев за издвајање се поставља до правноснажности одлуке у оставинском поступку.²⁰ Разлике постоје и у погледу номиналног титулара права издвајања, као и у погледу правне природе издвајања, јер (ван)брачни супружник не

¹⁷ Чл. 37 ЗоН РС, односно чл. 35 ЗоН ФБиХ и чл. 39 ЗоН Брчко Дистрикта БиХ. Вид. и О. Антић, 69.

¹⁸ Чл. 38 ЗоН РС. Сличне одредбе садржи и ЗоН ФБиХ и ЗоН Брчко Дистрикта БиХ.

¹⁹ Вид. више чл. 164 ЗоН РС. Ћ. Раковић, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2023, 225–226.

²⁰ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, „Издвајање (ван)брачне тековине у насљедном праву у Босни и Херцеговини с освртом на право Европске уније“, *Зборник радова са Десетог међународног научног скупа „Дани породичног права“* (ур. А. Јашарбеговић), Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Мостар 2022, 352–353.

стиче право на првенство у намирењу, већ правни основ за упис стварног права на датој имовини.²¹

Издвајање имовине у корист потомака, као и издвајање предмета домаћинства су видови издвајања из заоставштине који су експлицитно законски нормирани случајеви, па водећи се овим примјерима сматрамо да нема препрека и да се издвајање (ван)брачне тековине нормира као још један вид издвајања из састава заоставштине. Дакле, поједини случајеви издвајања из састава заоставштине нису непознати домаћем законодавцу.

4. ОСНОВНА ПРАВНА ОБИЉЕЖЈА ИЗДВАЈАЊА (ВАН)БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ У НАСЉЕДНОМ ПРАВУ

4.1. Овлашћеник (титулар) права издвајања

Титулар права издвајања је појединац, физичко лице: брачни супружник (односно и ванбрачни партнер у зависности од тога да ли конкретни систем допушта таква права и ванбрачним партнерима, посебно право насљеђивања). То право нема широк круг лица нити породица. Право на брачну тековину има и раније разведени брачни супружник. Право на њену диобу не застаријева.²² Међутим, могуће су одређене импликације на врсту поступка у зависности од насљедничког својства, о чему ће даље бити ријечи. Овлашћеник треба да буде истовремено и странка односно учесник у оставинском поступку (ако се захтјев поставља у том поступку), што значи да може да буде законски или тестаментарни насљедник. Сматра се да „ово право припада и потомцима оставиоца, уколико постављају захтјев за издвајање брачне стечевине на име свог другог раније преминулог родитеља“,²³ док сва друга лица ово право ће морати да остварују у парничном поступку.

4.2. Начин, рок за остваривање права на издвајање (ван)брачне тековине и садржај издвајања

Право на издвајање (ван)брачне тековине у вези са насљедним правом остварује се на захтјев, односно тужбом. У погледу правне природе овог захтјева, он је несумњиво стварноправне природе.

²¹ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 353.

²² Д. Радић, *Увод у породично право и брачно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022, 210. Оно је преображајно право стварноправног карактера. Н. Гавела и др., *Стварно право*, Информатор, Загреб 1998, 512.

²³ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 354. Вид. и Пресуду Жупанијског суда у Сплиту, Гж–1710/2021-3 од 14.01.2022. године.

У првом случају подноси се захтјев за издвајање у (ванпарничном) оставинском поступку – поступку за расправљање заоставштине. То ће бити у свим случајевима када (ван)брачни супружник представља странку у оставинском поступку. Која лица ће представљати странку односно учесника оставинског поступка зависиће директно од материјалноправне норме конкретног насљедноправног законодавства. Имајући у виду, примјера ради одредбу чл. 8, ст. 1 ЗоН РС, као законски насљедници оставиоца су одређени његови потомци, његов супружник, његови родитељи, његова браћа и сестре и њихови потомци, његови дједови и бабе и њихови потомци и његови остали преци. Из ове одредбе се, а у складу са владајућом судском праксом у Републици Српској, закључује да ванбрачни партнер није законски насљедник, па самим тим ни учесник оставинског поступка.²⁴ Дакле, у праву Републике Српске, ванбрачни партнер ће право на издвајање ванбрачне тековине остваривати тужбом у парничном поступку, док ће супружник (брачни партнер) ово право моћи да оствари у оставинском или парничном поступку. Међутим, ванбрачни партнер може да буде тестаментарни насљедник и тада се може са захтјевом за издвајање јавити у оставинском поступку. Од признавања својства насљедника (ванбрачном партнеру) ће зависити и врста поступка и начин остваривања права на издвајање (ван)брачне тековине у вези са насљедним правом.

У другом случају, право на издвајање заоставштине се остварује у парничном поступку тужбом у ситуацији када ванбрачном партнеру није признато својство законског насљедника или у случају када (ван)брачни супружник јесте учесник оставинског поступка, али постоји спор у погледу права на постављање захтјева на издвајање од чега зависи и само одлучивање односно ако постоји спор о чињеницама од којих зависи састав заоставштине.²⁵ Поред ових случајева, у ситуацијама када је брак разведен односно када је заједница живота трајно престала прије смрти оставиоца, а ако (ван)брачни супружник није ни тестаментарни насљедник (нити по основу уговора о насљедивању), он није учесник оставинског поступка и своја права остварује, такође, у посебној парници.²⁶ У случају да оставински суд остави рок за издвајање (ван)брачне тековине у парници, такав рок не би имао преклузиван карактер.

Право на издвајање ће се коначно остварити утврђивањем аликвотног, идеалног дијела (ствари и права) који се издваја из заоставшти-

²⁴ Упор. за другачија рјешења нпр. чл. 9 ЗоН ФБиХ.

²⁵ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 347 и 355.

²⁶ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 352. Вид. и одлуку Жупанијског суда у Вараждину, Гж–1153/03-2 од 29.09.2003. године.

не. У оставинском поступку ово утврђивање ће учинити оставински суд односно нотар као повјереник суда ставом у изреци рјешења о насљеђивању, док ће на заоставштини преосталој након издвајања у корист (ван)брачног супружника на основу брачне тековине стечене у току трајања (ван)брачне заједнице подносиоца захтјева и оставиоца, огласити насљеднике.²⁷ Као спорно је уочено провођење овог рјешења у којем је извршено издвајање (ван)брачне тековине у регистрима непокретности у контексту прописа о стварним правима и регистрима непокретности. Наиме, у правној пракси се оспорава да оно представља релевантан правни основ за упис. Стога неки аутори предлажу да је издвајање потребно извршити прије доношења рјешења о насљеђивању којим се одлучује о оставинској маси и којим се окончава поступак.²⁸ Међутим, како се о издвајању (ван) брачне тековине у правној пракси одлучује ставом у изреци рјешења о насљеђивању, може се размишљати и о нормативној интервенцији која ће препознати ово рјешење као одговарајући правни основ за упис у регистре непокретности. Чини се да је у пракси најсигурнији правни основ уписа судска пресуда.

У парничном поступку суд ће пресудом утврдити идеални дио који се издваја и евентуално наложити предају ствари и сличне радње. *Рок* за подношење тужбе у парничном поступку за издвајање из заоставштине на име (ван)брачне тековине је неограничен, док се захтјев за издвајање у оставинском поступку подноси током оставинског поступка, а најкасније до доношења правноснажне одлуке у оставинском поступку.²⁹ Ако се овај захтјев не постави у оставинском поступку у року, право на издвајање се не губи у општем смислу ријечи, већ се може остварити у парници. Иако би одлучивање у парници требало да представља изузетак у насљедном праву, како овај институт није нормиран, сматрамо да обје могућности егзистирају равноправно без става о правилу и изузетку. Међутим, чл. 137 Закона о ванпарничном поступку³⁰ прописано је да правноснажно рјешење о насљеђивању везује учеснике који су учествовали у поступку расправљања заоставштине, уколико им није признато право да свој захтјев остварују у парници. У вези са тим, у пракси је спорно да ли (ван)брачни супружник који је учествовао у оставинском поступку и

²⁷ Неки заговарају да се прво донесе одлука о издвајању која се треба провести у регистрима непокретности, а након тога да се доноси одлука о насљеђивању у оставинском поступку. Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 356.

²⁸ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 366.

²⁹ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 347.

³⁰ Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 36/2009, 91/2016, 16/2023 и 27/2024.

није истакао захтјев за издајање (ван)брачне тековине, може тај захтјев да постави након правоснажности рјешења о насљеђивању, а у парници? Уочена су два приступа. По једнима, а најчешће редовним судовима,³¹ то није могуће, док по другима, а на темељу праксе Европског суда за људска права у Стразбуру, то је допуштено.³² У једном предмету у Републици Хрватској у оставинском поступку су за насљеднице иза умрлог мужа проглашене надживјела супруга (гђа И. Биондић) и њена кћерка. У једном моменту је К. Д. поднио тужбу против насљедница тврдећи да је ванбрачни син умрлог. Надживјела супруга је поднијела противтужбу тражећи, између осталог, да се издвоји њена брачна тековина из оставинске масе која је стечена са преминулим супругом, наводећи да то није тражила у оставинском поступку јер је била једина насљедница са својом кћерком. Првостепени, другостепени и Врховни суд Хрватске нису уважили њен захтјев износећи правно стајалиште да супруга не може са успјехом тражити издајање брачне тековине, односно сувласништво $\frac{1}{2}$ дијела оних ствари које представљају оставинску масу умрлог с обзиром на то да је оставинска маса утврђена правоснажним рјешењем о насљеђивању које веже супругу као странку која је учествовала у оставинском поступку и исти захтјев није истицала у том поступку. Када се обратила Европском суду за људска права суд је утврдио повреду права на приступ суду односно повреду чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права, утврђујући чак да је наведено поступање било супротно другој пракси Врховног суда Хрватске.³³ Из овога се може закључити да коначно иако учесник оставинског поступка није тражио издајање (ван)брачне тековине у том поступку, ово своје право може да оствари у парничном поступку, гдје важе сва правила изложена за остваривање овог права у парници.

Садржај права издајања (ван)брачне тековине се огледа, како се могло закључити, утврђивањем аликвотног, идеалног дијела (ствари и права) који се издаја из заоставштине у корист (ван)брачног супружника на основу (ван)брачне тековине стечене у току трајања (ван)брачне заједнице подносиоца захтјева/тужбе и оставиоца. Величина идеалног дијела зависи од норми породичног законодавства о диоби заједничке имовине (тзв. брачне тековине). Мјеродавно право за издајање (ван)брачне тековине је право државе у којој супружници имају заједничко држављанство односно заједничко пребивалиш-

³¹ Пресуда Врховног суда ФБиХ, 070 0 Рев 08 000268 од 31.3.2009. године, према Џ. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 354.

³² Вид. више Џ. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 354–355.

³³ Пресуда Европског суда за људска права, апликација бр. 38355/05, пресуда од 8.11.2007. године.

те, а у погледу непокретности право државе гдје се непокретност налази.³⁴

4.3. Предмет издавања (ван)брачне тековине

Предмет издавања из заоставштине чини тзв. брачна односно ванбрачна тековина, дакле све оно што не улази у посебну имовину преминулог брачног супружника која чини саставни дио оставинске масе. Терет доказивања предмета издавања свим доказним средствима лежи на подносиоцу захтјева. У случају да предмет издавања чини имовина у ванкњижном власништву, поједини аутори сматрају да се ипак може донијети одлука о издавању, али да би била неспроводива у регистрима непокретности.³⁵ Заоставштину чине сва насљеђивања подобна права која су оставиоцу припадала до тренутка смрти.³⁶ Из овог се може закључити да заоставштину не чине права која нису припадала оставиоцу до тренутка смрти, што подразумијева и удио другог (ван)брачног супружника у заједнички стеченој имовини. Међутим, законодавац је у чл. 2 ЗоН РС нормирајући предмет насљеђивања изричито навео и шта не чини заоставштину: предмети домаћинства мање вриједности и добра за која су оставиочеву имовину увећали његови потомци. У попису права која не чине оставинску масу, законодавац не наводи удио у (ван)брачној тековини. Дакле, у Босни и Херцеговини ни насљедноправни, нити породичноправни прописи, не садрже експлицитну одредбу о издавању (ван)брачне тековине у насљедном праву. За просуђивање шта (ван)брачна тековина обухвата, извор треба пронаћи у нормама породичног законодавства. У позитивном праву Републике Српске, под заједничком имовином подразумијева се имовина коју су брачни супружници стекли радом током трајања заједнице живота, приходи од те имовине, добитак од игре на срећу, приходи стечени коришћењем права интелектуалне својине и приходи од посебне имовине једног брачног супружника остварени његовим радом или радом другог брачног супружника за вријеме трајања заједнице живота.³⁷ Исто важи и за заједничку имовину ванбрачних партнера.³⁸ Право на издавање брачне тековине се може бранити, поред осталих, истим аргументима као и за прихватање суштине института заједничке имовине (заједничка

³⁴ Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 365.

³⁵ Вид. више Ц. Суљевић, С. Суљевић, Н. Суљевић, 353–354.

³⁶ Чл. 2, ст. 2 ЗоН РС.

³⁷ Чл. 302 ПЗ РС.

³⁸ Чл. 333 ПЗ РС.

права супружника, правна ефикасност, правно-културни аргумент).³⁹ Правом на издавање брачне тековине у наслѣдном праву доприноси се реализацији суштине института тзв. брачне тековине. Предмет права на издавање није цијела заоставштина.

4.4. Правне посљедице (дејства) издавања (ван)брачне тековине у наслѣдном праву

Издавањем (ван)брачне тековине у општем смислу долази до утицаја на заоставштину тако што се смањује оставинска маса. Ствари и права која су предмет издавања нису ни припадале оставинској маси. На основу права издавања, утврђује се идеални дио (ствари и права) који се издаја из заоставштине у корист (ван)брачног супружника. (Ван)брачни супружник као стичалац овог идеалног дијела имовине из састава заоставштине може доћи у стварноправни (сувластнички) однос са наслѣдницима који стичу преостали дио имовине односно заоставштину у правом смислу ријечи. Такав однос није трајан већ може престати диобом. Поред тога, (ван)брачни супружник, у зависности од конкретног законодавства, може бити наслѣдник на преосталој имовини оставиоца која чини заоставштину (оставинску масу) заједно са осталим наслѣдницима оставиоца.

5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду теоретски су сагледана правна обиљежја издавања (ван)брачне тековине (субјекти, начин, рок, садржај и предмет издавања, као и правна дејства) с циљем јаснијег практичног и теоријског разумијевања овог питања. Прије тога, упознали смо се са наслѣдним правима (брачног) супружника односно ванбрачног (супружника) партнера, као и питањем тзв. (ван)брачне тековине. Право издавања (ван)брачне тековине огледа се у утврђивању аликвотног, идеалног дијела (ствари и права) који се издаја из заоставштине у корист (ван)брачног супружника на основу (ван)брачне тековине стечене у току трајања (ван)брачне заједнице подносиоца захтјева/тужбе и оставиоца. Овај правни институт није изричито нормиран позитивно-правним прописима код нас. С друге стране, препознат је у правној пракси и јасно се разликује од других наслѣдноправних института.

Издавање имовине у корист потомака, као и издавање предмета домаћинства видови су издавања из заоставштине који су експлицитно законски нормирани случајеви, па водећи се овим примјерима

³⁹ С. Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/1998, 56–59.

сматрамо да нема препрека и да се издвајање (ван)брачне тековине нормира као још један вид издвајања из састава заоставштине, а како би се превазишле уочене препреке у пракси. (Детаљнијим) нормирањем отклониле би се и практичне дилеме у вези са правним основом уписа издвојене (ван)брачне тековине у регистрима непокретности. Треба, такође, узети да се право издвајања (ван) брачне тековине може равноправно остваривати у оставинском и парничном поступку уважавајући одлуке Европског суда за људска права о овом питању.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Антић, Оливер, *Наследно право*, Правни факултет у Београду, Београд 2009;
2. Бабић, Илија, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2010;
3. Видић Трнинић, Јелена, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014;
4. Видић, Јелена, „Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији, супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011;
5. Гавела, Никола и др., *Стварно право*, Информатор, Загреб 1998,
6. Крешић, Борис, Халиловић, Ервина, Моранкић, Ена „Насљедноправни и имовинскоправни уговори између брачних партнера у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, Мостар 2022;
7. Панов, Слободан, „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/1998;
8. Радић, Дарко, „Модели брачне имовине у БиХ (компарација са одабраним европским законодавствима), *Зборник радова са Шестог међународног скупа Дани породичног права, Имовинскоправни аспекти породичних односа* (ур. А. Хусеинбеговић), Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар 2018;
9. Радић, Дарко, *Увод у породично право и брачно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022;
10. Раковић, Ђорђе, *Насљедно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023;
11. Saez, Macarena, ”Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why ‘Same’ Is So Different“, *European Review of Private Law* 5/2011;
12. Суљевић, Џејна, Суљевић, Сефедин, Суљевић, Нермина, „Издвајање (ван)брачне тековине у насљедном праву у Босни и Херцеговини с

освртом на право Европске уније“, *Зборник радова са Десетог међународног научног скупа „Дани породичног права“* (ур. А. Јашарбеговић), Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Мостар 2022;

13. Тешић, Ненад, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот* 10/2006;
14. Franz, Carolyn, Dagan, Nanoch, „Properties of Marriage“, *Columbian Law Review* 75/2004;
15. Cunningham, Mick, „Gender in Cohabitation and Marriage“, *Journal of Family Issues* 8 /2005.

Правни извори

1. Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 36/2009, 91/2016, 16/2023 и 27/2024;
2. Закон о наслеђивању – прочишћени текст закона, *Народне новине*, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19;
3. Закон о наслеђивању Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19;
4. Закон о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 80/2014 и 32/2019 – одлука УС;
5. Закон о наслеђивању, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/95, 101/2003 –одлука УСРС и 6/2015;
6. Закон о наслеђивању, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/08 и 75/17 – Одлука УС;
7. Закона о наслеђивању, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/09, 55/09 – испр., 91/16, 28/19 – одлука УС и 82/19;
8. Породични закон, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/23 и 27/24.

Судска пракса

1. Одлука Жупанијског суда у Вараждину, Гж-1153/03-2 од 29.09.2003. године;
2. Пресуда Врховног суда ФБиХ, 070 0 Рев 08 000268 од 31.3.2009. године;
3. Пресуда Европског суда за људска права, апликација бр. 38355/05, пресуда од 8.11.2007. године;
4. Пресуда Жупанијског суда у Сплиту, Гж-1710/2021-3 од 14.01.2022. године

Associate Professor Đorđe Raković, LL.D.

Faculty of Law, University of Banja Luka

SEPARATION OF (EXTRA)MARITAL PROPERTY IN THE LAW OF INHERITANCE

Summary

Separation of matrimonial or non-marital assets in inheritance law represents, in addition to several other forms, a type of separation from the composition of the legacy (estate) in favor of the spouse or non-marital partner. The paper will also look into the issue of a spouse's or non-marital partner's inheritance rights and matrimonial assets. It will also talk about the content and elements of the institution of separation of (extra)marital assets, since the current inheritance law in BH doesn't have any special rules for this. It will also look at similar institutions, procedural issues, and legal consequences, both in domestic and comparative law, in order to gain a better understanding of the issue and possible solutions.

Key words: *Separation of matrimonial assets; Estate; Marital/non-marital assets; Inheritance law.*

Prof. dr Borjana Miković

Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

PRAVNA ZAŠTITA STARIJIH OSOBA S ONESPOSOBLJENJEM U SVJETLU PREPORUKE KOMITETA MINISTARA VIJEĆA EVROPE BROJ R(99)4¹

U radu se analiziraju odredbe Preporuke Vijeća Evrope broj R(99)4 o principima u vezi s pravnom zaštitom punoljetnih osoba s onesposobljenjem – Preporuka R(99)4, koja je jedan od ključnih međunarodnih instrumenata u oblasti pravne zaštite, posebno starijih osoba kojima je potrebna pomoć ili im je izrečena neka od mjera zaštite, što uključuje i zamjensko odlučivanje. S tim u vezi, Preporuka R(99)4 sadrži važne smjernice za reformu nacionalnih zakonodavstava, čiji je cilj da se, gdje god je to moguće, u najvećoj mjeri garantuju prava, integritet i nezavisnost ovih osoba. Ovakvo postupanje nalaže da se zamjensko odlučivanje treba primjenjivati samo u slučaju kada je to neophodno, s tim da se sami principi, pored mjera zaštite i procesnih pravila, odnose i na ulogu staratelja, koga u skladu sa zakonom imenuje nadležni organ.

Na tragu navedenog, pokazatelji dobijeni uporedno-pravnom analizom principa sadržanih u Preporuci R(99)4 i odgovarajućih odredaba bosansko-hercegovačkog zakonodavstva iz oblasti starateljstva, posebno sva tri porodična zakona koji kao jedinu mjeru zaštite svih punoljetnih osoba s onesposobljenjem normiraju starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje, prezentovani su u ovom radu. Njihov sadržaj najvećim dijelom pokazuje neusklađenost bosanskohercegovačkog zakonodavstva s principima Preporuke R(99)4, posebno u dijelu koji se odnosi na promociju samoopredjeljenja i autonomije, kao ključne pretpostavke za poštovanje ljudskog dostojanstva, ljudskih prava i

Borjana Miković, borjana.mikovic@fpn.unsa.ba.

¹ Preporuku broj R (99)4 o principima u vezi s pravnom zaštitom punoljetnih osoba s onesposobljenjem usvojio je Komitet Ministara u skladu s čl. 156. Statuta Vijeća Evrope 23. februara 1999. godine s preporukom vladama zemalja članica da svoje zakonodavstvo i praksu usklade s principima sadržanim u Preporuci.

sloboda svih punoljetnih osoba s onesposobljenjem koje su nakon oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti stavljene pod starateljstvo.

Ključne riječi: Preporuka R(99)4; Principi; Onesposobljenje; Starije osobe; Pravna zaštita; Mjere zaštite; Dostojanstvo; Autonomija.

1. UVOD

Dvadeseto stoljeće, zahvaljujući poboljšanju životnih uslova i napretku medicinske nauke, posebno obilježava kontinuirani produžetak ljudskog života, a time i povećanje broja starijih osoba, među kojima su i one kod kojih uslijed starosti, odnosno s povećanjem godina vremenom dolazi do opadanja njihovih mentalnih sposobnosti. Navedeno stanje, potaknuto naglim razvojem ljudskih prava, prvenstveno u drugoj polovini 20. stoljeća, postepeno je nametalo potrebu za usvajanjem brojnih međunarodnih dokumenata koji u svojim odredbama normiraju posebna prava različitih društvenih skupina s invaliditetom, među kojima su i starije osobe. One pored zdravstvenih smetnji fizičkog zdravlja, među kojima su glavni problemi u kretanju, u sve većem broju ispoljavaju i različite duševne smetnje, od kojih je jedna od najtežih Alzheimerova bolest, što neminovno, uz pojačanu brigu društva, zahtijeva i posebnu pravnu zaštitu starijih osoba. Tu zaštitu, uporedo s liječenjem i drugim medicinskim tretmanima, obilježava pojačana aktivnost na stvaranju neophodnih zakonski utvrđenih mogućnost za samostalno odlučivanje starijih osoba u vezi s ličnim i imovinskim stvarima. Zaštita, takođe uključuje i eventualnu potrebu za zamjenskim odlučivanjem, odnosno formalnom zaštitom na način da se nakon odluke nadležnog organa, najčešće suda, o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti starija osoba stavi pod starateljstvo i imenuje joj se staratelj.

Navedeni pristup sve do usvajanja UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (2006) bio je prevladavajući u nacionalnim zakonodavstvima većine evropskih zemalja, među kojima je Bosna i Hercegovina (BiH), u kojoj je sve do danas na snazi tzv. tradicionalni sistem zakonodavstva. Ono u svojim odredbama kao jedini oblik zaštite svih punoljetnih osoba koje nisu u mogućnosti same se brinuti o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama, nakon pravosnažne odluke suda o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti, normira starateljstvo,² odnosno zamjensko odlučivanje. Na taj način dolazi pored nepoštovanja UN Konvencije o pravima

² Vid. Porodični zakon Federacije BiH – PZ FBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2005, 41/2005 - ispr., 31/2014 i 32/2019 - odluka US, čl. 192, st. 3; Porodični zakon Republike Srpske – PZ RS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/2023 i 27/2024, čl. 243, st. 2; Porodični zakon Brčko Distrikta BiH – PZ BD, *Službeni glasnik BD BiH*, br. 23/2007, čl. 173, st. 3.

osoba s invaliditetom (KPOSI) ne poštuju se i brojni međunarodni dokumenti iz oblasti invalidnosti, koji su doneseni prije usvajanja KPOSI. Jedan od tih dokumenata je Preporuka R(99)4 o principima u vezi s pravnom zaštitom onesposobljenih punoljetnih osoba (Preporuka R (99)4), koja već u Preambuli navodi da su demografske i medicinske promjene uticale na povećanje broja starijih osoba koje, zajedno s drugim punoljetnim osobama, nisu sposobne da zaštite sopstvene interese uslijed onesposobljenja ili nedovoljnog razvoja ličnosti. što stvara potrebu za adekvatnim zakonskim okvirom u cilju osiguranja njihove pravne zaštite. S tim u vezi, Preporuka R(99)4 u skupu svojih principa posebno ističe da nad punoljetnim osobama s onesposobljenjem starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje treba trajati što je moguće kraće, samo u dijelu koji se odnosi na utvrđenu nesposobnost, najčešće starije osobe, i samo u mjeri koja je neophodna za ostvarenje svrhe starateljstva. Takođe, s obzirom na to da se sposobnosti mijenjaju, svaki pojedinačni slučaj starateljstva treba u određenom vremenskom periodu kontinuirano preispitivati. Stoga, Preporuka R(99)4 koja je u vrijeme usvajanja, sedam godina prije KPOSI, bila ključni međunarodni instrument u poštovanju ljudskih prava i ljudskog dostojanstva svih punoljetnih osoba pod starateljstvom, odnosno punoljetnih osoba kojima je izrečena neka zaštitna mjera, i danas predstavlja aktuelan i važan međunarodni instrument u ovoj oblasti. „On je i dalje u potpunosti ažuran. Njegova snaga je u tome što je namijenjen svim državama članicama dajući detaljne smjernice o tome kako reformisati nacionalno zakonodavstvo.“³

Navedeno se posebno odnosi na zemlje u kojima je, poput BiH, još uvijek na snazi sistem zakonodavstva s primjenom zamjenskog odlučivanja, kao jedinog oblika zaštite svih punoljetnih osoba s onesposobljenjem. Ovo tim prije, što se principi sadržani u Preporuci R(99)4 prvenstveno odnose na mjere zaštite kojima se ovim osobama, gdje god je to moguće, osiguravaju integritet, prava i nezavisnost.

Budući da je sadržaj Preporuke R(99)4 podijeljen u ukupno pet dijelova,⁴ od kojih se prvi i najkraći dio odnosi na predmet primjene, odnosno definisanje korištenih pojmova, a ostala četiri na odgovarajuće principe koji su različito grupisani i izdvojeni u skladu s utvrđenim naslovom, u ovom radu sadržaj svakog od navedenih dijelova, odnosno svih 28 principa, bit će posebno prezentovan i to uz uporedno pravnu analizu svakog pojedinačnog principa s odgovarajućim odredbama bosanskohercegovačkog zakonodavstva iz oblasti starateljstva. Navedeno se posebno odnosi na

³ Memorandum objašnjenja Preporuke CM/Rec(2009)11 o principima u vezi s anticipiranim naredbama i punomoćima za slučaj nesposobnosti, tač. 5.

⁴ Dijelovi nose sljedeće naslove: 1. Predmet primjene; 2. Osnovni principi; 3. Procesni principi; 4. Uloga zastupnika; 5. Medicinske intervencije.

odredbe sva tri porodična zakona u BiH,⁵ koji u posebnim poglavljima normiraju starateljstvo kao jedini oblik zaštite punoljetnih osoba koje nisu sposobne ili koje nisu u mogućnosti starati se o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama.⁶

2. PREDMET PRIMJENE

Dio I: „Predmet primjene“, Preporuke R(99)4, kako je to ranije istaknuto u ovom radu, sadrži definicije određenih pojmova koji se koriste u ovom dokumentu. Ti pojmovi su: punoljetne osobe s onesposobljenjem, uzroci onesposobljenosti, mjere zaštite, odrasle osobe, te medicinske intervencije.

U skladu s navedenim, termin „punoljetne osobe s onesposobljenjem“⁷ odnosi se na one osobe koje zbog oštećenja ili nedovoljnog razvoja njihovih ličnih osobina nisu u mogućnosti samostalno donositi odluke u vezi s nekim ili svim svojim ličnim i ekonomskim pitanjima, kao i na osobe koje nisu u mogućnost da te odluke razumiju, izraze ili djeluju u skladu s njima.

Drugi termin „uzroci onesposobljenja“, obrazlaže da uzroci onesposobljenja mogu biti: mentalni invaliditet, bolest i slični razlozi kao što je npr. koma, gdje osoba nije u mogućnosti da izrazi svoje želje ili da ih verbalizuje.⁸

Treći termin „mjere zaštite“ naglašava pravni aspekt zaštite punoljetnih osoba s onesposobljenjem, čime se zapravo Preporuka R(99)4 bavi. Budući da se ta pravna zaštita ostvaruje putem zastupanja ili pomoći, termin „zastupanje“ odnosi se na donošenje odluka umjesto ili u ime punoljetne osobe, dok termin „pomoć“ znači prvenstveno pružanje pomoći ili davanje savjeta punoljetnoj osobi u vezi s odlukama ili davanje pristanka na odluke koje je punoljetna osoba donijela, što u oba slučaja može značiti upravljačku funkciju.

⁵ U BiH na državnom nivou ne postoji jedinstven porodični zakon, odnosno zakon koji bi regulirao oblast starateljstva. Navedeno je uslovljeno činjenicom da je BiH administrativno složena država, definisana Dejtonskim mirovnim sporazumom, čiji *Aneks IV* predstavlja Ustav BiH. Prema ovom Ustavu, BiH je teritorijalno uređena kao složena država, sastavljena od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, te Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

⁶ Vid. PZ FBIH, čl. 160, st. 1; PZ RS, čl. 12; PZ BD, čl. 141, st. 1.

⁷ Upotreba termina „punoljetne osobe s onesposobljenjem“ u Preporuci R(99)4 bila je primjerena u vrijeme donošenja ovog međunarodnog instrumenta. Međutim, sedam godina kasnije, nakon usvajanja KPOSI, navedeni termin zamijenjen je terminom „osobe s invaliditetom“, kako bi se, što je moguće više, izbjegla stigmatizacija ove društvene skupine. Budući da je Preporuka R(99)4 predmet posebne analize u radu će se, u skladu s ovim međunarodnim instrumentom, koristiti termin „punoljetne osobe s onesposobljenjem“, odnosno „punoljetne onesposobljene osobe“.

⁸ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 20.

Četvrti pojam „odrasle osobe“, podrazumijeva osobu koja se prema relevantnom zakonodavstvu različitih zemalja smatra punoljetnom, s tim da se danas, u skladu s odredbama UN Konvencije o pravima djeteta, u većini zemalja svijeta punoljetstvo stiče s navršениh 18 godina života, a time i poslovna sposobnost.

Peti pojam, „medicinske intervencije“, određuje se kao profesionalni čin izveden na nekoj osobi radi zaštite njezinog zdravlja, što prvenstveno obuhvata intervencije u cilju preventivne zaštite, postavljanja dijagnoze, liječenja, rehabilitacije i istraživanja.

3. OSNOVNI PRINCIPI

Dio II: „Osnovni principi“ Preporuke R(99)4 sadrži ukupno deset principa, za čiji se sadržaj, s obzirom na navedeni naslov, već na prvi pogled, može zaključiti da je od posebne važnosti kod izricanja mjere zaštite prema punoljetnim osobama s onesposobljenjem, bilo da je u pitanju zastupanje ili provođenje nekog drugog pravnog sredstva. Stoga implementacija osnovnih principa u nacionalna zakonodavstva zemalja s tzv. tradicionalnim tipom zakonodavstva čini osnovu iskazanog poštovanja i posebne pravne zaštite ovih osoba.

Princip 1: „Poštovanje ljudskih prava“, ističe da je u zaštiti punoljetnih osoba s onesposobljenjem osnovni princip, koji je sadržan u svim ostalim principima, „poštovanje dostojanstva svake osobe kao ljudskog bića“. To znači da se postupci i praksa koji se tiču zaštite takvih osoba moraju zasnivati na poštovanju njihovih ljudskih prava i osnovnih sloboda, uzevši u obzir sva svojstva tih prava koja čine dio relevantnih međunarodnih pravih instrumenata.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, odnosno sva tri porodična zakona u BiH: Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Porodični zakon Republike Srpske i Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, ne sadrži niti jednu odredbu, čak ni kod određivanja svrhe starateljstva, u kojoj se ističe obaveza poštovanja ljudskih prava, osnovnih sloboda i dostojanstva punoljetnih osoba koje su nakon oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti stavljene pod starateljstvo. Navedeno je u suprotnosti ne samo s međunarodnim standardima ljudskih prava nego i s odredbama Ustava BiH, ali i s odredbama ustava oba entiteta i Statuta BD BiH.⁹

Princip 2: „Fleksibilnost pravnog odgovora“, insistira da mjere zaštite i ostala pravna sredstva koja se primjenjuju na sve punoljetne osobe s ones-

⁹ Vid. Ustav BiH čl. 2, st. 1 i 2 i čl. 1, st. 4; Ustav FBiH, čl. 2; Ustav RS, čl. 5, st. 1; Statut BD BiH, čl. 13, st. 4.

posobljenjem, u skladu s odgovarajućim zakonodavstvom, moraju po svom obimu biti dovoljno fleksibilni da omoguće odgovarajući pravni odgovor za različite stepene onesposobljenja i u različitim situacijama. Pri tome, skup mjera zaštite u odgovarajućim slučajevima mora obuhvatati i one mjere koje ne ograničavaju poslovnu sposobnost određene osobe. Takođe, pored obaveze raspolaganja odgovarajućim mjerama zaštite u slučaju nužde, princip „fleksibilnosti pravnog odgovora“ izričito zahtijeva: „Skup mjera zaštite mora obuhvatiti one koje su ograničene na pomoć pri izvršenju jedne određene radnje bez potrebe da se imenuje privremeni ili trajni zastupnik.“¹⁰

Dodatno objašnjenje navedenog sadržano je u Memorandumu objašnjenja Preporuke R(99)4, gdje se ističe: „Spektar mjera bi trebao sadržavati mjere koje se tiču specifičnog akta ili intervencije. Postoji mnoštvo situacija u kojima imenovanje trajnog staratelja nije potrebno. Čak je moguće da je imenovanje bilo kakvog zastupnika nepotrebno. Može biti suvišno da sud ili drugi organ daju ovlaštenje za pojedine intervencije. Primjeri mogu biti ovlaštenje za prodaju kuće, ili ovlaštenje za pojedinu medicinsku intervenciju“.¹¹

Uz navedeno, isti princip predlaže razmatranje potrebe uvođenja mjera na osnovu kojih imenovana osoba, npr. zastupnik, djeluje zajedno s punoljetnom osobom s onesposobljenjem, kao i mjera na osnovu kojih je moguće imenovati više zastupnika.

Prezentirani sadržaj principa: „Fleksibilnost pravnog odgovora“ jasno upućuje na zaključak da je u svim slučajevima pravne zaštite onesposobljenih punoljetnih osoba, ukoliko za to postoji i najmanja mogućnost, očuvanje poslovne sposobnosti jedan od ključnih zahtjeva Preporuke R (99) 4.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo, odnosno sva tri aktuelna porodična zakona, nasuprot navedenim zahtjevima principa 2, kao jedinu mjeru zaštite prava i interesa svih punoljetnih osoba s onesposobljenjem normira starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje. S tim u vezi, jedina, djelimična, fleksibilnost pravnog odgovora, ogleda se u tome što prema odredbama sva tri porodična zakona u BiH postoje dva nivoa oduzimanja poslovne sposobnosti: potpuna i ograničena. Takođe, u ovim zakonima neka vrsta fleksibilnosti postoji i kod obavljanja dužnosti staratelja, budući da je staratelj punoljetne osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost u dužnostima i pravima izjednačen sa starateljem osobe koja nije navršila 14 godina života, dok staratelj osobe kojoj je poslovna sposobnost ograničena ima

¹⁰ Preporuka R(99)4, princip 2, tač. 5.

¹¹ Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 31.

dužnosti i prava staratelja maloljetne osobe koja je navršila 14 godina života.¹²

Princip 3: „Maksimalno očuvanje poslovne sposobnosti“, zahtijeva da pravni okvir država članica u najvećoj mogućoj mjeri mora priznati postojanje različitih stepena onesposobljenosti, kao i da se onesposobljenje vremenom može mijenjati. U skladu s tim, izrečena mjera zaštite automatski ne bi trebala biti oduzimanje poslovne sposobnosti, s tim da ograničenje poslovne sposobnosti treba primjenjivati u onim slučajevima kada se utvrdi da je to neophodno u svrhu zaštite određene osobe.

Isti princip nalaže i razmatranje pravnih odgovora putem kojih bi se punoljetnoj osobi s onesposobljenjem kojoj je izrečena mjera zaštite dozvolilo da, uz pristanak zastupnika, poduzme određene pravne radnje ili pravne radnje u određenoj oblasti. Isto tako, izrečena mjera zaštite ne bi trebalo da punoljetnoj osobi s onesposobljenjem automatski uskrati pravo glasa, pravo da sačini testament, pravo da pristane ili odbije medicinske intervencije, kao i pravo da donosi lične odluke u bilo koje vrijeme kada njezina sposobnost to dozvoljava. Pri tome, ova osoba, kada god je to moguće, treba da stupi u pravne poslove svakodnevne prirode.

U BiH nijedan od tri porodična zakona, osim „stepenovanja“ na oduzimanje i ograničenje poslovne sposobnosti, ne normira posebne pravne odgovore, budući da je jedina mjera zaštite ovih osoba stavljanje pod starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje. Stoga, punoljetna osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost, nakon što sudska odluka postane pravosnažna, gubi pravnu samostalnost, njezine izjave volje nemaju pravni učinak, a samu osobu zastupa staratelj. Ona, shodno zakonskim odredbama, ne može sklopiti brak, ne može usvojiti dijete, ne može priznati vanbračno materinstvo/očinstvo, ne može podnijeti tužbu za utvrđivanje ili osporavanje materinstva/očinstva, nema biračko pravo itd.

Za razliku od osobe s oduzetom poslovnom sposobnošću, osoba s ograničenom poslovnom sposobnošću može, ako je sposobna shvatiti značenje izjave, priznati vanbračno materinstvo/očinstvo, osporiti bračno materinstvo/očinstvo, kao majka djeteta može dati pristanak na priznanje očinstva, podnijeti u ime djeteta tužbu radi utvrđivanja očinstva, ima biračko pravo itd.

Princip 4: „Javnost“, određuje da javnost mjere zaštite, s jedne strane, znači stigmatizaciju osobe kojoj je zaštitna mjera određena, dok, s druge strane, u pojedinim slučajevima javnost mjere može poslužiti ne samo da zaštiti treću stranu nego i samu osobu. Stoga se kao najmjerodavnije čini to

¹² Vid. PZ FBiH, čl. 194, st. 1 i 2; PZ RS, čl. 246; PZ BD, čl. 175, st. 1 i 2.

da potreba za javnošću u odnosu na neke mjere zaštite treba biti pažljivo procijenjena, kao i vrsta javnosti koja će se koristiti.¹³

U bosanskohercegovačkom zakonodavstvu iz oblasti starateljstva, odnosno u sva tri porodična zakona, normirano je da organ starateljstva o stavljanju pod starateljstvo osobe kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost ima obavezu obavijestiti nadležnog matičara u roku od 15 dana od pravosnažnosti rješenja. Takođe, obaveza organa starateljstva je da, ukoliko osoba pod starateljstvom ima nepokretnu imovinu o tome obavijesti zemljišno knjižni ured, radi upisa starateljstva u zemljišne knjige.¹⁴

Princip 5: „Neophodnost i supsidijarnost“, poznat i kao princip „minimalne neophodne intervencije“, insistira da se nijedna mjera zaštite ne smije izreći punoljetnoj osobi s onesposobljenjem ukoliko to nije neophodno, pri čemu treba uzeti u obzir pojedinačne okolnosti i potrebe same osobe. Međutim, prema ovom principu, mjeru zaštite, koja čak i nije neophodna, moguće je izreći uz pun i slobodan pristanak punoljetne osobe. U dijelu koji se odnosi na „neophodnost“, princip 5 zahtijeva da kod odlučivanja da li je mjera zaštite potrebna, treba uzeti u obzir mogućnost manje formalnog dogovora koji je moguće postići, kao i bilo koju pomoć koju bi mogli pružiti članovi porodice punoljetne osobe s onesposobljenjem, vlasti ili druge osobe. U istom kontekstu, „supsidijarnost“, kao poseban princip zahtijeva da odgovor sredstvima ili pravnim mjerama treba biti supsidijaran u odnosu na odgovor sredstvima upotrebe neformalnih aranžmana ili pružanja pomoći. Pri tome, zakoni iz oblasti zaštite punoljetnih osoba sa umanjenim sposobnostima treba da daju prednost navedenim principima.¹⁵

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva u svojim odredbama ne sadrži pojmove „neophodnost“ i „supsidijarnost“. S tim da sud tokom samog postupka cijeni neophodnost donošenja odgovarajuće odluke o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti punoljetnoj osobi sa onesposobljenjem, nakon čega se ova osoba stavlja pod starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje.

Princip 6: „Proporcionalnost“, zahtijeva da mjera zaštite, u slučajevima gdje je neophodna, mora biti proporcionalna stepenu poslovne sposobnosti punoljetne osobe s onesposobljenjem i prilagođena njezinim individualnim okolnostima i potrebama. Budući da je navedeni princip poznati i kao princip „najmanje restriktivne alternative“, mjera zaštite u skladu s postizanjem svrhe njezinog izricanja, može minimalno ograničiti poslovnu sposobnost, prava i slobode osobe na koju se odnosi.

¹³ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 37.

¹⁴ Vid. PZ FBiH, čl. 170; PZ RS, čl. 219, st. 1 i 2; PZ BD, čl. 151.

¹⁵ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 38 i 39.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, kako je to više puta istaknuto u ovom radu, kao jedinu mjeru zaštite punoljetnih osoba koje nisu sposobne ili nisu u mogućnost same se brinuti o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama normira starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje koje se primjenjuje nakon pravosnažnosti sudske odluke o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti. Isto zakonodavstvo, kao uzroke za oduzimanje poslovne sposobnosti normira: duševnu bolest, uživanje alkohola ili opojnih supstanci, zaostali duševni razvoj, senilnost i druge uzroke, zbog kojih punoljetna osoba nije sposobna sama se brinuti o svojim pravima i interesima. Identični uzroci normirani su i za ograničenje poslovne sposobnosti, s tim da punoljetna osoba zbog tih uzroka neposredno ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih osoba.¹⁶ Jednom riječju, uzroci oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti u zakonodavstvu BiH su gotovo identični, pri čemu je svjesnost o različitosti intenziteta, odnosno stepenu utvrđene nesposobnosti izazvane nekim od ovih uzroka pretočena u zakonske odredbe kroz gradaciju oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti.

Princip 7: „Pravičnost i efikasnost postupka“, ističe neophodnost obezbjeđenja pravičnog i efikasnog postupka za određivanje mjera zaštite punoljetnoj osobi s onesposobljenjem. S tim u vezi, mora postojati adekvatna procesna zaštita da bi se ispoštovala ljudska prava ovih osoba i spriječila mogućnost zloupotreba. Ovo tim prije što mjera zaštite iz ugla gledanja punoljetne osobe može predstavljati povredu njezinih prava i sloboda.¹⁷

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, tačnije sva tri zakona o vanparničnom postupku i PZ FBiH, izuzev medicinskog vještačenja,¹⁸ ne normiraju decidirano druge dokaze koje je neophodno izvesti u postupku za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti. S tim u vezi, neobjašnjivim se čini to da u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu u oblasti starateljstva, izuzev vještačenja, ne postoji decidirana odredba o primjeni određenih standarda dokazivanja nesposobnosti u postupku oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti, kao ni odredba da će se osobi poslovna sposobnost oduzeti ili ograničiti samo u slučaju kad je to u njezinim najboljim interesima. Ovakvo stanje i pored zakonodavstvom normiranih procesnih pravila, stvara pretpostavke za njihovu neefikasnost u zaštiti punoljetnih osoba s onesposobljenjem uz mogućnost zloupotreba, ali i nepoštovanja osnovnih ljudskih prava.

¹⁶ Vid. PZ FBiH, čl. 192, st. 1 i 2; PZ BD, čl. 173, st. 1 i 2. PZ RS ne normira moguće uzroke nesposobnosti punoljetnih osoba da se same brinu o sebi, svojim pravima i interesima.

¹⁷ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 42.

¹⁸ ZVP FBiH, čl. 36, st. 1; ZVP RS, čl. 35; ZVP BD, čl. 33, st. 1; PZ FBiH, čl. 331, st. 1.

Princip 8: „Pridavanje najveće važnosti interesima i dobrobiti punoljetne osobe“, naglašava da kod donošenja odluke ili provođenja mjere zaštite interes i dobrobit punoljetne osobe s onesposobljenjem mora biti od posebne važnosti. Takođe, izbor bilo koje osobe da zastupa ili pomaže takvoj osobi, mora biti vođen njezinim kompetencijama da štiti i promoviše interese i dobrobit punoljetne osobe s onesposobljenjem. Ovakvo postupanje implicira da se imovina punoljetne osobe s onesposobljenjem mora kontrolisati i koristiti u njezinu korist, a ne u korist drugih, npr. nasljednika. Navedeno se odnosi i na članove porodice, čija je uloga nemjerljivo važna i ničim zamjenjiva, iako su u nekim porodičnim situacijama izraženi akutni konflikti interesa, čije opasnosti zakonodavstvo mora biti svjesno.¹⁹

U bosanskohercegovačkom zakonodavstvu pridavanje najveće važnosti interesima i dobrobiti punoljetne osobe, koja je nakon odluke suda o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti stavljena pod starateljstvo, normirano je kod određenja svrhe starateljstva u dva od ukupno tri porodična zakona.²⁰ S tim u vezi, PZ FBiH i PZ BD normiraju: „Svrha starateljstva je zaštita ličnosti i interesa punoljetnih šticenika, naročito njihovim liječenjem i osposobljavanjem za samostalan život i rad“.²¹ Pojam „dobrobit“ nije sadržan niti u jednom od ovih zakona, kao ni pojam „najbolji interesi“ ali je iz određenja svrhe starateljstva njihovu primjenu moguće ustanoviti.

U vezi s prikladnošću osobe, odnosno imenovanog staratelja osobi kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost sva tri porodična zakona u BiH utvrđuju uslove za njegov izbor,²² kao i da staratelj samostalno, u ime šticenika²³ i za njegov račun, vrši poslove koji spadaju u redovno poslovanje i upravljanje imovinom, s tim da je pri preduzimanju svakog važnije posla staratelj, kada je to moguće, dužan u obzir uzeti mišljenje šticenika, ako je šticenik sposoban shvatiti o čemu se radi.²⁴

Princip 9: „Poštovanje želja i afiniteta punoljetne osobe“, ističe da je kod donošenja i provođenja mjera zaštite potrebno utvrditi prethodne i trenutne želje, kao i afinitete punoljetne osobe s onesposobljenjem, koliko je to moguće. Njih treba uzeti u obzir uz dužno poštovanje. Navedena formulacija, odnosno sintagma „uz dužno poštovanje“ upućuje na zaključak

¹⁹ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 44.

²⁰ PZ RS niti u jednoj od svojih odredaba ne normira svrhu starateljstva nad punoljetnim osobama.

²¹ PZ FBiH, čl. 161; PZ BD, čl. 142.

²² Vid. PZ FBiH, čl. 169; PZ RS, čl. 213, st. 1 i 2; PZ BD, čl. 150.

²³ Šticenik je pojam koji se koristi za osobu pod starateljstvom (vid. PZ FBiH, čl. 160, st. 2; PZ BD, čl. 141, st. 2). U PZ RS nije sadržana slična odredba, iako se u njemu koristi pojam šticenik.

²⁴ Vid. PZ FBiH, čl. 176, st. 1 i 2; PZ RS, čl. 225, st. 1 i 2; PZ BD, čl. 157, st. 1 i 2.

da neophodnost poštovanja utvrđenih želja i afiniteta punoljetne osobe s onesposobljenjem nije obavezno, posebno u slučajevima ako su oni u suprotnosti s njezinim interesima i dobrobiti. Za razliku od navedenog KPOSI, u okviru principa „Jednakost pred zakonom“, decidno utvrđuje da se kod donošenja bilo koje mjere, vezane za ostvarivanje poslovne sposobnosti, trebaju ispoštovati „prava, volja i sklonosti osobe.“²⁵

U BiH nijedan od porodičnih zakona ne sadrži odredbe koje decidirano normiraju potrebu za utvrđivanjem želja i afiniteta punoljetne osobe pod starateljstvom. Međutim, isti zakoni normiraju obavezu organa starateljstva da pri imenovanju staratelja mišljenje/želje šticećenika, ako je sposoban shvatiti o čemu se radi, kao i mišljenje/želje bliskih srodnika šticećenika, uzme u obzir.²⁶

Prezentirane odredbe, posebno u vezi s pojmom „uzeti u obzir“, djelimično su u skladu s sadržajem principa 9, s tim da nijedan od navedenih zakona uz pojam „uzeti u obzir“, ne sadrži sintagmu „uz dužno poštovanje“. Pri tome, punoljetna osoba koja „nije sposobna shvatiti o čemu se radi“, prema odredbama navedenih zakona, nema pravo izraziti svoje mišljenje ili želje.

Princip 10: „Konsultacije“, ističe da je prilikom uspostavljanja i preduzimanja mjera zaštite, ukoliko je to moguće, potrebno obaviti konsultacije sa osobama koje su bitno zainteresovane za dobrobit punoljetne osobe s onesposobljenjem. Većinom su to, pored zastupnika, osobe koje su neformalno uključene u zaštitu punoljetne osobe s onesposobljenjem, npr. članovi njezine porodice. Pri tome, navedeno, odnosno koje osobe treba konsultovati, način kako se one konsultuju, kao i efekti konsultacija ili njihov izostanak, treba decidno normirati u nacionalnom zakonodavstvu određene zemlje.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, niti u jednom od svoji članova, za razliku od pojma „mišljenje“, odnosno „želje“, ne koristi termin „konsultacije/konsultovati“, s tim da je jedino pri imenovanju staratelja organ starateljstva obavezan, pored mišljenja šticećenika ako je sposoban shvatiti o čemu se radi, uzeti u obzir i mišljenje njegovih bliskih srodnika.

4. PROCESNI PRINCIPI

Primjenom procesnih principa sadržanih u Preporuci R(99)4 obezbjeđuje se pravičan postupak za određivanje odgovarajuće mjere zaštite punoljetnim osobama s onesposobljenjem. Isti pristup imaju i drugi međunarod-

²⁵ KPOSI, čl. 12, st. 4.

²⁶ PZ FBiH, čl. 165, st. 3; PZ RS, čl. 213, st. 3; PZ BD, čl. 146, st. 3.

dni dokumenti koji, takođe, insistiraju na pravičnom suđenju svih građana prema kojima se vodi sudski postupak iz bilo kojeg razloga. Jedan od njih je Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), koja normira: „svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom.“²⁷ Ova Konvencija isto tako insistira na pravu svakog ljudskog bića da se poštuje njegova privatnost i porodični život, uz normiranje: „Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.“²⁸

Citirane odredbe upućuju na zaključak da svako miješanje u privatni život pojedinca mora biti proporcionalno ciljevima koji se žele postići, što bi u kontekstu punoljetnih osoba s onesposobljenjem bili ciljevi vezani za zaštitu njihovog zdravlja, ali i njihovih prava i interesa. Takođe, u slučaju vođenja postupka izricanja mjere zaštite prema ovim osobama, navedene odredbe, kao i principi sadržani u Preporuci R(99)4 upućuju na zaključak da mjere zaštite ne bi trebale ograničavati poslovnu sposobnost svih punoljetnih osoba s onesposobljenjem. Pri tome, procesna prava osobe prema kojoj se vodi sudski postupak da pobija dokaze druge strane, da prezentira svoje dokaze i da pozove svjedoke čine ključne elemente pravednog suđenja garantovanog i u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (MPGPP).²⁹ Iste elemente pravednog suđenja sadrži i Opći komentar br. 13 – Član 14 (pravosuđe), UN Komiteta za ljudska prava, vezan za minimalne garancije koje pruža čl. 14. MPGPP.³⁰

U skladu s navedenim, Preporuka R(99)4 u okviru ukupno sedam procesnih principa naglašava važnost procesnih pitanja tokom pokretanja i provođenja postupka za izricanje mjere zaštite s posebnim akcentom na poštovanje prava punoljetne osobe s onesposobljenjem prema kojoj je pokrenut postupak. Stoga bi svaki od ovih principa trebalo implementirati u odgovarajuće zakonodavstvo država u kojima se još uvijek primjenjuje tzv. tradicionalno zakonodavstvo.

Princip 11: „Pokretanje postupka“, obavezuje na utvrđivanje sveobuhvatne liste osoba koje su ovlaštene da pokrenu postupak za poduzimanje mjera zaštite punoljetnih osoba s onesposobljenjem. S tim u vezi, neophodno je obezbjediti da postupak može pokrenuti službena osoba, sud ili

²⁷ Vid. EKLJP, čl. 6, st. 1.

²⁸ EKLJP, čl. 8, st. 2.

²⁹ MPGPP, čl. 14, st. 3, tač. e.

³⁰ UN Komitet za ljudska prava, *Opći komentar br. 13 – Član 14 (Pravosuđe)*, tač. 12.

drugi nadležni organ, pri čemu bi u ovu listu trebalo uključiti i samu punoljetnu onesposobljenu osobu. To posebno što „više nije moguće pretpostaviti, naročito kad su u pitanju starije osobe, da će uvijek biti odgovornih i zainteresovanih članova porodice koji su spremni da pokrenu postupak.“³¹

Kako je obavijest punoljetnoj onesposobljenoj osobi prema kojoj je pokrenut postupak za preduzimanje mjera zaštite bez obzira na prisutne teškoće odnosno stepen onesposobljenja od posebne važnosti, princip 11 izričito nalaže obavezu blagovremenog obavještenja te osobe. Samo obavještenje treba da sadrži informaciju o tome da se pokreće postupak koji bi mogao da utiče ne samo na poslovnu sposobnost punoljetne osobe s onesposobljenjem nego i na njezina prava i interese. Takođe, obavještenje treba biti na jeziku koji osoba razumije, ili na drugi način koji je za osobu prihvatljiv.³² Drugim riječima, zahtjev principa broj 11 je da se osobi prema kojoj je pokrenut postupak obavijest mora poslati napismeno i što je moguće razumljivije u zavisnosti od stepena i vrste onesposobljenja, npr., ako osoba razumije samo znakovni jezik, poziv treba biti na Brailleovom pismu.

Navedeni zahtjev jasno pokazuje da Preporuka R (99) 4 prepoznaje u praksi čestu pojavu da je za jedan broj punoljetnih osoba s onesposobljenjem prema kojim se vodi postupak za preduzimanje mjera zaštite obavještenje napisano u skladu s pravnim propisima nedovoljno jasno. Te nejasnoće na prvom mjestu se odnose na (ne)mogućnost razumijevanja posljedica pokrenutog postupka.

U bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, lista osoba i institucija koje mogu pokrenuti postupak oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti, pored PZ FBiH, normirana je i u sva tri zakona o vanparničnom postupku. Tako, PZ FBiH normira: „Postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti može pokrenuti sud po službenoj dužnosti ili na prijedlog organa starateljstva, bračnog partnera osobe kojoj se oduzima poslovna sposobnost, njenih krvnih srodnika u ravnoj liniji, a u pobočnoj do drugog stepena“.³³ Isti krug/lista osoba koje su prema PZ FBiH ovlaštene za pokretanje postupka za oduzimanje poslovne sposobnosti utvrđen je i u sva tri zakona o vanparničnom postupku, s tim da oni krug/listu ovih osoba proširuju i na osobu prema kojoj se treba voditi postupak, ukoliko može shvatiti značaj i pravne posljedice svoga prijedloga.³⁴

³¹ Memorandum objašnjenja uz Preporuku R(99)4, tač. 51.

³² Prema principu 11, tač. 2, Preporuke R(99)4 izuzetak od navedenog su slučajevi kada „bi takva informacija bila očito beznačajna za osobu prema kojoj se postupak vodi ili bi predstavljala znatnu opasnost za njezino zdravlje.“

³³ PZ FBiH, čl. 326, st. 1.

³⁴ Vid. ZVP FBiH, čl. 30; ZVP RS, čl. 29; ZVP BD, čl. 28.

Princip 12: „Provjera i procjena“, zahtijeva uspostavu adekvatnog postupka za provjeru i procjenu ličnih sposobnosti svih punoljetnih osoba s onesposobljenjem kojima treba izreći mjeru zaštite. Pri tome, nikakve mjere zaštite koje na bilo koji način ograničavaju poslovnu sposobnost punoljetnoj osobi s onesposobljenjem ne treba poduzimati prije nego što organ, odnosno osoba koja izriče mjeru (sud/sudija ili druga nadležna osoba), ne vidi tu osobu, i lično se uvjeri u njezino cjelokupno stanje, između ostalog, na osnovu pisanog nalaza i mišljenja podnesenog od barem jednog vještaka odgovarajuće specijalnosti.

U BiH sva tri zakon o vanparničnom postupku, kao i PZ FBiH, normiraju da osobu prema kojoj se vodi sudski postupak za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti mora pregledati vještak medicinske struke odgovarajuće specijalnosti, koji je obavezan dostaviti sudu (pisani) nalaz i mišljenje o psihičkom stanju osobe, odnosno o njezinim sposobnostima za rasuđivanje.³⁵ Međutim, između navedenih zakona postoje i određene razlike. Tako, prema odredbama PZ FBiH, ako je osoba prema kojoj se vodi postupak odlukom suda smještena u zdravstvenu ustanovu i ako iz izvještaja te ustanove proizlazi da joj je potrebno oduzeti poslovnu sposobnost, pregled vještaka nije obavezan.³⁶ U istom kontekstu, u odredbama ZVP FBiH i ZVP BD normirano je da se vještačenje, ukoliko je osoba smještena u zdravstvenu ustanovu, ne treba obavljati uz prisutnost sudije.³⁷

Princip 13: „Pravo na lično izjašnjavanje“, posebno insistira na poštovanju prava punoljetne onesposobljene osobe da bude saslušana, odnosno da se lično izjasni u bilo kom postupku koji bi mogao da utiče na njenu poslovnu sposobnost. S tim u vezi, dodatno, u Memorandumu objašnjenja Preporuke R (99) 4 ističe se da je kod poštovanja prava osobe s onesposobljenjem da lično bude saslušana „neophodno uzeti u obzir odredbe EKLJP, koje garantuju pravo na pravično suđenje, naročito čl. 6. st. 1, kao i praksu Evropske komisije i Suda za ljudska prava koja se, takođe, odnosi na pravo ove osobe da bude saslušana.“³⁸ Pozivanje na praksu Evropskog suda za ljudska prava zasnovano je na postojanju više različitih presuda koje je u navedenom smislu ovaj sud donio.³⁹

U BiH sva tri zakona o vanparničnom postupku normiraju pravo osobe s onesposobljenjem prema kojoj se vodi sudski postupak za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti da bude pozvana i saslušana na ročištu, osim ako ova osoba, po ocjeni suda, nije u stanju da shvati značaj i pravne

³⁵ Supra note br. 18.

³⁶ PZ FBiH čl. 331, st. 2.

³⁷ ZVP FBiH čl. 36, st. 2; ZVP BD čl. 33, st. 2.

³⁸ Memorandum objašnjenja Preporuke R (99) 4, tač. 55.

³⁹ Vid. Presudu Evropskog suda za ljudska prava, D.D. protiv Litvanije..

posljedice svog učešća u postupku,⁴⁰ odnosno, kako je to normirano u PZ FBiH, „ako prema ocijeni suda saslušanje ove osobe nije moguće zbog njenog zdravstvenog stanja ili bi za nju moglo biti štetno.“⁴¹

Princip 14: „Trajanje, revizija i žalba“, insistira da mjere zaštite, kad god je to moguće, trebaju biti ograničenog trajanja. One se, takođe, trebaju periodično preispitivati (izvršiti reviziju), budući da postoji mogućnost promjene okolnosti i stanja punoljetne osobe, što znači da bi mjere zaštite u slučajevima kada više ne postoje uslovi za njihovu primjenu trebalo ukinuti.

U istom kontekstu, KPOSI u svojim odredbama, pored zahtjeva jednakosti pred zakonom i normiranja da osobe s invaliditetom u svim područjima života uživaju pravnu i poslovnu sposobnost ravnopravno s drugim osobama⁴², obavezuje države potpisnice na osiguranje: „da sve mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti predviđaju odgovarajuće i djelotvorne mehanizme zaštite koji će sprečavati zloupotrebu, u skladu s odredbama međunarodnog prava o ljudskim pravima. Ti mehanizmi zaštite će osigurati da mjere koje se odnose na uživanje pravne i poslovne sposobnosti poštuju prava, volju i preferencije te osobe, da se isključi sukob interesa i zloupotreba uticaja, da su proporcionalno prilagođene okolnostima u kojima se ta osoba nalazi, da se primjenjuju u najkraćem mogućem vremenu, te da podliježu redovnoj reviziji nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog tijela vlasti ili sudskog tijela“⁴³ Citirane odredbe, koje na prvi pogled djelimično podsjećaju na zamjensko odlučivanje, u prvi plan stavljaju obavezu države da kroz neophodne mehanizme zaštite, koji će spriječiti zloupotrebu svih osoba s invaliditetom, osigura efikasne mjere za ostvarivanje njihove poslovne sposobnosti. Pri tome, poduzete mjere kao ključni cilj moraju imati obezbjeđenje neophodnih pretpostavki za ostvarivanje prava, volje i preferencija ovih osoba.

Pored zahtjeva za ograničeno trajanje zaštitne mjere i pokretanja revizije, princip 14 zahtijeva i „pravo na žalbu“ osobe kojoj je izrečena mjera zaštite. Međutim, iz ove uopštene formulacije proizlazi da se može podnijeti žalba protiv bilo koje odluke koja se tiče zaštitnih mjera, što znači i odluka ili postupaka staratelja, odnosno zastupnika koji su u interesu punoljetne osobe kojoj je izrečena mjera zaštite.

U BiH nijedan od tri porodična zakona ne sadrži odredbe koje normiraju vremensko ograničenje starateljstva nad punoljetnim osobama. Međutim, PZ RS normira obavezu organa starateljstva „da svake dvije godine

⁴⁰ ZVP FBiH, čl. 34, st. 2; ZVP RS, čl. 33, st. 2; ZVP BD, čl. 31, st. 2.

⁴¹ PZ FBiH, čl. 330, st. 2.

⁴² KPOSI, čl. 12, st. 2.

⁴³ KPOSI, čl. 12, st. 4.

preispita potrebu za starateljskom zaštitom štíćenika, o čemu sačinjava nalaz i mišljenje i dostavlja svim licima koja imaju pravni interes da se upoznaju sa nalazom i mišljenjem.⁴⁴ Za razliku od navedenog, druga dva porodična zakona ne normiraju ovu obavezu, što upućuje na zaključak da je zakonodavac reviziju prepustio slobodnoj volji institucija i pojedinaca, ovlaštenih za pokretanje sudskog postupka za vraćanje oduzete ili ograničene poslovne sposobnosti osobi pod starateljstvom, što se u praksi veoma rijetko ili nikako događa.

Prema odredbama sva tri zakona o vanparničnom postupku u BiH, kao i PZ FBiH, protiv rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti, pored osoba koje su učestvovala u postupku, žalbu može izjaviti i osoba kojoj se oduzima poslovna sposobnost, bez obzira na svoje zdravstveno stanje, u roku od tri dana od dana prijema rješenja.⁴⁵ Ovakvo zakonsko rješenje je u skladu s pravnim principom da se poslovna sposobnost punoljetne osobe ne dovodi u pitanje sve do konačne odluke suda, odnosno dok sudsko rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti ne postane pravosnažno. Međutim, isti princip se dovodi u pitanje normiranjem da žalba ne zadržava izvršenje rješenja, osim ako sud iz opravdanih razloga drugačije odluči.⁴⁶ Pored mogućnosti, odstupanja od nesuspendivnog dejstva žalbe iz opravdanih razloga, interes osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost osigurava i to što ona može uložiti žalbu bez obzira na svoje zdravstveno stanje.

U istom kontekstu, osoba kojoj je pravosnažnom odlukom suda oduzeta poslovna sposobnost ne može samostalno podnijeti žalbu protiv odluke organa starateljstva o imenovanju staratelja, budući da nema parničnu sposobnost. Žalbu u ime ove osobe može podnijeti njezin staratelj, odnosno zakonski zastupnik. Osoba kojoj je odlukom suda ograničena poslovna sposobnost može samostalno uložiti žalbu protiv te odluke. Ona je parnično sposobna, u granicama svoje poslovne sposobnosti, tako da žalbu može uložiti samostalno i protiv odluke o imenovanju staratelja, ukoliko joj ovo pravo nije uskraćeno odlukom organa starateljstva.

Uz navedeno, PZ FBiH i PZ RS normiraju da punoljetne osobe pod starateljstvom, ukoliko su to u stanju učiniti, i druge pravno zainteresovane osobe, kao i jedan broj organa i institucija mogu podnijeti prigovor organu starateljstva na rad staratelja.⁴⁷ Kako PZ BD ne normira mogućnost ulaga-

⁴⁴ PZ RS, čl. 229, st. 7.

⁴⁵ PZ FBiH, čl. 337, st. 1 i 2; ZVP FBiH, čl. 42, st. 1 i 2; ZVP RS, čl. 41, st. 1 i 2; ZVP BD, čl. 39, st. 1 i 2.

⁴⁶ PZ FBiH, čl. 337, st. 3; ZVP FBiH, čl. 42, st. 3; ZVP RS, čl. 41, st. 3; ZVP BD, čl. 39, st. 3.

⁴⁷ PZ FBiH, čl. 211, st. 1; PZ RS, čl. 260. PZ BD ne normira mogućnost podnošenja prigovora na rad staratelja i organa starateljstva.

nja prigovora na rad staratelja, time se stvara prostor za mogućnost različitih zloupotreba, ali i diskriminacije punoljetnih osoba pod starateljstvom.

Princip 15: „Privremene mjere u hitnim slučajevima“, ističe da postupak izricanja privremenih mjera u hitnim slučajevima treba biti što je moguće jednostavniji i brži. Pri tome, ukoliko je to moguće, odnosno ako to dozvoljavaju prisutne okolnosti, principi koji se odnose na pokretanje postupka, kao i na trajanje, reviziju i žalbu trebaju biti primijenjeni.

U BiH nijedan od zakona iz oblasti starateljstva ne normira mogućnost izricanja privremene mjere u slučajevima hitnosti. Međutim, sva tri porodična zakona normiraju, ako je to potrebno, imenovanje privremenog staratelja punoljetnoj osobi prema kojoj se vodi postupak za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti.⁴⁸ Privremeni staratelj se imenuje na određeni u pravilu kraći vremenski period i to u slučajevima kada punoljetna osoba koja je učesnik u postupku, prema ocjeni organa koji vodi postupak, nije u stanju sama zastupati svoje interese. Njegova ovlaštenja su ista kao ovlaštenja staratelja osobe kojoj je ograničena poslovna sposobnost, s tim da PZ FBiH i PZ RS normiraju da organ starateljstva, procjenjujući okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, može odlučiti da privremeni staratelj ima iste ovlasti kao staratelj osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost.⁴⁹

Princip 16: „Adekvatna kontrola zastupnika“, ističe obavezu kontrole provođenja i djelovanja mjera zaštite, te radnji i odluka zastupnika. Ova kontrola treba biti umjerena, budući da prevelika kontrola može dovesti do situacije da zastupnik ne poduzima određene mjere koje mogu biti od koristi za punoljetnu osobu na koju se odnose, npr. mjere čija realizacija zahtijeva veća finansijska sredstva.⁵⁰

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo, odnosno sva tri porodična zakona normiraju kontinuiranu kontrolu i nadzor organa starateljstva nad vršenjem starateljske dužnosti. S tim u vezi, staratelj je dužan organu starateljstva svake godine, ali i u svim slučajevima kada to od njega zatraži organ starateljstva, podnijeti izvještaj o svom radu. Taj izvještaj, pored podataka o brizi staratelja prema štíćeniku, posebno o njegovom zdravlju, treba sadržavati i podatke o upravljanju i raspolaganju štíćenikovom imovinom, kao i o svim štíćenikovim prihodima i rashodima u prethodnoj godini i konačnom stanju štíćenikove imovine.⁵¹ Takođe, organ staratelj-

⁴⁸ Vid. PZ FBiH, čl. 195, st. 1; PZ RS, čl. 244, st. 1; PZ BD, čl. 176, st. 1.

⁴⁹ Vid. PZ FBiH, čl. 195, st. 2; PZ RS, čl. 244, st. 2. PZ BD ne normira mogućnost izjednačavanje obaveza i dužnosti privremenog staratelja s dužnostima i pravima staratelja maloljetne osobe.

⁵⁰ Vid. Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 60.

⁵¹ Vid. PZ FBiH, čl. 180, st. 1, 2 i 3; PZ RS, čl. 229, st. 1, 3 i 4; PZ BD, čl. 161, st. 1, 2 i 3.

stva je, bez obzira na obavezu staratelja da redovno podnosi izvještaj, dužan pratiti prilike u kojima štićenik živi i povremeno obilaziti štićenika ne samo po službenoj dužnosti, nego i kada to zatraži staratelj ili sam štićenik i na taj način, ličnim uvidom, kontrolisati kako staratelj vrši starateljsku dužnosti prema štićeniku.⁵²

Princip 17: „Kvalifikovane osobe“, zahtijeva da za zastupanje i pomoć punoljetnim osobama s onesposobljenjem, treba obezbijediti adekvatan broj odgovarajućih kvalifikovanih osoba, ali i posvetiti pažnju osnivanju i podršci odgovarajućim udruženjima ili drugim tijelima čija je obaveza obezbjeđenje i obuka osoba koje mogu zastupati ili pomagati punoljetnim osobama s onesposobljenjem.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva ne normira obavezu obezbjeđenja adekvatnog broja potencijalnih staratelja, kao i mogućnost osnivanja i podrške odgovarajućim udruženjima u smislu njihovog angažmana u obezbjeđenju adekvatnog broja potencijalnih staratelja, ali i njihove obuke.

5. ULOGA ZASTUPNIKA

Preporuka R (99)4 u samo četiri principa razmatra ulogu zastupnika u vezi s kontrolom ovlaštenja koja proizlazi iz zakona, ograničenjem ovlaštenja odgovornosti, te naknadama i troškovima dajući time smjernice za njihovu implementaciju u nacionalna zakonodavstva zemalja u kojima je, poput BiH, još uvijek u primjeni tradicionalni tip zakonodavstva.

Princip 18: „Kontrola ovlaštenja“⁵³ koja proizlaze iz zakona, ističe da svako ovlaštenje dato od strane punoljetne osobe s onesposobljenjem drugim osobama s namjerom postupanja ili donošenja odluka u njeno ime, iako u skladu sa zakonom, ali bez posredovanja sudske ili administrativne vlasti, treba biti ograničeno, a njegova primjena kontrolisana. Uz navedeno, ova ovlaštenja ne smiju biti takva da punoljetnoj osobi s onesposobljenjem oduzmu poslovnu sposobnost. Ona isključivo služe kao nadopunjujuća, s tim da u zakonu treba normirati mogućnost njihove promjene ili uklanjanja u bilo koje vrijeme i to putem zaštitne mjere koju izriče sudski ili upravni organ vlasti.

Budući da se prema odgovarajućem zakonodavstvu u BiH, kao i u većini zemalja u okruženju, institut starateljstva, odnosno zastupanja punoljetnih osoba s onesposobljenjem, među kojima su i starije osobe, primjenjuje nakon pravosnažne sudske odluke o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti, o čemu je u ovom radu već govoreno, staratelj je osoba

⁵² Vid. PZ FBiH, čl. 180, st. 5; PZ RS, čl. 220; PZ BD, čl. 161, st. 5.

⁵³ Vid. Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 60.

koja zastupa štićenika, a imenuje/postavlja ga organ starateljstva.⁵⁴ Njegova osnovna dužnost je da vodi brigu o ličnosti, pravima, obavezama i interesima štićenika, odnosno punoljetne osobe pod starateljstvom i upravlja njegovom imovinom, „pri čemu je dužan cijeliti mišljenje štićenika koji je sposoban shvatiti o čemu se radi.“⁵⁵

Shodno navedenom, bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, ne normira mogućnost davanja bilo kakvih ovlaštenja od strane punoljetnih osoba pod starateljstvom drugim osobama, što uključuje i staratelja.

Princip 19: „Ograničenje ovlaštenja zastupnika“, nalaže da nacionalna zakonodavstva trebaju normirati u kojim pravnim poslovima lične prirode nije dozvoljeno zastupanje, kao i u kojim slučajevima odluke zastupnika podliježu odobrenju suda ili nekog drugog tijela.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva u dijelu koji se odnosi isključivo na osobe s ograničenom poslovnom sposobnosti, sadrži odgovarajuće odredbe koje normiraju u kojim pravnim poslovima lične prirode nije dozvoljeno zastupanje, tako sa osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću imaju mogućnost zadržavanja samostalnog donošenja odluka, vezano za davanja izjava koje se tiču ličnih stvari, osim ako zakonom ili odlukom organa starateljstva nije drugačije određeno.⁵⁶ Uz navedeno, sva tri porodična zakona u BiH decidno normiraju i slučajeve, prvenstveno u vezi raspolaganja i upravljanja štićenikovom imovinom, u kojima staratelj mora zatražiti prethodno odobrenje organa starateljstva.⁵⁷

Princip 20: „Odgovornost“, zahtijeva da zastupnik, u skladu s odredbama nacionalnog zakonodavstva, treba snositi odgovornost za bilo kakav gubitak ili štetu koju je nanio punoljetnoj osobi s onesposobljenjem tokom obavljanja svoje funkcije. Takođe, prema zastupniku treba primijeniti i odgovarajuće zakone za slučaj činjenja nezakonitih radnji prema punoljetnoj osobi, npr. zanemarivanje ili zlostavljanje. Isto se odnosi i na druge osobe uključene u poslove punoljetne osobe s onesposobljenjem.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, tačnije sva tri porodična zakona normiraju odgovornost staratelja za štetu nanese-nu štićeniku, koju je skrivio u vršenju starateljske dužnosti, kao i obavezu organa starateljstva na poduzimanje određenih zakonskih radnji za naknadu te štete štićeniku. Pored naknade štete, radi osiguranja prava štićenika koja su povrijeđena nepravilnim radom staratelja, organ starateljstva je, takođe, obavezan prema staratelju poduzeti i druge mjere predviđene

⁵⁴ Vid. PZ FBiH, čl. 165, st. 1; PZ RS, čl. 213, st. 1; PZ BD, čl. 146, st. 1.

⁵⁵ PZ FBiH, čl. 171; PZ BD, čl. 152. PZ RS ne sadrži navedenu odredbu.

⁵⁶ PZ FBiH, čl. 194, st. 4; PZ BD, čl. 175, st. 4. PZ RS ne sadrži navedenu odredbu.

⁵⁷ PZ FBiH čl. 178 i čl. 179, st. 1; PZ RS, čl. 226, st. 1 i 2; PZ BD, čl. 159 i čl. 160, st. 1.

zakonom. Drugim riječima, staratelj prema odredbama odgovarajućih zakona može imati građansku, krivičnu i administrativnu odgovornost.⁵⁸

Princip 21: „Naknade i troškovi“, preporučuje da nacionalna zakonodavstva regulišu pitanje naknade i troškova zastupniku ili drugim osobama koje su određene da pomažu punoljetnoj osobi s onesposobljenjem. S tim u vezi, nacionalni zakoni trebaju normirati razliku između profesionalaca i onih koji to nisu, npr. članovi porodice, kao i razliku između onih koji upravljaju ličnim stvarima i onih koji upravljaju ekonomskim poslovima punoljetne osobe s onesposobljenjem..

U BiH pravo na mjesečnu naknadu staratelju propisano je u PZ FBiH i PZ BD, s tim da je normiranjem ovog prava zakonodavac najvjerojatnije htio potaknuti što veći broj osoba, koje ispunjavaju zakonom propisane uslove, da se prihvate dužnosti staratelja. Takođe, budući da pravo na mjesečnu naknadu staratelja zavisi od njegovog rada i zalaganja u zaštiti štíćenikovih prava i interesa,⁵⁹ sasvim je izvjesno da je zakonodavac navedenim normiranjem želio motivisati staratelje da što je moguće bolje obavljaju povjerenu im dužnost i brinu se o interesima štíćenika. S tim da oba navedena zakona izričito normiraju da pravo na mjesečnu naknadu nema staratelj koji je prema zakonu obavezan izdržavati štíćenika. Sličnu odredbu sadrži i PZ RS, koji normira da staratelj svoju dužnost, po pravilu vrši bez nagrade,⁶⁰ što je najvjerojatnije u vezi s odredbom da će za staratelja po pravilu „biti postavljen najbliži krvni srodnik“.⁶¹

6. MEDICINSKE INTERVENCIJE

Dio V Preporuke R(99)4 sadrži ukupno sedam principa, koji se odnose na medicinske intervencije kod punoljetnih/starijih osoba s onesposobljenjem. S tim u vezi, u Memorandumu objašnjenja ovog dijela dat je kraći uvod u kome se ističe da je ranije usvojena Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini) ostavila neke od tački neriješenima, na primjer, da li se, kao opšte pravilo, sposobnost punoljetne osobe da da suglasnost za medicinsku intervenciju procjenjuje na osnovu stvarne sposobnosti u vrijeme predložene intervencije ili na osnovu poslovne sposobnosti.⁶² Ista Konvencija između ostalog, normira da ranije izjavljene želje pacijenta

⁵⁸ PZ FBiH, čl. 182; PZ RS, čl. 231; PZ BD, čl. 163.

⁵⁹ PZ FBiH, čl. 181, st. 1; PZ BD, čl. 162, st. 1.

⁶⁰ PZ RS, čl. 230.

⁶¹ PZ RS, čl. 213, st. 4.

⁶² Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 72.

koji u vrijeme medicinske intervencije nije u stanju da ih izrazi, treba uzeti u obzir.⁶³

Ipak, bez obzira na navedeno, u Memorandumu objašnjenja Preporuke R(99)4 ističe se da, iako je u Konvenciji o ljudskim pravima i biomedicini odgovoreno na određena pitanja, ponavljanje najbitnijih zaključaka koje ona sadrži predstavlja određenu vrijednost. To posebno što se Dio V Preporuke R(99)4 bavi isključivo zaštitom punoljetnih osoba s onesposobljenjem u slučajevima gdje je medicinska intervencija neophodna.

Princip 22: „Pristanak“, naglašava da punoljetna osoba s onesposobljenjem, čak i u slučaju da joj je izrečena mjera zaštite, ukoliko je u vrijeme davanja slobodnog i svjesnog pristanka sposobna za davanje saglasnosti, ta intervencija se može izvesti samo uz njezin pristanak.

Takođe, ukoliko punoljetna osoba s onesposobljenjem nije u mogućnosti da da slobodan i svjestan pristanak, intervencija se, ipak, može izvesti samo pod uslovom da je u svrhu njezine dobrobiti i uz odobrenje njezinog zastupnika, osobe ili tijela koji su određeni zakonom. Isti princip sadrži i preporuku da u nacionalnim zakonima treba predvidjeti mogućnost određivanja nadležnog organa vlasti, osobe ili tijela koji će biti ovlašteni za odobravanje različitih vrsta intervencija za punoljetne osobe koje nisu sposobne da daju slobodan i svjestan pristanak, a nemaju zastupnika s odgovarajućim ovlaštenjima. Uz navedeno, preporučuje se i da treba razmotriti uspostavljanje odgovarajućeg mehanizma rješavanja mogućih konflikata između osoba i organa ovlaštenih da daju ili odbiju saglasnost na medicinske intervencije u vezi s punoljetnim osobama koje nisu sposobne da same daju pristanak.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti zdravstva normira da umjesto osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost pristanak daju: zakonski zastupnik, ili staratelj.⁶⁴ Isti zakoni normiraju i da je nadležni zdravstveni radnik obavezan odmah obavijestiti organ starateljstva, ukoliko smatra da su interesi pacijenta i osobe koja daje pristanak na medicinsku intervenciju suprotstavljeni,⁶⁵ odnosno ukoliko uoči da zakonski zastupnik pacijenta ne postupa u najboljem interesu osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost.⁶⁶ S druge strane, nijedan od navedenih zakona ne propisuje način postupanja u slučajevima medicinskih intervencija osoba čija je poslovna sposobnost ograničena. To upućuje na zaključak da ove osobe same

⁶³ Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini. čl. 9.

⁶⁴ Vid. Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije BiH, čl. 22, st. 1; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, čl. 42, st. 4; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta BiH, čl. 31, st. 1.

⁶⁵ Vid. Zakon o pravima obavezama i odgovornostima pacijenta FBiH, čl. 22, st. 7.

⁶⁶ Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, čl. 42, st. 9; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta BiH, čl. 31, st. 2.

odlučuju, odnosno daju pristanak za primjenu neke od medicinskih intervencija.

Princip 23: „Pristanak (alternativna pravila)“, sadrži alternativni pristup, odnosno način da zemlje članice u čijim pravnim sistemima pojam „stvarna sposobnost“ ne postoji mogu koristiti njegov sadržaj. Na tragu navedenog, već se u prvoj tački principa 23. ističe da kod punoljetnih osoba s onesposobljenjem pod zaštitnom mjerom, koja zahtijeva odobrenje odgovarajućeg tijela ili osoba predviđenih zakonom za medicinske intervencije treba tražiti i pristanak same osobe, ako je utvrđeno da ona ima dovoljno sposobnosti za njegovo davanje. Međutim, ukoliko punoljetna osoba s onesposobljenjem nije sposobna da sama da slobodan i svjestan pristanak, medicinska intervencija će se ipak izvesti ako je ona u svrhu dobrobiti ove osobe i ako je dato odobrenje njezinog zastupnika ili odgovarajućeg tijela određenog zakonom. Isti princip sadrži i preporuku da nacionalni zakoni u svojim odredbama normiraju mogućnost da se punoljetna osoba s onesposobljenjem izjasni pred nezavisnim službenim organom (npr. sud) prije nego se preduzme ozbiljna medicinska intervencija.⁶⁷

Zakonodavstvo iz oblasti zdravstva u BiH ni u jednoj od svojih odredaba vezano za punoljetne osobe pod starateljstvom s oduzetom poslovna sposobnošću, ne sadrži pojam „stvarna sposobnost“ pa time ni mogućnost da takve osobe/štićenici daju pristanak na medicinsku intervenciju.

Princip 24: „Izuzetni slučajevi“, bavi se intervencijama koje zbog njihove posebne prirode zahtijevaju obezbjeđenje dodatne zaštite punoljetne osobe s onesposobljenjem. Stoga je, u ovom principu, predložena implementacija posebnih pravila u nacionalna zakonodavstva. Ona mogu sadržavati ograničeno smanjivanje kriterija direktne dobrobiti punoljetnih osoba s onesposobljenjem u izuzetnim slučajevima, pod uslovom da je dodatna zaštita takva da sprečava ili minimalizuje mogućnost bilo kakvih zloupotreba ili neregularnosti.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti zdravstva ne sadrži posebna pravila na osnovu kojih se u izuzetnim slučajevima, odnosno zbog posebnih intervencija iz oblasti zdravstva prema punoljetnim osobama s onesposobljenjem obezbjeđuje njihova dodatna zaštita uz mogućnost ograničenog smanjenja kriterija njihove direktne dobrobiti.

Princip 25: „Zaštita punoljetnih osoba sa mentalnim invaliditetom“, ističe da se u zavisnosti od zakonskih odredaba punoljetna osoba s ozbiljnim mentalnim invaliditetom može, bez njezinog pristanka podvrgnuti intervenciji, čiji je cilj liječenje mentalnog invaliditeta, samo u slučaju

⁶⁷ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 83.

kada postoji opasnost da će bez takvog liječenja nastupiti ozbiljna šteta po njezino zdravlje.

Bosanskohercegovačka zakonodavstvo iz oblasti zdravstva za slučaj neophodne medicinske intervencije prema onesposobljenim osobama s ozbiljnim mentalnim invaliditetom, bez koje će nastupiti ozbiljna šteta po zdravlje ove osobe, ne sadrže posebne odredbe. To znači da se na ovu skupinu osoba s onesposobljenjem primjenjuju iste zakonske odredbe kao i kod drugih punoljetnih osoba pod starateljstvom, kako je to navedeno u okviru principa 22..

Princip 26: „Dopustivost intervencija u hitnim slučajevima“, naglašava da se medicinska intervencija u svim hitnim slučajevima, kada se ne može dobiti odgovarajuća saglasnost, može izvesti odmah u cilju dobiti po zdravlje punoljetne osobe s onesposobljenjem. S tim u vezi, prema Konvenciji o ljudskim pravima i biomedicini „hitnost“ nije ograničena samo na situacija spašavanja života, nego se primjenjuje i na nužne medicinske intervencije koje se ne smiju odgađati.⁶⁸

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti zdravstva sadrži odredbe prema kojima se u hitnim slučajevima, kada se nije mogla dobiti odgovarajuća saglasnost, medicinska intervencija nad punoljetnim osobama kojima je oduzeta poslovna sposobnost može izvesti odmah, budući da se radi o dobiti po zdravlje takve osobe.⁶⁹

Princip 27: „Primjenjivost pojedinih principa koji se odnose na mjere zaštite“, pokazuje svu specifičnost Dijela V Preporuke R(99)4, koji se u cjelosti odnosi isključivo na medicinske intervencije. Pri tome, samo su neki od ranije prezentovanih principa iz prethodna četiri dijela iste Preporuke, primjenjivi i na medicinske intervencije prema punoljetnim osobama s onesposobljenjem. Ti principi, pored principa poštovanje ljudskih prava i ljudskog dostojanstva, koji je utkan u svih 27 ostalih principa sadržanih u Preporuci R(99)4, su: „pridavanje najveće važnosti interesima i dobiti punoljetne osobe“ (princip 8), „poštovanje prethodnih i sadašnjih želja i afiniteta punoljetne osobe“ (princip 9) i „konsultacije“ (princip 10). Svaki od navedenih principa se podjednako primjenjuje na sve medicinske intervencije koje se izvode nad punoljetnim osobama s onesposobljenjem, s tim da se kod principa 9. posebno insistira na poštovanju „prethodnih želja“ punoljetne osobe koja u vrijeme medicinske intervencije nije u mogućnosti izraziti svoje želje, tako da njene ranije izražene želje treba uzeti u obzir.

⁶⁸ Vid. šire Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 89.

⁶⁹ Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije BiH, čl. 20, st. 1; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, čl. 44, st. 3; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta BiH, čl. 34.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti zdravstva iako ne sadrži decidnu implementaciju nabrojanih principa, njihova primjena u praksi kod izvođenja odgovarajućih medicinskih intervencija evidentno postoji. To se posebno odnosi na princip 8: „pridavanja najveće važnosti interesima i dobrobiti punoljetne osobe s onesposobljenjem“, odnosno u konkretnom slučaju pacijenta.

Princip 28: „Dopustivost posebnih pravila o pojedinim pitanjima“, sugeriše da države članice u svoje nacionalne zakone predvide posebna pravila u vezi s principima sadržanim u Dijelu V Preporuke R(99)4. Ta pravila moraju biti u skladu s relevantnim međunarodnim instrumentima, a u interesu javne sigurnosti, za prevenciju zločina, za zaštitu javnog zdravlja ili zaštitu prava i sloboda drugih osoba.⁷⁰

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo iz oblasti zdravstva ne sadrži posebno pravila u vezi s principima sadržanim u V dijelu Preporuke R(99)4, ali je u pojedinim odredbama ovih zakona posebno normiran način postupanja s punoljetnim osobama s teškim duševnim smetnjama kad one nisu u mogućnosti shvatiti značenje svog postupka ili ne mogu vladati svojom voljom, kao i kada svojim ponašanjem direktno ugrožavaju vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost sebe ili drugih osoba. U navedenim slučajevima ove osobe se mogu prisilno hospitalizirati u zdravstvenu ustanovu i prisilno zadržati na liječenju.⁷¹ Ovakvo postupanje u skladu je s Preporukom o psihijatriji i ljudskim pravima Vijeća Evrope (1994).

7. ZAKLJUČAK

Preporuka R(99)4 o principima u vezi s pravnom zaštitom punoljetnih osoba s onesposobljenjem jedan je od značajnih međunarodnih dokumenata o zaštiti punoljetnih osoba s onesposobljenjem, među kojima je i veliki broj starijih osoba. Zajednička karakteristika navedenih osoba je da zbog različitih oblika invalidnosti nisu u mogućnosti samostalno donositi odluke koje se tiču njihovih ličnih ili ekonomskih poslova, ali i razumijevanja, izražavanja i djelovanja u skladu s tim odlukama. Budući da su dva ključna razloga za izradu ove Preporuke bila kontinuirano povećanje broja starijih osoba i evidentne različitosti u zakonodavstvima zemalja članica,⁷² ovaj međunarodni instrument, koji sadrži ukupno 28 principa, od osnovnih i procesnih do onih koji se odnose na ulogu zastupnika i medicinske intervencije, i danas je, s obzirom na još uvijek prisutne razloge za njegovu

⁷⁰ Vid. šire Memorandum Preporuke R(99)4, tač. 91.

⁷¹ Vid. Zakon o zaštiti osoba o duševnim smetnjama Federacije BiH, čl. 22-37; Zakon o zaštiti mentalnog zdravlja Republike Srpske, čl. 32-35; Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima Brčko Distrikt BiH, čl. 17-28.

⁷² Vid. Memorandum objašnjenja Preporuke R(99)4, tač. 7 i 14.

izradu, aktuelan. Ovo posebno što daje jasne smjernice za reformu zakonodavstva u oblasti starateljstva, prvenstveno državama u kojima se, poput BiH, još uvijek primjenjuje tradicionalni tip zakonodavstva, prema kome je jedini oblik zaštite osoba s onesposobljenjem starateljstvo, odnosno zamjensko odlučivanje.

Nasuprot tome, KPOSI, koju je BiH ratifikovala 2010. godine i još uvijek nije implementirala u svoje zakonodavstvo, izričito normira pravo svih osoba s invaliditetom na poslovnu sposobnost, uz zahtjev da se ovim osobama, ukoliko je to potrebno, pruži odgovarajuća podrška u ostvarivanju njihove poslovne sposobnosti, koja za svaku osobu s invaliditetom mora biti individualna. Međutim, kako KPOSI u svojim odredbama ne precizira načine pružanja podrške, kao ni objašnjenje značenja pravnog standarda, „odgovarajuća podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti“, što je s obzirom na veliki broj osoba s različitim oblicima invalidnosti nemoguće unaprijed odrediti, KPOSI upotrebom navedenog pravnog standarda ostavlja mogućnost državama potpisnicama da njegovu sadržinu za svaki oblik invalidnosti same odrede u svojim nacionalnim zakonima.

Rješenje ovog problema, u smislu određenih smjernica za države potpisnice, makar to bilo djelimično, moguće je naći u nekim od ključnih principa Preporuke R(99)4. Ti principi, na prvom mjestu, su: princip „fleksibilnost pravnog odgovora“ i „maksimalna zaštita sposobnosti“. Prvi od ova dva principa zahtijeva fleksibilan pristup u zakonodavstvu iz oblasti starateljstva, na način da se obezbijede odgovarajuće mjere u odnosu na različite stepene nesposobnosti i različite situacije u kojima je podrška potrebna, dok drugi princip ističe obavezu maksimalnog očuvanja sposobnosti punoljetne osobe s invaliditetom na način da nijedna mjera zaštite ne treba dovesti do oduzimanja poslovne sposobnosti, s tim da ograničenje poslovne sposobnosti treba primjenjivati samo u slučaju kada je to neophodno s ciljem zaštite same osobe. Pri tome, one osobe s invaliditetom kojima je podrška neophodna trebaju je dobiti bez mogućnosti da budu izložene riziku da pružatelj podrške u potpunosti preuzme donošenje odluka. Uz navedeno, isti princip ističe i da mjerom zaštite punoljetnoj osobi ne bi trebalo automatski oduzeti pravo glasa, pravo na sastavljanje testamenta, pravo na davanje pristanka kod poduzimanja medicinskih intervencija, kao i pravo na donošenje odluka lične prirode.

Isticanjem navedenih principa u ovom radu želi se pokazati i danas nesporna aktuelnost Preporuke R(99)4, čiji je sadržaj najvećim dijelom implementiran u različite odredbe KPOSI, tako da se gotovo sa sigurnošću može tvrditi da nepoštovanje principa sadržanih u ovom međunarodnom instrumentu, zapravo, znači i nepoštovanje KPOSI.

Na tragu navedenog, ključni cilj provođenja uporedno pravne analize, prezentovane u ovom radu, svih 28 principa iz Preporuke R(99)4 s odred-

bama odgovarajućeg zakonodavstva iz oblasti starateljstva u BiH bio je sagledati ukupno stanje u vezi s zaštitom punoljetnih osoba pod starateljstvom, posebno u dijelu poštovanja ljudskih prava i sloboda kao i njihovog ljudskog dostojanstva. S tim u vezi, provedena analiza, odnosno dobijeni podaci nedvosmisleno su pokazali da u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu iz oblasti starateljstva, posebno u sva tri porodična zakona, među kojima je i novi PZ RS,⁷³ najveći broj principa sadržanih u Preporuci R(99)4 nije implementiran. Među njima je ključni princip, sadržan u ostalih 27 principa Preporuke R(99)4, „poštovanje ljudskih prava i ljudskog dostojanstva“. Činjenica da nijedan od zakona iz oblasti starateljstva u BiH, uključujući i sva tri porodična zakona, izričito ne propisuje obavezu poštovanja ljudskog dostojanstva, ljudskih prava i sloboda svih punoljetnih osoba pod starateljstvom u suprotnosti je s odredbama Ustava BiH, ali i odredbama ustava oba entiteta i Statuta BD BiH. Ovakvo postupanje ima za posljedicu da punoljetne osobe pod starateljstvom, posebno one s oduzetom poslovnom sposobnošću, među kojima je veliki broj starijih osoba, čine obespravljeni i nevidljivi članove društva. One su najčešće smještene u institucije, gdje ostaju do kraja života.

Na kraju, budući da je Evropsko Vijeće u martu 2024. godine donijelo odluku o otvaranju pristupnih pregovora s BiH za članstvo u Evropsku Uniju, za očekivati je da će u skoroj budućnosti BiH harmonizirati svoje zakonodavstvo iz oblasti starateljstva ne samo s KPOSI nego i s odgovarajućim evropskim instrumentima. Pri tome, u slučaju zadržavanja starateljstva nad osobama s najtežim duševnim i intelektualnim smetnjama, uz prethodnu primjenu nekog oblika „modifikovanog“ modela ograničenja poslovne sposobnosti, to bi neminovno zahtijevalo implementaciju većine principa iz Preporuke R(99)4 u novo zakonodavstvo iz oblasti starateljstva, ali i dijelom u zakonodavstvo iz oblasti zdravstva.

⁷³ PZ RS je stupio na snagu 1. septembra 2023. godine.

LISTA REFERENCI

Pravni izvori

1. *Vijeće Evrope*, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, usvojena 4. novembra 1950. godine. Dostupno na: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf, pristup 18. septembar 2024.
2. *Vijeće Evrope*, Preporuka br. 1235 (1994) o psihijatriji i ljudskim pravima, usvojena 1994. godine. Dostupno na: <https://www.hraction.org/wp-content/uploads/Parlamentarna-skupstina-Preporuka-br.-1235-1994.pdf>, 19. septembar 2024.
3. *Vijeće Evrope*, Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, usvojena 4. aprila 1997. godine. Dostupno na: <https://www.blchr.org/wp-content/uploads/2022/08/Konvencija-o-zastiti-ljudskih-prava-i-dostojanstva....pdf>, 19. septembar 2024.
4. *Vijeće Evrope*, Komitet ministara, *Preporuka broj R (99) 4 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjene sposobnosti*, usvojena 23. februara 1999. godine. Dostupno na engleskom jeziku: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), 11. juni 2024.
5. *Vijeće Evrope*, Komitet ministara, *Memorandum objašnjenja Preporuke R (99) 4 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjene sposobnosti – Preporuka R(99)4*, usvojen 23. februara 1999. god. Dostupno na engleskom jeziku: <https://rm.coe.int/09000016805e302a>, 23. avgust 2024.
6. *Vijeće Evrope*, Komitet ministara, *Memoranduma objašnjenja Preporuke CM/Rec(2009)11 o principima u vezi s anticipiranim naredbama i punomoćima za slučaj nesposobnosti*, usvojen 9. decembra 2009. godine. Dostupno na engleskom jeziku: <https://book.coe.int/en/legal-instruments/4682-principles-concerning-continuing-powers-of-attorney-and-advance-directives-for-incapacity-recommendation-cm-rec200911-and-explanatory-memorandum.html>, 16. septembar 2024.
7. Evropski sud za ljudska prava, Presuda D.D. protiv Litvanije, broj zahtjeva 13469/06 od 14. februara 2012. godine.
8. Dostupno na engleskom jeziku: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"-fulltext":\["D.D. v. Lithuania"\],"documentcollectionid":\["GRAND-CHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-109091"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 28. juni 2024.
9. Zakon o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 2/98, 39/04 i 73/05, 80/2014 - dr. zakon i 11/2021.
10. Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 36/09, 91/16, 16/23 i 27/24.
11. Zakon o vanparničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 5/01.

12. Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 12/06.
13. Zakon o zaštiti mentalnog zdravlja Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 67/20.
14. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13.
15. Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 38/11, 09/13, 27/14, 03/15, 50/18, 52/18, 34/19, 16/20, 5/23 (prečišćen tekst) i 7/23.
16. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 57/22.
17. Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 40/10.
18. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/05, 41/05, 31/14 i 32/19.
19. Porodični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/23.
20. Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 23/07.
21. UN, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i dodatni Fakultativni protokol usvojeni su na Generalnoj skupštini UN 16.12.1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), a stupili na snagu 23.03.1976. godine. BiH je ratificirala Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima 01.09.1993. godine („Službeni list RBiH“ br. 25/93 - sukcesija). Dostupno na: <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/medunarodni-Pakt%20B.pdf>, pristup 18. septembar 2024.
22. UN Komitet za ljudska prava, *Opći komentar br. 13 – Član 14 (Pravosuđe)*, usvojen 1984. godine, Dostupno na: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/04/Op%C5%A1ti-komentari-Komiteta-za-ljudska-prava.pdf>, 01. juni 2024.
23. UN Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine – Međunarodni ugovori*, br. 11/09.

Associate Professor Borjana Miković, LL.D.

Faculty of Political Science, University of Sarajevo

LEGAL PROTECTION OF ELDERLY PERSONS WITH DISABILITIES IN THE LIGHT OF THE RECOMMENDATION OF THE COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE NUMBER R(99)4

Summary

The paper analyses the provisions of Recommendation of the Council of Europe number R(99)4 on Principles Concerning the legal Protection of Incapable Adults, which is one of the key international instruments in the field of legal protection, especially for older persons who need help or have been ordered to some of the protection measures, which includes substitute decision-making. In this regard, Recommendation R(99)4 contains important guidelines for the reform of national legislation, the aim of which is to guarantee, wherever possible, the rights, integrity and independence of these persons to the greatest extent possible. This procedure dictates that substitute decision-making should be applied only in the case when it is necessary, with the fact that the principles themselves, in addition to protection measures and procedural rules, also refer to the role of the guardian, who is appointed by the competent authority in accordance with the law.

On the basis of the above, the indicators obtained from the comparative-legal analysis of the principles contained in Recommendation R(99)4 and the corresponding provisions of the Bosnian legislation in the area of guardianship, especially all three family laws which, as the only measure of protection for all adults with disabilities, standardize guardianship, i.e. substitute decision-making, are presented in this paper. Their content for the most part shows the inconsistency of the legislation of Bosnia and Herzegovina with the principles of Recommendation R(99)4, especially in the part that refers to the promotion of self-determination and autonomy, as key prerequisites for respecting human dignity, human rights and freedoms of all adults with disabilities who are after the fully or partially deprivation of their legal capacity placed under guardianship.

Key words: *Recommendation R(99)4; Principles; Disability; Elderly; Legal protection; Protection measures; Dignity; Autonomy.*

Судија Божана Гужвић

Окружни привредни суд у Бијељини, предсједник суда

ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

У Босни и Херцеговини и Републици Српској, државна, односно ентитетска власт подијељена је према начелу подјеле власти на законодавну, извршну и судску, што значи да се ниједна грана власти не може мијешати у рад других грана власти у мјери у којој би то мијешање прерасло у доминацију једне власти над другом. Из наведеног произлази да, практично, судска власт не може узурпирати законодавну власт, већ искључиво вршити своју судску функцију. Међутим, иако законодавац настоји да сваку друштвену ситуацију нормира, у тој активности не може потпуно успјети имајући у виду динамику друштвених односа и њихову непредвидивост, што отвара простор за стваралачку улогу суда. Стваралачка улога суда нарочито долази до изражаја у ситуацијама постојања нејасноћа, противрјечности и недоречености у законима и другим нормативним актима које судови примјењују приликом рјешавања спорова и доношења судских одлука. Ријеч је о правним празнинама. Како су правне празнине недопуштене у области кривичног права из разлога потпуне примјене начела законитости у тој правној области, аутор указује на стваралачку улогу суда у њиховом попуњавању постојећим механизмима који стоје на располагању судијама у грађанском поступку, али и могућим опасностима које стварају правне празнине по правну сигурност и начело владавине права.

Кључне ријечи: Правна празнина; Стваралачка улога суда; Начела правног поретка.

1. УВОД

Држава поставља као свој циљ да сва питања у друштвеним односима буду у цјелости и досљедно правно уређена. Међутим, иако се

правна регулатива константно развија (доноси и мијења), пракса показује да у друштвеним односима није могуће сва питања у потпуности и до најситнијих детаља правно уредити, те се као последица такве ситуације јављају правне празнине.

Питањима правних празнина примарно се баве теоретичари државе и права.

У књизи „Држава и право“, проф. др Никола Висковић наводи: „Дакле, у сваком друштву постоје одређене врсте односа који имају споменуте три особине „правности“ (да су важни за опстанак и добробит друштва, да садрже снажне сукобе интереса и да су извањски контролабилни), што упућује на потребу њихова правног нормирања, али који ипак остају или посве правно ненормирани или недостатно нормирани. Такви односи називају се правне празнине.“ У наставку овај аутор образлаже да је чешћи узрок правних празнина „појава нових врста друштвено важних конфликтних односа које нормотворци нису у почетку као такве препознали или су их због разних разлога закашњело нормирали.“¹

Сличан приступ правним празнинама има и проф. др Фуад Мухић који институт правне празнине описује као „оне ситуације које нису регулисане општом правном нормом али је њихов садржај од интереса за поредак, због чега он има потребу за њиховим накнадним правним третманом. Нужност постојања правних празнина појављује се из најмање два разлога: што је живот неупоредиво богатији од тежње поретка за свеобухватношћу те га чини немоћним у погледу егзактног предвиђања ситуација које ће наступити; и што сам поредак, чак и кад би имао приближну могућност предвиђања, не располаже адекватним, техничким средствима за сваку појединачну регулацију.“²

Проф. др Радомир Д. Лукић сматра да „ако се посматра друштвена и правна стварност, лако је утврдити да право никад не може бити сасвим потпуно, да у њему мора бити празнина, као и да се ове морају попуњавати појединачним нормама догод не буду попуњене општим нормама – док, дакле, не ишчезну редовним путем“.³

С аспекта правног практичара, правна празнина није ништа друго до законодавни пропуст. С једне стране, постоје случајеви у којима је присутно непостојање правне норме, односно правила за рјешавање спора, док с друге стране постоје ситуације у којима је правна норма

¹ Н. Висковић, *Држава и право*, Биротехника, Загреб 1997, 218–220.

² Ф. Мухић, *Теорија државе и права*, Сарајево 1998, 326.

³ Р. Д. Лукић, *Увод у право*, Београд 1995¹², 189.

формулисана на начин да садржи недоречено правило које може довести до неједнакости, односно дискриминације.

Имајући у виду надлежности судова које су им дате, закључује се да судови нису органи који стварају закон (немају овлаштења законодавца), већ тијела која у обављању својих надлежности примјенују законе и друге прописе. Једино је законодавац надлежан да доношењем закона и других прописа те њиховим измјенама и допунама, уреди одређене правне односе на начин који ће осигурати поштовање уставом загарантованих права и слобода. Међутим, динамика којом се друштвени односи развијају и мијењају, у односу на процедуре доношења закона и других прописа те њихових измјена и допуна, те немогућност да се у тренутку доношења закона и њихових измјена и допуна предвиде све ситуације које је у друштвеним односима потребно правно нормирати, доводе до тога да судска пракса може имати утицај на законодавни поступак. У том контексту се може говорити о стваралачкој улози суда код попуњавања правних празнина. Посао судије није пуки формализам у смислу механичке примјене права, већ тумачење и у некој мјери, сходно наведеном, стварање права.

Колико год поједина правна норма била прецизно и јасно формулисана, увијек у њеној примјени постоји неизоставно судско тумачење креирано у виду судске праксе. Судска пракса у којој се примјењује правна норма у рјешавању конкретног случаја, нема свој стваралачки карактер. Међутим, судска пракса у ситуацији постојања правних празнина, посједује стваралачки карактер. Суд не може одбити да пружи правну заштиту позивањем на мане правног система. Дакле, у ситуацији постојања правних празнина, суд неће судити „по праву“, већ ће рјешавањем конкретног спора, у одсуству правне норме, својом одлуком себе ставити у положај који одговара положају законодавца и указати таквом одлуком на потребу законодавне активности којом се једино правна празнина може отклонити.

Уставни суд Босне и Херцеговине закључивао је да постоји повреда права на правично суђење из члана 6, став 1 Европске конвенције због арбитрарне примјене права редовних судова, када су недостатак пратећих прописа протумачили на начин да се губи неко право – у Одлуци АП-3466/11 од 15.4.2015. год., Одлуци бр. АП-2587/05 од 23.5.2007. год., Одлуци бр. АП-2609/06 од 17.4.2008. год. и Одлуци бр. АП-1315/06 од 8.11.2007. год. у предметима гдје се у поступцима пред редовним судовима одлучивало о захтјеву судија у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине за исплату трошкова прелога и регреса.⁴

⁴ Одлуке објављене на www.ustavnisud.ba.

2. ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Члан 6, став 1 Европске конвенције⁵ у релевантном дијелу гласи: „Приликом утврђивања грађанских права и обавеза или основаности било какве кривичне оптужбе против њега, свако има право на правично суђење и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним, законом установљеним судом“. Дакле, наведени члан Европске конвенције осигурава право да сваки захтјев који се односи на грађанска права и обавезе буде изнесен пред суд. На тај начин овај члан установљава „право на суд“, чији је један аспект право на приступ суду, односно право на покретање поступка пред судовима у грађанским стварима.

Обавеза је редовних судова да приликом рјешавања спора примјене закон или други пропис, те непосредно осигурају примјену права и слобода садржаних у Европској конвенцији и њеним протоколима посматрајући их као уставне одредбе – изнад сваког закона. Правне норме треба да буду основ одлукама судова који их примјењују уз обавезу да јасно своје одлуке образложе. Оне морају бити јасне и прецизне у складу са специфичношћу материје коју нормативно уређују, а са циљем спречавања арбитрарности и произвољности у тумачењу и примјени закона. Захтјеви за одређеношћу и прецизношћу правне норме, саставни су дио начела владавине права на подручју свих грана права.

Када је правна норма јасна и потпуна, задатак суда је да је примјени у рјешавању спора. Међутим, могуће су ситуације у којима законодавац правним нормама није предвидио или регулисао све односе, те судија нема на располагању јасну и потпуну норму којом би ријешао спор. Одсуство правне норме не значи да не може бити спора о неком праву или обавези, а закључивање суда да одређени однос или право није регулисано правном нормом може довести до ускраћивања приступа правосудју. Приступ суду обезбјеђује свакоме право да од суда затражи и добије судску заштиту у вези са својим грађанским правима или обавезама. Овдје није ријеч само о праву на покретање поступка, већ и о праву на судско рјешавање спора.

Модерне правне кодификације признају поред закона и друге изворе права, чиме обезбјеђују слободу судијама у попуњавању правних празнина. Тако, Аустријски грађански законик⁶ даје судији сло-

⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.

⁶ Вид. чл. 7 Аустријског грађанског законика из 1811. године.

боду да у ситуацији у којој се правни случај не може пресудити по ријечима и смислу закона, примјени аналогiju, а ако и поред тога правни случај остане неријешен пресудиће по начелима природног права. Такође, Швајцарски грађански законик⁷ овлашћује судију да у недостатку законске одредбе или обичајног права, поједине случајеве рјешава према правилима које би поставио као законодавац. Италијански грађански законик⁸ чак наређује судији, под пријетњом казне, да мора да суди. Поменути чланови грађанских законика европске модерне правне кодификације дају овлаштења суду да рјешава и оне правне ситуације које законодавац није предвидио. Другим ријечима, оно што не може да се ријешити примјеном правне норме због њеног непостојања или непотпуности, мора се рјешавати посредно, тако што ће суд сам формирати правило за рјешење спора (правна конструкција).

Радомир Д. Лукић на питање како поунити правну празнину кад правних извора нема, одговара да ће суд „самостално донети појединачну норму којом ће то питање регулисати, на основу самосталног слободног истраживања какво решење најбоље одговара интересу друштва“.⁹

Попуњавање правних празнина врши се од стране редовних судова искључиво у поступцима у којим се појаве. Приликом попуњавања правних празнина, суд мора водити рачуна о суштини конкретне правне ситуације коју треба судском одлуком уредити или разјаснити, те тражити рјешење које је највише у складу са друштвеним интересом, а на располагању му стоје методе кроз које ће ова стваралачка улога суда доћи до изражаја. Најчешће примјењиване методе у пракси су законска и правна аналогија. На овај начин створено правило за рјешавање конкретног случаја важи само за тај случај и није у формално-правном смислу извор права јер то правило не потиче из правног извора, те се сваки будући спор може и другачије ријешити, али ипак може бити основ за рјешавање и других конкретних случајева у судској пракси. На овом мјесту треба поменути да ова активност суда не смије да прерасте у самовољу судија, неприхватањем истог правног принципа при рјешавању другог идентичног спорног друштвеног односа.

Према Радомиру Д. Лукићу аналогија значи „да се на један случај који није регулисан општом правном нормом, који, дакле, представља правну празнину, примјењује правна норма која је предвиђена за неки

⁷ Вид. чл. 1 Швајцарског грађанског законика из 1912. године.

⁸ Вид. чл. 4 Италијанског грађанског законика из 1942. године.

⁹ Р. Д. Лукић, 191.

други случај, који је с њим сличан, и то управо на основу те сличности“.¹⁰ Попуњавање правних празнина аналогijом, у правној пракси се остварује интерпретацијом правних прописа и правних норми садржаних у њима, како би се могле примијенити на конкретан случај који или није уређен правном нормом или су норме нејасне или недоречене. Судска пракса уставних судова има одређен утицај на попуњавање правних празнина аналогijом, те посљедично и на законодавни поступак. На то указује судска пракса.

Уставни суд Босне и Херцеговине је тако, на примјер, био присиљен тумачењем појединих законских одредби рјешавати питање права судија редовних судова у Републици Српској на трошкове превоза. У предмету АП-3466/11¹¹ рјешавајући по апелацији судије у поступку поводом његове тужбе против Републике Српске, за накнаду потраживања на име трошкова превоза у висини цијене превозне карте у јавном саобраћају на релацији Тузла–Бијељина, Уставни суд Босне и Херцеговине је дана 15.4.2015. године донио Одлуку о допустивости и меритуму, којом је утврдио повреду члана II/3.е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6, став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и укинуо пресуду Врховног суда Републике Српске наложивши доношење нове одлуке у складу са поменутим члановима Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, закључивши да постоји повреда права на правично суђење због тога што је Врховни суд арбитрарно примијенио право када је недостатак пратећих прописа протумачио на начин да се изгубило одређено право и преиначио одлуку окружног суда који је ово право признао судији. У поступку пред редовним судовима била је спорна примјена одредаба Закона о измјенама и допунама Закона о судовима и судској служби¹² које су измијениле одредбу чл. 93 тако што измијењеном одредбом није била прописана накнада трошкова превоза која је до тада била изричито призната као право судија према Закону о судовима и судској служби,¹³ али и примјена одредбе чл. 14 Закона о платама и другим накнадама судија и тужилаца у Републици Српској,¹⁴ којом је било прописано да судије имају право на накнаду за путне трошкове у

¹⁰ *Ibid.*, 305.

¹¹ Одлука објављена на www.ustavnisud.ba.

¹² Закон о измјенама и допунама Закона о судовима и судској служби, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 85/03.

¹³ Закон о судовима и судској служби, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 13/00.

¹⁴ Закон о платама и другим накнадама судија и тужилаца у Републици Српској, *Службени гласник републике Српске*, бр. 115/05, 30/07, 118/07 и 116/12.

складу са прописима о унутрашњем пословању суда и одобреним буџетом суда, који прописи нису донијети у вријеме трајања поступка пред редовним судовима па тако није предвиђена накнада за путне трошкове настале приликом доласка на посао и одласка с посла, што је према разлозима пресуде Врховног суда Републике Српске чинило неприхватљивим ставове према којима се тужена није могла ослободити обавезе да апеланту накнади предметне трошкове. Уставни суд Босне и Херцеговине, у разлозима своје одлуке, истиче да тадашњи прописи својим одредбама нису искључили право на накнаду путних трошкова, него практично упутили на обавезу доношења других подзаконских аката ради уређења свих врста накнада судијама, те да апелант има „леgitимно очекивање конкретног регулисања тога права и то на начин који не смије бити дискриминирајући у односу на друге запослене у јавним службама“ којима је предметно право признато (Закон о Влади Републике Српске, Закон о министарствима Републике Српске, Закон о платама запослених у органима управе Републике Српске и др.), стога, а да би се ова ситуација превазишла, односно отклонила правна празнина, остаје „аналогна примјена постојећих закона (или колективних уговора) који се односе на друге сличне категорије запосленика“.

Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине бр. АП-3466/11 од 15.4.2015. године, односно разлози те одлуке и закључак тога суда, послужили су редовним судовима у осталим поступцима по тужбама судија за накнаду трошкова превоза за попуњавање правне празнине која је постојала у закону којим су се уређивала права судија на плату и накнаде.¹⁵ По овом питању, судска пракса је несумњиво довела до тога да се право судија на трошкове превоза јасно законом утврди као право судија и уреди начин обрачуна ове накнаде у одредби чл. 7 важећег Закона о платама и накнадама судија и јавних тужилаца у Републици Српској.¹⁶

Примјена аналогije у рјешавању спорова и судском одлучивању дошла је до изражаја и у поступцима ликвидације привредних друштава. Тако, одредбама Закона о ликвидационом поступку¹⁷ нису била уређена питања правних лијекова у ликвидационом поступку, тачније овај закон није садржавао одредбе о жалби, поврату у пређашње стање, понављању поступка и ревизији, већ једну одредбу у члану 16,

¹⁵ На примјер – Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 95 0 Рс 046731 18 Рев од 13. 3. 2019. године.

¹⁶ Закон о платама и накнадама судија и јавних тужилаца у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 56/22.

¹⁷ Закон о ликвидационом поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/02.

став 1 према којој се „одредбе закона о стечајном поступку сходно примјењују и на поступак ликвидације, ако овим законом није другачије одређено“. Дакле, Закон о ликвидационом поступку из 2002. године садржавао је правну празнину по питању допуштености правних лијекова у ликвидационом поступку па је по том питању упутио на одредбе закона који му је сличан, а то је стечајни закон, тако да су у одлучивању о допуштености (благовремености) правних лијекова у ликвидационом поступку, аналогijом примјењиване одредбе Закона о стечајном поступку све до ступања на снагу новог Закона о ликвидационом поступку,¹⁸ који је у одредби чл. 20, ст. 3 изричито забранио могућност подношења приједлога за поврат у пређашње стање, приједлога за понављање поступка и ревизије, а у одредби чл. 22 уредио право и рокове на подношење жалбе против рјешења ликвидационог судије.

Правна начела представљају општеприхваћене правне стандарде које судови користе у образложењима својих одлука као основ за правну аргументацију судске одлуке, посебно у ситуацијама правних празнина. Иако нису формални извор права, као дио образложења судских одлука снагом аргумената постају прихваћени од стране судова и тиме неформални извор права који се примјењује у пракси. Правна начела могу бити општа и посебна. Општа правна начела су она која су примјењива у већини правних случајева, односно спорова (начело владавине права, начело правне сигурности, начело забране злоупотребе права и сл), а као извори општих правних начела која се примјењују у судским поступцима наводе се међународни уговори и Устав, те пракса Уставног суда и Европског суда за људска права. Посебна правна начела су она која су примјењива у ситуацијама када општа правна начела не разрађују подробно нека спорна питања која се појаве у рјешавању спора и садржана су у посебним правним прописима. “Уколико је начело општије, утолко је већа и празнина коју треба, и поред његова постојања, попунити.”¹⁹ Тако, на примјер, у области облигационих односа, посебна правна начела су начело слободног уређивања облигационих односа, начело аутономије воље, начело равноправности учесника у облигационом односу, начело савјесности и поштења, начело забране и искориштавања монополског положаја, начело једнаке вриједности давања и др. У парничном поступку као једно од посебних начела је начело страначке диспозиције. У области уређења земљишнокњижних односа, посебна начела су, на

¹⁸ Закон о ликвидационом поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 82/19.

¹⁹ Р. Д. Лукић, 320.

примјер, начело повјерења у земљишне књиге, начело јединства некретнине, начело првенства и сл.

3. ЗАШТИТА ОД АРБИТРАРНОСТИ

Стваралачка улога суда у попуњавању правних празнина пружа легитимну могућност суду да нађе рјешење у разрјешењу спорног односа у ситуацији одсуства или непотпуности правне норме, при чему треба водити рачуна да се ради на начин који неће довести до неједнакости, односно дискриминације. Између начела владавине права и начина на који се попуњавају правне празнине мора постојати јасна веза. Та веза јесте право на правично суђење које јамчи заштиту од арбитражности у судском поступку.

Обавеза је суда да своју одлуку образложи, а то значи да да довољне и релевантне (одлучне) разлоге одлуке, чиме се странкама у поступку показује да су њихови наводи и тврдње у поступку испитани. Судска одлука не смије бити резултат арбитражне (произвољне) примјене права нити се заснивати на неким апстрактним закључцима о чињеницама, доказима и примјени материјалног права.

Уставни суд Босне и Херцеговине у својој Одлуци бр. АП-2748/22 од 23.3.2023. године²⁰ образлаже да „право на образложену одлуку представља неодојиви дио права на правично суђење које обавезује судове да образложе своје одлуке зашто што недостатак довољних и релевантних разлога у судској одлуци, може указивати, између осталог на арбитражно судско одлучивање. Међутим то не значи и обавезу судова да детаљно одговоре на сваки аргумент који странке изнесу у поступку, односно у жалбама или другим одговарајућим поднесцима, већ морају одговорити на оне аргументе који су кључни и одлучујући за доношење одлуке“. Дакле, недостатак озбиљних, релевантних и довољних разлога, без уважавања императива разумности и правичности у судским одлукама упућују на арбитражно (произвољно) судско одлучивање.

Ефикасну заштиту од арбитражности у ситуацијама рјешавања спорова за које није прописано правило рјешавања, тачније у ситуацијама постојања правних празнина, представља ангажман судије да донесе образложену судску одлуку у којој су испитане тврдње предочене пред судом, а након тога да се механизмима попуњавања правних празнина превазиђе законодавни пропуст или ограничења у законима или другим прописима. „При том ће се он ослањати на судску (или другу) праксу, на правну науку, на обичаје, на морална схватања,

²⁰ Одлука објављена на www.ustavisud.ba.

на друштвени науку итд, тежећи да пронађе норму која најбоље штити друштвени интерес“.²¹ На такав начин, у ситуацији правне празнине, ствара се судска пракса која уводи правду и правичност у обезбјеђењу заштите и остварења људских права, све док те празнине не буду отклоњене законодавном активношћу.

4. ЗАКЉУЧАК

Покретањем судског поступка настаје обавеза суда да ријеши спор. Суд има обавезу да приликом рјешавања спора примијени закон. У ситуацијама у којим је законска норма јасна, задатак је суда да је примјени на конкретну ситуацију. Међутим, могуће су ситуације у којима законодавац правним нормама није предвидио или регулисао све односе. То и не треба да чуди из разлога велике динамичности друштвених односа које није могуће свеобухватно правно нормирати. Примарна улога суда јесте да ријеши спор између странака, па и у ситуацији одсуства писаног текста правне норме којом би се ријешио одређени спорни однос у судском поступку. Наиме, када се у судској пракси јави питање или ситуација који нису уређени постојећим правним нормама (правна празнина), суд је дужан да надомјести недостатке писане правне норме јер не може одбити да одлучује под изговором да постоји правна празнина или нејасност или непотпуност закона. Практично, у таквој ситуацији, суд има овлаштење да поступи као законодавац и установи правило за рјешавање неког правно релевантног питања кога у постојећим писаним правним нормама нема и то све док законодавац користећи искуства у судској пракси не препозна постојање правне празнине и својом законодавном интервенцијом не отклони правну празнину. У супротном, уколико би суд који рјешава спор закључивао да одређени однос није правном нормом регулисан или да се конкретно чињенично стање не може подвести нити под једну важећу правну норму, дошло би до ускраћивања приступа правосуђу. Овакво поступање суда представљало би повреду одредбе члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којим је чланом зајамчено право на правично суђење. Наравно, при попуњавању правних празнина одлуком суда, мора се водити рачуна да истовремено не буду повријеђена начела на којима почива правни поредак те да таква активност суда не прерасте у самовољу судија кроз неприхватање истог правног принципа при рјешавању другог идентичног спорног друштвеног односа.

²¹ Р. Д. Лукић, 191.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Висковић, Никола, *Држава и право*, Биротехника, Загреб 1997;
2. Лукић, Радомир, Д., *Увод у право*, Београд 1995/12;
3. Мухић, Фуад, *Теорија државе и права*, Сарајево 1998.

Правни извори

1. Аустријски грађански законик из 1811. године;
2. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године;
3. Закон о измјенама и допунама Закона о судовима и судској служби, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 85/03;
4. Закон о ликвидационом поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/02;
5. Закон о ликвидационом поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 82/19 – важећи;
6. Закон о платама и другим накнадама судија и тужилаца у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 115/05, 30/07, 118/07 и 116/12;
7. Закон о платама и накнадама судија и јавних тужилаца у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 56/22 – важећи;
8. Закон о судовима и судској служби, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 13/00;
9. Италијански грађански законик из 1942. године;
10. Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине бр. АП-2748/22 од 23.3.2023. године;
11. Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине бр. АП-3466/11 од 15.4.2015. године;
12. Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 95 0 Рс 046731 18 Рев од 13.3.2019. године;
13. Швајцарски грађански законик из 1912. године.

Интернет извори

1. www.ustavnisud.ba.

Božana Gužvić, Judge

President of the District Commercial Court in Bijeljina

FILLING IN LEGAL LOOPHOLES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

Summary

Upon the initiation of the judicial proceedings, an obligation of the court to resolve a dispute comes into existence. The court is obligated to administer the law in dispute resolution. In situations where a legal norm is clear, the court's task is to administer the legal norm to the specific situation. However, situations where the legislative body fails to provide or regulate all the relations with legal norms are possible. That should not come as a surprise because of the great dynamism of social relations that is not possible to standardize comprehensively. The primary function of the court is to resolve disputes between the parties, also in the absence of written legal norms that would regulate a certain disputed relation in a judicial proceeding. Namely, when an issue or situation that is not regulated by existing legal norms (legal loophole) arises in judicial practice, the court is obligated to compensate for the lack of written legal norms because it may not refuse to make decisions under the pretence of the existence of a legal loophole, the vagueness or incompleteness of law. Practically, in such a situation, the court is authorised to act as a legislative body and establish a rule for resolving some legally relevant issue that does not exist in the existing written norms until the legislative body recognises the existence of the legal loophole using the experience in the judicial practice and removes the legal loophole with their legislative intervention. Otherwise, if the court resolving the dispute concludes that a certain relation is not regulated by a legal norm or that the current facts do not fall under any existing legal norm, it would deny access to justice. Such actions of the court would represent a breach of the provision of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms guaranteeing the right to a fair trial. Of course, when filling in legal loopholes by court decisions, care must be taken not to simultaneously violate the principles on which the legal order is based and to prevent such activity of the court from growing into the self-will of judges through failure to accept the same legal principle when resolving another identical disputed social relation.

Key words: *Legal loophole; Creative role of the court; Principles of legal order.*

Research Associate Bogdana M. Stjepanović, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

THE PRINCIPLE OF AUTONOMY OF THE WILL AND THE MARRIAGE CONTRACT *

Autonomy of the will is a key principle in the contractual arrangement of property relations between spouses. One of the most complex, but also the most important questions that arise with regard to the conclusion of a marriage contract and in connection with the autonomy of the will of the contracting parties is the problem of the "dilemma of choice." The "dilemma of choice" consists of a conflict between promoting, on the one hand, women's autonomy and freedom of choice and, on the other hand, protecting women from harmful consequences that would result from the use of autonomy of will in conditions of inequality, i.e., power imbalance.

Competent authorities usually assume that the autonomy of the will exists, and it appears as a presumption. This attitude is particularly harmful in terms of the marriage contract because it can result in economic consequences not only for the "weaker" contracting party, but also for the children and society as a whole. For this reason, it is necessary to review the principle of autonomy of will and adapt it to the peculiarities of the personal relationship of the contracting parties.

In this paper, we will examine the application of the principle of autonomy of will to the spouses in a marriage contract, posing a potentially bold yet feasible question and attempting to provide an answer. Namely, is it possible to talk about the autonomy of the will with regard to the spouses who conclude the marriage contract, i.e., one of its manifestos, freedom of contract in the true sense of the word, and can the question of the existence of autonomy of will in this case be viewed in the same way as in regard to the conclusion of

Bogdana M. Stjepanović, b.stjepanovic@iup.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9504-473X>

* This paper is a result of the research conducted at the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2024 registered under no. 451-03-66/2024-03/200049.

legal transactions between persons who are not bound by any previous relationship, or does the validity of a marriage contract need to introduce a new criterion that would enable a fairer outcome?

Key words: Autonomy of will; Freedom of contract; Marriage contract; Relational contract theory.

* * *

Autonomy of the will, as one of the basic principles of civil law, enables persons to decide whether to enter into a civil relationship, to determine the content of the rights and obligations from that relationship, to decide whether to exercise them, whether to change the existing relationship and in which way existing relationship will end.¹ Autonomy of will is a key principle in the contractual arrangement of property relations of spouses, which in our law are almost unlimited in their disposition.² The

¹ Parties in contractual relationships are free, within the limits of compulsory regulations, public order and good customs, to arrange their relationships as they wish. Art. 10. Law on Obligations, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 57/89, *Official Gazette of the FRY*, no. 31/93, and *Official Gazette of Serbia and Montenegro* no. 1/2003, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 18/20.

In contractual law, the principle of autonomy of will dates back to the 18th century. It developed under the influence of the natural law school. In formulating this principle, we started from the concept that the will of an individual is sovereign, and that as such it does not fall under the will of another. From this statement came the conclusion that what the contracting parties stipulated in the contract is the law for them (*contractus contrahentibus lex esto*). Bourgeois society was able to realize its conception through the wide acceptance of this principle. This principle found its particular application in the liberal capitalism of the 19th century, with particular favoring of the principle *laissez faire, laissez passer*. Б. Лоца, *Облигационо право, општи дио, четврто допуњено и измјењено издање*, Београд 2000, 95.

See more about the autonomy of the will: Henrich, D., "Privatautonomie, Parteiautonomie: (Familienrechtliche) Zukunftsperspektiven", *RebelsZ*, 79, 2015.

In addition to the freedom of contract, the autonomy of the will includes the owner's freedom to dispose of things, the freedom of testamentary disposition, the freedom to establish legal entities, etc. В. В. Водинелић, *Грађанско право – увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2014, 42.

² In addressing the principle of autonomy of will, contract law recognizes two main theories: a) the individualism theory and b) the consumer welfare theory. The individualism theory emphasizes that parties are free to determine the content of a contract in all its aspects and can enter into any type of agreement, provided it does not violate public order. This theory advocates for minimal state interference, asserting that no one is better suited to protect their own interests than the parties themselves. On the other hand, the consumer welfare theory acknowledges that the autonomy of will in contracts is not without limits, and the content of a contract must align with principles of fairness and honesty. This theory calls for detailed state regulation of contractual autonomy and the implementation of specific norms to protect consumer rights. L. Hasneziri, "The Principle of Autonomy of

specifics of the manifestation of the principle of freedom of contract³ with regard to the marriage contract clearly depict the uniqueness of this contract in relation to general property contracts, while the problems encountered in the application of the principle of autonomy of will indicate that the marriage contract is a contract of a special type, on which the personal, previous (emotional) relationship between the contracting parties has a immense influence.⁴

One of the most complex, but also the most important questions that are raised regarding the conclusion of a marriage contract, and in connection with the autonomy of the will, is the problem of the "dilemma of choice". The "dilemma of choice" consists of the conflict between promoting, on the one hand, women's autonomy and freedom of choice, and on the other hand, protecting women from harmful consequences that would result from the use of autonomy of will in conditions of inequality, i.e. power imbalance.⁵

Autonomy of the will is usually assumed by the competent authorities to exist, and it appears as a presumption, which is a particularly dangerous solution with regard to the marriage contract because it can lead to unfair outcomes and make the marriage contract an instrument of inequality, contrary to the purpose for which it was established.

1. LIMITATIONS ON FREEDOM OF CONTRACT CONDITIONED BY THE INSTITUTE OF MARRIAGE

The freedom to determine the content of the contract, according to the rules of contract law, consists in the ability of the contracting parties to freely determine which, what and to whom the rights/obligations from the contract should belong.⁶ The contracting parties are free to determine the

Contractual Will", *European Journal of Multidisciplinary Studies*, Vol 8, Issue 1, 2023, p. 135.

³ Principle of contractual freedom is accepted by both Western legal systems, civil law and common law as well. *Ibid*, p. 134.

⁴ The principle of autonomy of the will is manifested in contract law through three principles: freedom of contract, the principle of the binding force of the contract and the principle of the relative effect of the contract С. Перовић, *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва 2007, 26.

⁵ G. K. Hadfield, "The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on the Limits of Freedom of Contract", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol 33, No. 2, 1995, 337.

The aforementioned dilemma should include not only women, but also men because they can also be the weaker side in the relationship.

⁶ In Indonesia, couples have the freedom to determine the content of their marriage agreements, provided that it does not conflict with laws, religious principles, morality, decency, or public order. This is due to the lack of specific regulations governing the content of marriage agreements in Indonesia. In contrast, in the United States, while

method of execution of the contract, as well as the sanction for its irregular execution or non-execution. Contracting parties are subject to their own will in the execution of the contract, which makes the contract above the law.⁷ Freedom of contract has always been present in law, but always within its flexible limits.⁸

Freedom of contract has never been absolute, because the community needs to enable the free expression of individual will, while on the other hand, the community must take care of the general norms of the community, which must not be left to the arbitrariness of the individual.⁹ Freedom of contract in every legal order suffers a general limitation in the form of the principles on which society is built and organized. In Serbian law, freedom of contract is limited by the institution of public order,¹⁰ impera-

spouses can decide the content of their marriage agreements, there are certain restrictions on what can and cannot be included, meaning that the freedom to create these agreements is still somewhat limited. W. Putri Handayani, D. Tantri Cahyaningsih, “Marriage Agreement on Common Property in Marriage (Comparative Study of Indonesia and The United States)”, *Al Manhaj: Jurnal Hukum dan Pranata Sosial Islam*, Vol. 6 No 2, 2024, p.321.

⁷ Б. Лоца, *Облигационо право, општи дио, четврто допуњено и измијењено издање*, Београд 2000, 96.

⁸ С. Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Београд 1981, 153.

McLean criticized the legal understanding of autonomy, according to which it is assumed that persons are autonomous in decision-making if their consent is valid (if there is no lack of will). She considers this understanding to be an overly simplistic view of the autonomy of the will, as well as that it is incorrect to consider that the validity of consent indicates the existence of the decision-making autonomy of one party. She believes that ignoring the wider context can lead to the wrong conclusion that the parties voluntarily entered into a marriage contract, while a deeper consideration that would include the question of power, the power relationship between the contracting parties, would lead to a different outcome. S. McLean, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge 2009, 4, et seq.

⁹ *Ibid.*

The principle of autonomy in contract law emerged during the classical period (1770-1870). The central idea was that the role of contract law should be to enforce the private arrangements that the contracting parties had agreed upon. During this time, the emphasis was heavily on the agreement and intentions of the parties, with little concern for the fairness or justice of the outcome. However, the contemporary trend (post-1980) has been shaped by a growing concern for fairness and justice, which challenges the classical concept of contractual autonomy. The classical view prioritized the enforcement of agreements, even those that might be unfair or involve undesirable subjects. The negative consequences of this rigid approach have led to a re-examination of how much freedom individuals truly have when entering into contracts. M. Wondmagegnehu Belete, „The “Principle of Autonomy” in Contract under the Civil Code of Ethiopian: Is It an Absolute Principle?“, *Beijing Law Review*, 2019, 10, p. 803.

¹⁰ Perović defines public order as “a set of principles on which the existence and duration of a legally organized community is based, and which are manifested through certain social norms that are set in the domain of the goal and subject of the contract in such a way that the contracting parties must respect them“. С. Перовић, *Облигационо право – књига прва*, Београд 1982, 169.

tive regulations and good customs.¹¹ In addition to general restrictions on freedom of contract, contract law also has special restrictions related to the subject, basis, content and form of the contract. The Family Law introduces special restrictions regarding the entities that can enter into the conclusion of a marriage contract, as well as certain restrictions related to the content of the contract.¹²

Actively legitimized persons for concluding a marriage contract are future spouses and spouses. In principle, they are free to regulate their property relations with a marriage contract, although personal relations in marriage and family greatly narrow this field of autonomy of will. Regardless of the fact that persons who have not yet concluded a marriage are legitimized to conclude a marriage contract, it will not produce real effects until the marriage is concluded. Thus, the choice of the other contracting party in the marriage contract is only conditionally free. A person is free to choose with whom he will conclude a marriage, and after that, he is conditioned in terms of choosing the person with whom he will conclude a mar-

¹¹ Good customs are moral norms that are not provided with legal sanctions, but are part of the values and consciousness of a society and as such represent a component of the protection of general interests. Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016, 332.

In art. 1 Sketches for the Code of Obligations and Contracts freedom of contract is limited by coercive regulations, public order and morality. М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969, 15.

¹² In German law, the spouse's freedom of contract is limited in the interest of public order and good customs. In Italian law, in addition to the restrictions established in the interest of protecting public order, the spouse's freedom of contract is also limited by the obligations arising from marriage. They cannot change the rules related to equal shares in joint property and the rules on property division, nor can they change the rules related to child and spousal support. See more: Г. Ковачек-Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад 2002, 67.

In Russian law, it is stipulated that the following cannot be contracted in a marriage contract: limitation of the legal and business capacity of the spouses, their right to appeal to the court in order to protect their rights, regulation of the personal property relations of the spouses, the rights and obligations of the spouses in relation to the children, the provision of other conditions that place one of the spouses in a disadvantageous position, or which contradict the basic principles of family legislation. СК РФ Статья 42. Содержание брачного договора, "Семейный кодекс Российской Федерации" от 29. 12. 1995 N 223-ФЗ (ред. от 02. 12. 2019) (с изм. и доп. , вступ. в силу с 01. 01. 2020).

See more about ways of restricting the freedom of contract in the marriage contract in the Russian Federation: Ю. С. Поваров, «Содержание брачного договора: приемы ограничения свободы определения договорных условий», *Вестник ТвГУ, Серия: Право* (2), No. 2, 2014; See more about the validity of the marriage contract in comparative law in: А. Čulo, А. Radina, „Valjanost bračnog ugovora“, *Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, В. Rešetar, М. Župan (ur.), Pravni fakultet u Osijeku, Osijek 2011, 150–160.

riage contract.¹³ The other contracting party can only be the other spouse. In order to gain a more correct insight into the freedom of contract granted to spouses in terms of property relations, the provision of the Family Law of the Republic of Serbia governing the marriage contract should be interpreted in the context of other imperative norms of the Family Law (waiving maintenance between family members has no legal effect;¹⁴ spouses are obliged to they support each other;¹⁵ parents are obliged to support their children¹⁶).

1.1. Freedom of contract and equality of contracting parties in a marriage contract

The concept according to which the autonomy of the will is propagated as a guiding principle is based on the belief that the existence of freedom of decision is equated with the equality of the parties. This understanding starts from the spouses as neutral parties, who are equal and rational in the decision-making process. Independence and freedom have become the "guiding ideas" of our age, however, in the context of family law, they need to be interpreted in an adapted manner so that they do not turn into their opposite. The fact that a marriage contract is allowed to bypass the property regime provided by law does not mean that both parties have the freedom to decide, the autonomy to establish their terms of the contract, especially if it is concluded on an "unequal field". If the autonomy of the will were emphasized as a decisive principle (the trend of its strengthening is present in modern law) it would not mean that the outcome of such a concluded contract would be fair for both contracting parties. In order for the principle of autonomy of will not to turn into its opposite, it is necessary to analyze it multilaterally and determine whether there is a tendency or existing manipulation of one of the contracting parties, and if it is determined that there is, it is necessary to determine its corrective.

A marriage contract is a legal business in which it is very easy, and there is often an imbalance of power, because it is usually one party who advocates the conclusion of this contract. The autonomy of one party can

¹³ That is, if some persons concluded a marriage contract before the conclusion of the marriage, and the marriage did not take place, this contract will not produce legal effects. Therefore, persons can conclude a marriage contract before the conclusion of the marriage, but such a contract will not produce legal effects until the marriage is concluded. In order for the contract to be effective, the persons who concluded the marriage contract must be the ones who later concluded the marriage as well.

¹⁴ Art. 8. pt. 2. Family Law of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 18/05, 72/11 and 6/15.

¹⁵ Art. 28. *Ibid.*

¹⁶ Art. 73. *Ibid.*

be limited by using the autonomy of the other party, especially if the spouse possesses the power of negotiation and persuasion. McLean concluded that the moral value of decisions depends, not only on the simple expression of the will, but may also be influenced by the other party's choice made in the matter. For this reason, it is necessary to limit the autonomy of one party, in order for the other party to use its autonomy.¹⁷

The position of the Law Commission of England and Wales regarding matrimonial property regimes testifies to the problematic application of the principle of autonomy of will, in its unchanged and unrefined form, in relation to the marriage contract. It is stated that the autonomy of the will in the case of concluding a marriage contract can only be apparent, because the marriage contract is concluded by persons who, although they are aware, adults capable of independent common-sense decision-making, being in love with the other party, are willing to agree to things and terms that they would never agree to otherwise.¹⁸

The difficulty in assessing and contracting certain contractual effects that should occur in the distant future characterizes all people, and if you add to that the hope and faith that such an event will not occur, then the possibility of concluding at the time of the creation of the contract is reduced to a serious minimum.¹⁹ This cognitive limitation means that parties are often unable to make autonomous choices when entering into certain relationships. Such a state is characterized by Eisenberg as "bounded rationality" (bounded rationality)²⁰ and "rational ignorance" (rational ignorance). Due to these circumstances, it is difficult to talk about the autonomous decision-making of the parties, when they do not believe that the marriage contract will ever be fulfilled. Also, it is difficult to predict all the possibilities that could arise during the marriage, precisely for the reasons mentioned.

From the above, one can clearly see the great, crucial conditionality of the implementation of the principle of autonomy of the will by the institution of marriage. Marriage and what it usually entails (emotions that bind spouses as well as children) decisively shapes the spouses' freedom of contract regarding their property. The autonomy of the will, as a condition

¹⁷ S. McLean, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge 2009, 28.

¹⁸ The Law Commission, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Com No 343, 2014, par. 5. 26.

¹⁹ *Bix* states that most people are bad at making correct inferences about an event that may happen in the distant future, especially if that consideration involves uncertain events that contradict our optimistic assumptions. B. Bix, "Private Ordering and Family Law", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 23, 2010, 249.

²⁰ M. Eisenberg, "The Limits of Cognition and the Limits of Contract", *Stanford Law Review*, Vol. 47:211, 213.

for the validity of the marriage contract, can only be discussed if the question of the relationship of power between the spouses is first raised and if it is established that there was no economic, social or "gender" coercion of any party in the contract when the marriage contract was concluded.

2. ADJUSTED RELATIONAL CONTRACT THEORY

Relational contract theory emerged as a means of criticizing the traditional approach to the autonomy of the will. In contract law, autonomy of will includes the idea of free consent and self-interest. Classically understood autonomy concentrates on the individual seeking a solution that is in his best interest. On the other hand, relational autonomy challenges the expectation that individuals act in their own self-interest and instead emphasizes the need to examine the relationships that surround the decision-making process.²¹ In the complexity of family relationships, the question of the possibility for individuals to make completely individualized, free decisions can be raised.

The concept of relational autonomy appeared at the end of the 20th century. Mackenzie and Stoljar described relational autonomy as a comprehensive concept, which denotes a series of related perspectives... based on a shared belief that persons are socially determined and that a person's identity is formed in the context of social relations and shaped by a complex of intersecting social determinants such as race, class, gender and nationality.²² Relational autonomy respects the context in which the decision was made. In *The Relational Autonomy of Family Law*, Herring contrasted his perspective on relational autonomy with neoliberal perspectives on autonomy. Although neoliberal notions of autonomy are built on the assumption that decision-makers are independent, self-initiated and rational actors, relational autonomy argues that "[t]o be autonomous does not mean being isolated and free from responsibility, but rather being connected in relation to their mutual mutuality and dependent responsibilities".²³ Our autonomy in making those decisions is affected by relationships with others and relationships with those with whom we enter into agreements. This led Herring to use relational autonomy to automatically oppose the enforcement of marriage contracts where there is an imbalance of power between the parties. The main difference between neoliberal autonomy and

²¹ S. Thompson, "Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements", *Journal of Law and Society* 45 (4), 2018, 12–13.

²² C. Mackenzie and N. Stoljar, "Autonomy Refigured", *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, (eds. C. Mackenzie, N. Stoljar), 2000, 4.

²³ J. Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer 2014, 68.

relational autonomy seems to be that in the case of adopting relational autonomy, the state is forced to ask why the decision was made.²⁴

A key element of relational contract theory is the importance it attaches to context, so that before looking at the transaction itself, it takes into account the relationship between the contracting parties. This approach differs from the traditional approach, which, although it respects the context of the contract, does not focus on inequalities that may arise in intimate relationships. Criticism of the traditional approach arises, not because it ignores context – it is criticized because it does not prioritize context.²⁵

The relational contract theory developed by Macneil examines the contract as a whole.²⁶ Macneil's model is based on the contract law principles he relies on in practice, but extends it "to include a much broader and richer social or perhaps philosophical relational contract that more accurately explained how the exchange took place" in the agreement being evaluated. Macneil's theory questions the neoliberal foundations of the contract and its individualized model of autonomy.

Relational contract theory overcomes the difficulties that Macneil calls "presentation".²⁷ It refers to long-term contracts that deal with the future as if it were the present. A marriage contract is an example of a presentation because it is concluded with respect to a future situation that may or may not occur in the future – divorce. But that contract which is tied to a future uncertain event is concluded in the current circumstances of the parties – before they are married or during the marriage and at a time when divorce seems remote and unlikely. Relational contract theory helps highlight the fact that marital contracts can be complex because of the many unpredictable ways in which a marital relationship can develop.²⁸ Marriage contracts cannot be interpreted only within the framework of the promises that the parties make to each other in the agreement they sign. As Leckey explains,

²⁴ *Edgar v Edgar* [1980] 1 W. L. R. , 1420.

²⁵ H. Beale, "Relational Values in English Contract Law", *Changing Concepts of Contract: Essays in Honour of Ian Macneil*, (eds. D. Campbell et al.), 2013, 116.

²⁶ I. Macneil, *Contract: Exchange Transactions and Relations*, Foundation Press, 1978.

²⁷ I. Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law", *Northwestern University Law Rev.*, Vol. 72, 1978, 854.

²⁸ Parties to a marriage contract often have an unrealistic view of the present and also do not know how circumstances will change. G. Hadfield, "Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law", *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol. 146, 1998, 1258.

When circumstances change, it is often to the economic detriment of the spouse who takes care of the household as well as child-rearing.

the content of a relationship "simply evolves from the interactions of the parties throughout his life".²⁹

Feminist perception of relational theory is also used in order to gain insight into the "power imbalance" in the marriage contract and adapt the relational theory to the specifics of the marriage contract.³⁰ Feminist perception is useful because it points to an imbalance of influence between the contracting parties, which does not necessarily have to be on the side of the man either.³¹ It illuminates the gender assumptions that are contained in business and social relations.³² Conagan believes that traditional contract theories (which he calls „traditional academia“) are gender neutral and are unable to deal with the emotional complications of marriage contracts.³³ Feminist perception of relational theory helps us to see more realistically importance of the power that conditions the existence of autonomy as one of the key principles of contract law.

Some feminist views go quite far. Paterman believes that contract law, like most branches of law, is a male construction that places women in the position of the object of male oppression.³⁴ Paterman is not the only one who advocates this point of view according to the classical conception of the contract. Tidewell and Linzer believe that the classic view of contracts associated with standards such as individual autonomy, difficult negotiation, self-confidence, etc.³⁵ Code argues that our view of the autonomy of

²⁹ R. Leckey, "Relational Contract and other models of marriage", Vol. 40, *Osgoode Hall Law J. 1*, 2002, 8.

³⁰ It is difficult to talk about a feminist view of an issue because within the feminist movement there are several currents and views on certain problems. They consider the impact of the development of contract theory on the position of women, but each in its own way. For us, those views that observe the imbalance of power while simultaneously considering the autonomy of the parties will be relevant.

Fredman points out how neo-liberal perspectives emphasize women's freedom of choice, instead of talking about the impact that social systems have on these "freedoms". S. Fredman, *Woman and Law*, Clarendon Press 1998, 288–290. Listed by: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015, 147.

³¹ On a feminist view of family law: A., Diduck, K., O'Donovan, "Feminism and Families: Plus Ça Change?", *Feminist perspectives on Family Law*, Diduck, A., O'Donovan, K. (eds. Taylor & Francis e-Library), 2007.

³² J. Conaghan, "Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 3 (Sep., 2000), 35–385.

³³ *Ibid.*, 359.

³⁴ C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988. From this point of view, it follows that the conclusion of a marriage contract with an unchanged classical conception of the contract would be favoring male arbitrariness and possibly violating women's rights.

³⁵ P. Tidwell, P. Linzer, "The Flesh-Colored Band Aid-Contracts, Feminism, Dialogue and Norms", *Huston Law Review*, Vol. 28, 791.

the will is idealized by men directing their efforts toward maximizing their own interests.³⁶

The feminist view of the conclusion of the marriage contract places the focus of its objection on the assumption of the way people negotiate and enter into intimate agreements, and because of this, the feminist view can recognize the imbalance of power that exists at the moment when the agreement is concluded. This view notes that contracting parties are humans and not rational negotiating machines.

The feminist view emphasizes the importance of recognizing the gender dimension of the marriage contract for two reasons: firstly, because the man is usually the richer and more powerful party,³⁷ and secondly, because it is more likely that it is the woman who will sacrifice her career in order to take care of the home and parental responsibilities, and that she will be damaged by the conclusion of a contract that does not take into account these activities of hers. On the other hand, Kingdom believes that the feminist point of view, according to which a woman is provided with legal protection only because she is a woman, is not correct, and she believes that the correct use of the conclusions would be the one that would focus on all persons who are affected by the imbalance of power (so also on men). In judging the imbalance of power and the gender approach, one must proceed in a way that recognizes the imbalance without creating gender stereotypes and viewing the woman as the weaker side, only in this way both spouses would be in an equal position.³⁸ If the imbalance of power was not taken into account and contracts were concluded in such a state, then concluding a marriage contract would only legally strengthen the inequality of the spouses, and the marriage contract would become a means of manipulation and endangering the freedom of persons, and not an expression of their autonomy.

By combining relational theory and feminist criticism of it, Thompson builds the theoretical foundation of feminist relational contract theory.³⁹

³⁶ L. Code, "Second Persons", *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Cornell University Press 1991, 78. Stated according to: S. Thompson, *Pre-nuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015, 149.

³⁷ *Lady Hale* states that the man is the richer party to the contract. *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42, 137.

³⁸ E. Kingdom, "Cohabitation Contracts and the Democratization of Personal Relations", *Feminist Legal Studies*, Vol. 8, 2000, 5.

³⁹ Feminist relational contract theory is formulated in the book Sharon Thompson, *Pre-nuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015, but it is elaborated in more

Feminist relational theory recognizes that persons do not enter into contractual relations in a vacuum, and that their will cannot be viewed individualistically and unrelated to the context in which contracting takes place. According to this theoretical position, autonomy is more than just rational decision-making, it is exposed to emotions, interdependence and pressures of future spouses or spouses in marriage contracts. As a result of the above, feminist relational contract theory believes that it is necessary to recognize the contextual concept of autonomy in order to propose an imbalance of power between the contracting parties of this contract. The goal of feminist relational contract theory is to create a concept of autonomy of will that will be applicable throughout the "lifetime" of the marriage contract.

Feminist relational contract theory is conceived on the basis of relational autonomy and relational contract theory by combining these approaches and overcoming their shortcomings from a feminist point of view. The author of the feminist relational contract theory states that this theory is useful not only as a means of criticizing the traditional contract theory, but also as a way to provide solutions that can empower the parties to the contract in everyday relationships, especially those parties who, in the case of a traditional formulation that does not take into account the wider context in which the concluded contract was the weaker party due to the power imbalance.⁴⁰ Thompson states that an individualistic approach to the marriage contract is inadequate.⁴¹ She emphasizes that the concept of autonomy in itself is not bad, but that its application in law is problematic.⁴² A marriage contract is taken as evidence of the autonomy of the parties, provided that the parties have been adequately informed and that no party has been unlawfully pressured to sign it. However, this assumption of autonomy serves to exclude contextual factors such as how and why the agreement was made and the changing power dynamics that occur over the course of the relationship.⁴³ Assuming the autonomy of the contracting parties, the question does not arise as to why an individual would knowingly sign a bad agreement or remain a party to it. But as McLean notes, the context in which the choice is made must be respected, otherwise autonomy is reduced to a matter of informed consent.⁴⁴ Thus, if autonomy

detail in the article S. Thompson, "Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements", *Journal of Law and Society* 45 (4), 617–645.

⁴⁰ S. Thompson, "Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements", *Journal of Law and Society* 45 (4), 2018, 4.

⁴¹ *Ibid.*, 10.

⁴² *Ibid.*, 11.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ S. A. M. McLean, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge-Cavendish, 2010, 215.

and consent are equated, we are left with a simplistic view of autonomy in which individuals either consent or they do not. The author considers the feminist aspect of this theory to be crucial, because it introduces the gender dimension into the concept of relational contractual theory. She points out that it cannot be said that the current concept is not capable of solving the consequences of gender inequality in intimate relationships. Relational theory can, through looking at the gains and losses that come from a relationship, recognize that post-divorce changes all too often lead to poor economic conditions for women. If relational theory were not applied, and if its meaning was not enriched by consideration of gender equality, something would happen in intimate relationships that can be labeled as a kind of absurdity. Namely, if the marriage contract did not include an economic interest for the party engaged in housekeeping and raising children, that party would be significantly impoverished after the divorce and its rights would be violated. McLean questions whether a contribution that generates direct income should not be measured in the same way as a contribution aimed at maintaining family unity. Thus, if the classical conception were to be applied, without considering the contractual context, it would show that the party who invests in his career and does not deal with raising children after the end of the marriage earns at the expense of the spouse who, for example, sacrificed his career in order to devote itself to the family. The goal of feminist relational theory is to provide an alternative analysis of traditional doctrinal concepts in contract and to give them new meaning.

Feminist relational contract theory is commendable in that, in addition to pointing to gender differences (which are natural),⁴⁵ it also points to the context through which it sets a wider angle of view and therefore does not have to react "female-centric". Properly observed, this theory is not the

⁴⁵ A feminist approach gives the gendered power imbalance between the parties a central place. We are of the opinion that this is an overemphasis of exclusively gender influences and that, just like any overemphasis, leads to unfairness for one side, in this case it would be for a man. Of course, gender differences have an impact on the power imbalance and on the provisions of the marriage contract, but it is only one of the factors that must be taken into account. There is an undoubted benefit of paying attention to the power imbalance, which is due to the feminist relational contract theory, but, as we stated earlier, it does not have to be conditioned only by the economically better position of one spouse.

About the terms "gender" and "gender", which in the general and usual meaning, implies a petrified distance, insurmountable, despite the power of voluntarism, distance, in the context of the topic, the word "gender" implies an initial separation, which, by the power of (fine/happy) atavism, with the power of biological, natural laws that do not command but state, with free will and the desire for a symphony, in general, in the finale, it always successfully overcomes the initial distance. Bad principles in one sphere are the etiology of the badness of the whole society. С. И. Панов, „Гендерско васпитање/родна сензитивност: редефиниција демократије и ет(н)ички идентитет“, *Српска политичка мисао*, бр. 1/2013. год. 20. vol. 39, 30–31.

basis of female chauvinism, and putting men in a subordinate position, and therefore it achieves the goal of its formation, which is the equality of the contracting parties and the fairness of the outcome of the contract. Feminist relational contract theory thus encourages putting the relationship of the contracting parties at the center of consideration, and focusing on the right balance of power, not giving an unnatural advantage to either the female or male side of the contract. The essence of the feminist relational contract theory is that it looks at the marriage contract as a whole, from creation to execution, with a special reference to the process of execution, in which the whole contract and the position of the spouses in it can be evaluated again.⁴⁶

Applying the concept of feminist relational contract theory to the marriage contract would benefit both contracting parties, as well as the financial well-being of the entire family in case of divorce. In assessing the autonomy of the contracting parties, the feminist relational contract theory is not limited to the process of concluding a marriage contract, but it is also reviewed during the marriage. Since the center of this theory is the relationship between the parties, it is logical that the relationship and the positions of the spouses are reviewed throughout the period, and not just at the beginning, because circumstances can change.

A nuanced and complex view of the autonomy of the will and the consent of the contracting parties should be taken from the feminist theory. Feminist relational theory recognizes not only weaknesses of will, but also subtle methods by which one side exerts pressure on the other.⁴⁷

Feminist relational contract theory should serve to recognize and prevent the use of power by any party to the contract who is found to have used their power to induce the other party to enter into a marriage contract of a certain content. What we don't like about this concept is the word "feminist" in the name of the theory itself because it can cause confusion regarding the determination of this theory, and the unfair and artificial favoring of women by the name of the theory itself, indicating that they are always the weaker party in the contract. For this reason, we are of the opinion that the mentioned concept of feminist relational contract theory should be adopted in the part where it points to the inequalities that can occur when concluding a marriage contract, while omitting the term feminist. We are in favor of omitting the word "feminist" for the reason that a man, not just a woman, can appear as the weaker side, moreover, we think that in

⁴⁶ S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015, 173.

⁴⁷ O. Gan, "Contractual Duress and Relations of Power", *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 36, 201–202.

the coming time, it may be men who will be the weaker side more often. The aggressive politics of most feminist conceptions today turns into something different in relation to the initial motive of the emergence of feminist movements. Today, the feminist movement is increasingly taking on the contours of a movement for the humiliation of men, their subjugation, to the extent of endangering their rights. If the views of some extreme feminist currents were followed,⁴⁸ and if women were exclusively cited as the weaker side, the feminist concept itself would inevitably be challenged and the inequality and subjugation of the other, male side, inevitable. Thus we would go round and round and never achieve a balance of power, at least in this aspect. For this reason, it is convenient to take from the feminist conception what is useful in it for achieving fairer outcomes in the marriage contract, and to take into account the gender aspect, but not limiting it to women but to extend it to men as well, taking into account the possibility, especially today, that and the male side is the weaker side even in the economic aspect. As marriage is the union of a woman and a man, and how they are different, yet one, and how the beauty is in that diversity and in the very unity achieved by marriage, we are of the opinion that the theory that will deal with the marital property contract must exude the spirit of the institution itself in the benefit of which the marriage contract was formed, and with it the theoretical foundation – relational contract theory. In order for the marriage contract to be a means of promoting equality and preventing the violation of the rights of spouses, we believe that it is necessary to recognize the imbalance of power and prevent it, but that it is by no means desirable in the first moment, before the circumstances of a case are examined, either the female or the male side of the contract. characterized as more or less dominant, ie. "weaker". Men in non-traditional roles must also be protected. The position of a large number of feminist theorists is wrong, that it is the woman who is subjugated in every marriage relationship, and that men cannot be the weaker party in the marriage contract. If a feminist "woman-centric" approach were to be applied, without respecting the circumstances of the case (which the relational theory insists on), then in cases where the man does not play a traditional male role, and where he is the more passive and weaker party in the relationship, the outcome of the negotiation and concluded marriage contract would could be on his walk.⁴⁹

⁴⁸ See more: С., Антонић, *Искушења радикалног феминизма: моћ и границе друштвеног инжењеринга*, Службени гласник, Београд 2011.

⁴⁹ *Garrison* believes that legal systems that are based on the assumption that women need special and additional protection compared to men are very paternalistic, and that they are based on classic female stereotypes – weakness, dependence, vulnerability, irrationality, precisely those stereotypes that were the previous legislation which denied women numerous rights, precisely because of the aforementioned characteristics, thus harming women. In

In this regard, we advocate that the name of the theory should be adjusted relational contract theory. An adjusted relational contract theory would represent a relational theory enriched with the conclusion that the feminist conception reached, namely that there is an imbalance of power and that it can be "gender-sexual", respecting the life possibility that the man is also the "weaker" side in the relationship.

3. CONCLUSION

Although the autonomy of the will is a key principle in the contractual arrangement of the property relations of the spouses, the specifics of the marital relationship mean that its application in its unchanged form would lead to potentially unfair outcomes for one of the spouses (the "weaker" spouse), and for this reason, with regard to the conclusion of the marriage contract it should not assume that the autonomy of the will exists (autonomy of the will as a legal presumption).

The conclusion of a marriage contract leads to a conflict between, on the one hand, the promotion of women's autonomy and freedom of choice, and on the other hand, the protection of women from the harmful consequences that would result from the use of autonomy of will in conditions of inequality, i.e. power imbalance ("dilemma of choice"). Therefore, if the principle of autonomy of the will were applied in its unchanged form (as well as when the contract is concluded by persons who are not bound by a previous emotional bond), the marriage contract could turn into a means of inequality and falsification of the meaning and purpose of its existence. In response to the challenges posed by the personal relationship of the contracting parties in the marriage contract to the principle of autonomy of will, the relational contract theory emerged. Relational contract theory prioritizes the context in which the contract was concluded.

Feminist perception of relational theory is also used in order to gain insight into the imbalance of power in the marriage contract and adapt the relational theory to the peculiarities of the marriage contract. Feminist perception points to an imbalance of influence between the contracting parties, which does not necessarily have to be on the side of the man either. By combining relational theory and feminist criticism of it, Thompson builds the theoretical foundation of feminist relational contract theory.

Feminist relational contract theory recognizes that persons do not enter into contractual relations in a vacuum, and that their will cannot be viewed

an era based on gender equality, policy makers should think carefully before relying on such negative stereotypes and using them as a means of creating certain legal policies. M. Garrison, "Cohabitant Obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki (eds. J. Miles, J. M. Scherpe) Intersentia 2011, 131–132.

individualistically and unrelated to the context in which the contract takes place. Feminist relational theory encourages putting the relationship of the contracting parties at the center of consideration, and focusing on the right balance of power, not giving an unnatural advantage to either the female or male side of the contract. The essence of the feminist relational contract theory is that it looks at the marriage contract as a whole, from creation to execution, with a special reference to the process of execution, in which the whole contract and the position of the spouses in it can be evaluated again.

Due to the fact that the word „feminist“ in the name of the theory itself can cause confusion regarding the understanding of this theory (understanding of women as always „weaker“ parties in the contract), we are of the opinion that the name feminist should be omitted from the name of the theory and the theory should be titled adjusted relational contract theory. An adjusted relational contract theory would represent a relational theory enriched with the conclusion that the feminist conception reached, namely that there is an imbalance of power and that it can be „gender-sexual“, respecting the life possibility that the man is also the „weaker“ side in the relationship. A theory titled and conceived in this way would favor more legal outcomes and a more certain realization of the purpose for which the marriage contract was established.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Антонић, Слободан, *Искушења радикалног феминизма: моћ и границе друштвеног инжењеринга*, Службени гласник, Београд 2011;
2. Водинелић, В. Владимир, *Грађанско право – увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2014;
3. Ковачек-Станић, Гордана, *Упоредно породично право*, Нови Сад 2002;
4. Константиновић, Михаило, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969;
5. Лоза, Богдан, *Облигационо право, општи дио, четврто допуњено и измјењено издање*, Београд 2000;
6. Панов, Слободан, „Гендерско васпитање/родна сензитивност: редефиниција демократије и ет(н)ички идентитет“, *Српска политичка мисао*, бр. 1/2013. год. 20. vol. 39;
7. Перовић, Слободан, *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва 2007;
8. Перовић, Слободан, *Облигационо право – књига прва*, Београд 1982;

9. Поваров, Юрий Сергеевич, „Содержание брачного договора: приемы ограничения свободы определения договорных условий“, *Вестник ТвГУ, Серия: Право* (2), No. 2, 2014;
10. Радић, Дарко, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016;
11. Стјепановић, Богдана, „Удео у привредном друштву као заједничка имовина супружника“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, Удружење правника у привреди Србије;
12. Стјепановић, Богдана, „Заједничка имовина супружника у Породичном закону и Преднацрту Грађанског законика Србије“, *Актуелна питања савременог законодавства* (ур. Миодраг Орлић), Савез удружења правника Србије и републике Српске, Будва 2019;
13. Beale, Hugh, "Relational Values in English Contract Law", *Changing Concepts of Contract: Essays in Honour of Ian Macneil*, ed. D. Campbell et al., 2013;
14. Bix, Bix, "Private Ordering and Family Law", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 23, 2010;
15. Code, Lorraine, "Second Persons", *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Cornell University Press 1991;
16. Conaghan, Joanne, "Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 3, 2000;
17. Čulo, Anica, Radina, Ana, „Valjanost bračnog ugovora“, *Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, B. Rešetar, M. Župan (ur.), Pravni fakultet u Osijeku, Osijek 2011;
18. Diduck, Alison, O'Donovan, Katherine, "Feminism and Families: Plus Ça, Change?", *Feminist perspectives on Family Law*, Diduck, A., O'Donovan, K. (eds.), Taylor & Francis e-Library 2007;
19. Eisenberg, Melvin, "The Limits of Cognition and the Limits of Contract", *Stanford Law Review*, Vol. 47:211;
20. Fredman, Sandra, *Woman and Law*, Clarendon Press 1998;
21. Gan, Orit, "Contractual Duress and Relations of Power", *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 36;
22. Garrison, Marsha, "Cohabitant Obligations: Contract versus Status", *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (eds.), Intersentia 2011;
23. Hadfield, Gillian K., "The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on the Limits of Freedom of Contract", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol 33, No. 2, 1995;
24. Hadfield, Gillian, "Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law", *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol. 146, 1998;
25. Hasneziri, Luan, "The Principle of Autonomy of Contractual Will", *European Journal of Multidisciplinary Studies*, Vol 8, Issue 1, 2023;
26. Henrich, Dieter, "Privatautonomie, Parteiautonomie: (Familienrechtliche) Zukunftsperspektiven", *RabelsZ*, 79, 2015;
27. Herring, Jonathan, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer 2014;

28. Kingdom, Elizabeth, "Cohabitation Contracts and the Democratization of Personal Relations", *Feminist Legal Studies*, Vol. 8, 2000;
29. Leckey, Robert, "Relational Contract and other models of marriage", Vol. 40, *Osgoode Hall Law J. 1*, 2002;
30. Mackenzie, Catriona, Stoljar, Natalie, "Autonomy Refigured", *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, eds. C. Mackenzie and N. Stoljar (2000) 4;
31. Macneil, Ian, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law", *Northwestern University Law Rev.*, Vol. 72, 1978;
32. Macneil, Ian, *Contract: Exchange Transactions and Relations*, Foundation Press 1978;
33. Majstorović, Irena, „Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova i autonomija volje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar 2018;
34. McLean, Sheila, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge 2009;
35. Pateman, Carole, *The Sexual Contract*, Stanford University Press 1988;
36. Putri Handayani, Wiwid, Tantri Cahyaningsih, Diana, "Marriage Agreement on Common Property in Marriage (Comparative Study of Indonesia and The United States)", *Al Manhaj: Jurnal Hukum dan Pranata Sosial Islam*, Vol. 6 No 2, 2024.
37. Thompson, Sharon, "Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements", *Journal of Law and Society* 45 (4), 2018;
38. Thompson, Sharon, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015;
39. Tidwell, Patricia, Linzer, Peter, "The Flesh-Colored Band Aid-Contracts, Feminism, Dialogue and Norms", *Huston Law Review*, Vol. 28.
40. Wondmagegnehu Belete, Melese „The “Principle of Autonomy” in Contract under the Civil Code of Ethiopian: Is It an Absolute Principle?“, *Beijing Law Review*, 2019, 10.

Legal documents and Internet sources

1. Family Law of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 18/05, 72/11 and 6/15.
2. Edgar v Edgar [1980] 1 W. L. R., 1420;
3. *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42;
4. The Law Commission, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Com No 343, 2014, par. 5.
5. Law on Obligations, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 57/89, *Official Gazette of the FRY*, no. 31/93, and *Official Gazette of Serbia and Montenegro* no. 1/2003, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 18/20.

6. „Семейный кодекс Российской Федерации“ от 29. 12. 1995 N 223-ФЗ (ред. от 02. 12. 2019) (с изм. и доп. , вступ. в силу с 01. 01. 2020).

Научни сарадник др Богдана М. Стјепановић

Институт за упоредно право, Београд

НАЧЕЛО АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ И БРАЧНИ УГОВОР*

Сажетак

Аутономија воље јесте кључно начело у уговорном уређењу имовинских односа супружника. Једно од најсложенијих, али и најбитнијих питања која се у погледу закључења брачног уговора, а у вези са аутономијом воље уговорника поставља, јесте проблем „дилеме избора“ („dilemma of choice“). „Дилема избора“ се састоји у конфликту између промовисања са једне стране аутономије жена и слободе избора, и са друге стране заштите жена од штетних последица које би произилазиле из употребе аутономије воље у условима неједнакости, односно дисбаланса моћи.

Надлежни органи обично узимају да аутономија воље постоји, те се она јавља као претпоставка. Овакав став је у погледу брачног уговора нарочито штетан, јер може резултовати у економским последицама не само по „слабију“ уговорну страну, већ и по децу као и друштво у целини. Из тог разлога је нужно преиспитати начело аутономије воље и прилагодити га особеностима личног односа страна уговорника.

У овом раду ћемо анализирати примену начела аутономије воље на супружнике у брачном уговору, уз постављање можда изузетно смелог, али опет могућег питања (уз покушај давања одговора на исто), да ли се у погледу супружника који закључују брачни уговор може говорити о аутономији воље, односно једном њеном манифесту, слободи уговарања у правом смислу те речи, те да ли је питање постојања аутономије воље у овом случају могуће посматрати на исти начин као и у погледу закључења правних послова између лица које не везује нека претходна веза или је у погледу пуноважности брачног уговора потребно увести нови критеријум који би омогућавао правичнији исход?

Кључне речи: *Аутономија воље; Слобода уговарања; Брачни уговор; Релациона теорија.*

* Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3.2.2023.)

Asistent Dino Kovačević, mr. iur.

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

OBRAZOVANJE DJETETA I RODITELJSKA AUTONOMIJA – NERIJEŠENA PITANJA

U savremenom porodičnom pravu primjetne su dvije suprotne tendencije. S jedne strane imamo miješanje javne vlasti u vršenje roditeljske odgovornosti, koje se ostvaruje uglavnom putem organa starateljstva i suda. S druge strane imamo zahtjeve porodične autonomije, odnosno potrebu članova porodice da se oslobode formalne kontrole nad porodičnim životom. U ovom radu razmatra se granica do koje rasprava o obrazovanju djeteta ostaje unutar porodice, a kada najbolji interesi djeteta bivaju preispitivani od strane autoriteta javne vlasti.

Ključne riječi: Roditeljska odgovornost; Roditeljska autonomija; Obrazovanje djeteta; Javni interes; Javna vlast.

1. UVOD

U savremenom porodičnom pravu primjetne su dvije suprotne tendencije. S jedne strane imamo miješanje javne vlasti u vršenje roditeljske odgovornosti, koje se ostvaruje uglavnom putem organa starateljstva i suda. S druge strane imamo zahtjeve porodične autonomije, odnosno potrebu članova porodice da se oslobode formalne kontrole nad porodičnim životom. *Ratio* porodične autonomije počiva na ideji zaštite porodice od neprimjerenih intervencija javne vlasti. Autonomija je ograničena činjenicom da se roditelji ne mogu osloboditi propisanih roditeljskih dužnosti. Navedene tendencije dovele su do toga da porodično pravo, po svojim karakteristikama, neprekidno fluktuiraju između javnog i privatnog.

Obrazovanje djeteta je pravo djeteta, ali i odgovornost roditelja odavno izašla iz sfere potpuno autonomnog odlučivanja roditelja. Za kvalitetno realiziranje obrazovanja djeteta, kao prava djeteta i kao sadržaja roditeljske odgovornosti, neophodno je aktivno učešće roditelja. Odgovoran roditelj

ima obuhvatna znanja o svom djetetu, njegovim sposobnostima, interesima i sklonostima. Također, odgovorno donošenje odluka o obrazovanju djeteta nužno zahtijeva i zajedničko djelovanje. Saglasnost volje roditelja međusobno, te roditelja i djeteta u pogledu izbora obrazovanja obično se pretpostavlja.

Osnovna pitanja koja su razmatrana u ovom radu su: koji je opseg, a koja su ograničenja roditeljske autonomije u pitanjima izbora obrazovanja djeteta, kako i u kojoj mjeri javna vlast intervenira u porodične odnose kada postoji porodični sukob o obrazovanju djeteta, te kome su povjerene ovlasti, a kome odgovornosti kada je u pitanju obrazovanje djeteta?

2. PORODIČNO PRAVO, *QUO VADIS?*

Kada se govori o sistemu, odnosno podjeli građanskog prava, obično se klasifikacija vrši na temelju dva sistema: institucionalni i pandektni. Institucionalni sistem nazvan je po Gajevim institucijama i pravo dijeli na lica (*personae*), stvari (*res*) i tužbe (*actiones*). S druge strane, pandektni sistem, nazvan po drugom dijelu Justinijanovog zbornika, građansko pravo dijeli na: lično, stvarno, obligaciono i porodično.

Rasprava o položaju porodičnog prava u sistemu prava nije nova, ali je kontinuirana, i sa pitanjima koja se otvaraju u savremenom porodičnom pravu, čini se, neće biti prevaziđena. Savremene teme porodičnog prava, poput pitanja odgovornosti u porodičnim odnosima, homoparentalnosti, medicinskih pomognutog roditeljstva, tjelesnog kažnjavanja djeteta, mogućnosti arbitraže u porodičnim odnosima, navode nas za zaključak da, neovisno o čestoj podjeli porodice na tradicionalnu i savremenu, porodica se na neki način uvijek nalazi u krizi, jer je neprekidno suočena sa nizom teškoća, a sve sa ciljem da ispuni svoje od konteksta postavljane zadatke.

Tako, Spaić nedvojbeno navodi da porodično pravo ne spada u građansko, bez obzira što u porodičnom pravu imamo i imovinskih odnosa, imovinski odnosi porodičnog prava nemaju veze sa imovinskim odnosima građanskog prava.¹ Uprkos tome što je u međuvremenu došlo do ozbiljnog razvitka u reguliranju imovinskih odnosa u porodičnom pravu, nesporno je da se među članovima/icama porodice ostvaruju složeni i specifični odnosi, koji zahtijevaju poseban senzibilitet kada im se pristupa. Upravo zbog intime porodičnopravnih odnosa porodično pravo možemo nazvati intimnim pravom, jer ono čovjeka posmatra kao oca, muža, brata, a ne kao vlasnika ili dužnika.²

¹ V. Spaić, *Uvod u građansko pravo*, Svjetlost, Sarajevo 1950¹, 24.

² Vid. A. P. Lazarević, *O državnoj intervenciji u porodičnim odnosima*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1927, 1.

Ne dajući odgovore gdje je mjesto porodičnom pravu, nesporno moramo prihvatiti da ga niz karakteristika izdvaja iz pripadnosti građanskom pravu. Jedna od tih karakteristika je i autonomija volje.

Jezički i sadržinski gledano, biti autonoman, znači moći sam sobom upravljati, moći sam odlučiti, ne biti podređen ili potčinjen. U građanskom pravu autonomija volje može se izraziti riječima „*da volja i naredba čovečija zamenjuje zakon, a da su zakonske dispozicije samo surogati raspoloženja volje pojedinaca*“.³ Autonomija volje na izvjestan način isključena je u porodičnom pravu, i prisutna je (samo) u sferi imovinskih odnosa koji, mora se priznati, nisu dominantna porodičnopravne regulative.

Ovaj kratki doprinos aktualizaciji rasprave o položaju porodičnog prava u sistemu prava, put je otvaranju pitanja autonomije (volje) u vršenju roditeljske odgovornosti, posebno u odnosu na obrazovanje koje je, s jedne strane, pravo djeteta, a s druge strane, sadržaj roditeljske odgovornosti.

3. RODITELJSKA AUTONOMIJA I OBRAZOVANJE DJETETA: KOLIKO SU RODITELJI SLOBODNI?

Bez otvaranja rasprave gdje se porodično pravo nalazi kada je posrijedi podjela na javno i privatno pravo, odavno je primjetna „*izrazita penetracija društvenih nosilaca u porodične funkcije*“.⁴ Staranje o djeci i njihovom spremanju za život, navodi Lazarević, ostavljeno je uglavnom „*uviđavnosti i volji roditelja*“, smatrajući da će roditelji, rukovođeni od prirode velikom ljubavlju prema svojoj djeci najbolje znati i moći shvatiti prave djetetove interese, dok je država za sebe zadržala samo pravo nadzora nad radom roditelja, ukoliko bi oni nehatno, namjerno, ili iz neznanja napravili pogrešku u vršenju svojih dužnosti i odgovornosti.⁵

Činjenica da porodica poznaje svoje vrijednosti i prioritete bolje nego bilo ko drugi i da je porodica ta koja će, više nego bilo ko drugi, morati da živi sa posljedicama svojih odluka, razlog je zašto bi pravo moralo da pokloni roditeljima povjerenje.⁶

Obrazovanje je sistematično podučavanje djeteta u privatnom i javnom prostoru o glavnim svjetonazorskim sadržajima u vladajućoj slici svijeta.⁷ Odluke koje roditelji donose u pogledu djetetovog obrazovanja (primjerice, odluka da dijete pored redovnog osnovnog obrazovanja pohađa i osno-

³ *Ibid.*

⁴ A. Milić, *Sociologija porodice: kritika i izazovi*, Čigoja štampa, Beograd 2007, 178.

⁵ A. P. Lazarević, 27.

⁶ G. Kovaček-Stanić, S. Samardžić, „Da li (porodično) pravo štiti porodicu?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2021, 27.

⁷ Dž. Duman, *Ostvarivanje roditeljskog staranja: savremeni pravni okvir: doktorska disertacija*, Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, 2014, 124.

vnu muzičku školu) mogu biti rezultat različitih determinanti. Takve odluke mogu biti rezultat osluškivanja vlastitog djeteta (njegovih želja i sklonosti), proizvod vlastitih ambicija ili naslijeđenog porodičnog podrazumijevanja (išli su otac i/ili majka, pa će ići i dijete).⁸

Svakako, neizbježan je uticaj roditelja na obrazovanje djeteta. Roditelji *via facti* imaju najviši stepen odgovornosti i uticaja u pogledu obrazovanja vlastite djece.⁹ Da bi se pokazala ispravnost odluke potrebno je vrijeme. Bez obzira na to da li roditeljsku ulogu vrše svjesno i planirano ili stihijski, teret odgovornosti odgovornog roditelja nadživljava roditeljsko staranje.

Roditeljsku autonomiju shvatamo kao slobodu roditelja da podižu svoju djecu na način kako oni smatraju ispravnim, odnosno roditelji su ti koji biraju pravac odgoja djeteta, ali krajnji cilj roditeljske autonomije ogleda se u realiziranju djetetovih interesa.¹⁰

U kontekstu uticaja roditelja na obrazovanje djeteta, roditelji imaju autonomiju, ali nemaju mogućnost osloboditi se od svojih roditeljskih dužnosti. Primjerice, roditelji mogu odlučivati koju školu će njihovo dijete pohađati. Međutim, oni ne mogu odlučivati o tome da li će dijete školovati, jer obavezu školovanja propisuje država, i to ne može pripadati sferi roditeljske autonomije.¹¹

Prethodni primjer granice roditeljske autonomije povezane sa odlučivanjem roditelja o obrazovanju djeteta potrebno je shvatiti uslovno, odnosno, isti se može relativizirati. Naime, propisi o osnovnom odgoju i obrazovanju često određuju tzv. školsko područje koje obavezuje da se učenici/e

⁸ *Exempli causa*, član 94 stav 5 Obiteljskog zakona Republike Hrvatske normira da „roditelji ne smiju prisiljavati dijete na obrazovanje koje nije u skladu s njegovim sposobnostima i sklonostima“. Na ovom mjestu zanimljivim se čini pomenuti životnu priču istaknutog predstavnika i idejnog tvorca *psihoanalitičke jurisprudencije*. Naime, Jerome Frank (1889–1957), američki sudija i pravni teoretičar, sin istaknutog advokata, nije bio zainteresiran za studije prava, već su njegova želja bile studije književnosti. Ipak, na očevo insistiranje, kako bi nastavio porodičnu tradiciju, upisuje i studije prava 1909. godine. I sam Frank o tome izričito kaže: „Ja nisam želeo da se bavim pravnom praksom. Ali moj otac je bio advokat i nagovarao me je na to, skoro da me je prisilio.“ Frank je nesumnjivo čitav život svjesno ili nesvjesno bježao od prava, o čemu svjedoči i njegova bogata biografija. Kompleks jakog oca zbog koga je usmjerio svoj profesionalni život ka pravu nije mu smetao da postane uspješan. Naprotiv, kao da ga je to ojačalo i učinilo upornijim u borbi za uspjeh i afirmaciju u oblasti prava. Da je uspio u svojim nastojanjima da se odupre ocu, pravna nauka bi sigurno bila osiromašena za izuzetno plodnog pisca. Vid. D. Avramović, *Sudije, pravo i psihologija: ogleđ o sudijskom odlučivanju na tragu Džeroma Frenka*, Službeni glasnik, Beograd 2021, 22–30.

⁹ A. Gašparić, „Pravo roditelja da utječu na obrazovanje djece s obzirom na vlastita uvjerenja“, *Obnovljeni život* 3/2020, 381.

¹⁰ D. W. Archard, *Children, Family and the State*. Ashgate Publishing 2003, 146–148.

¹¹ D. Kovačević, *Država kao parens patriae: javni interes i roditeljska odgovornost: završni rad*, Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, Sarajevo 2021, 20.

upisuju u školu na školskom području na kojem imaju prebivalište ili boravište. Razlozi su praktične naravi, i škola ili škole unutar školskog područja uglavnom i jesu najbliže mjestu stanovanja djeteta, međutim, ne možemo osporiti da se i na taj način utiče na roditeljsku autonomiju.

Školsko područje u koliziji je s nastojanjem roditelja da djeci bude osigurano mjesto u „dovoljno dobroj školi“. U takvim se okolnostima događa ponekad suludo natjecanje među roditeljima za mjesta u najpopularnijim školama.¹² Školsko područje klimava je brana roditeljskim nastojanjima da djecu upisuju u „prestižne gradske škole“. Određene osnovne i srednje škole nerijetko u svojim mjestima nose reputaciju elitnih obrazovnih ustanova. Rjeđe zbog plana i programa, nastavnog kadra, osvajanja visokog ranga na takmičenjima ili darovite djece koja tamo idu, a češće zbog roditelja djece koja konkretnu školu pohađaju. Sve to relativizira odgovornost vladinih i lokalnih autoriteta, koji bi trebalo da osiguraju da su sve škole dovoljno dobre.¹³

Pravila o školskom području obično se ne provode strogo i bez izuzetka. U izuzetnim slučajevima (zbog zaštite prava djeteta, zbog pohađanja predškolske ustanove, zbog mjesta zaposlenja roditelja i zbog uključenosti djeteta u slobodne aktivnosti), ako je to u najboljem interesu djeteta, Ministarstvo može na zahtjev roditelja i uz prethodnu saglasnost škole, dijete izuzeti od obaveze pohađanja škole konkretnog školskog područja.¹⁴

Pitanje roditeljske autonomije dodatno se usložnjava u slučaju sukoba roditelja u određenim pitanjima. Roditeljsko staranje vrši se „*zajednički, sporazumno i ravnopravno*“ (član 41 PZ FBiH), međutim, šta kada roditelji međusobno nisu saglasni? Onda kada izostane sporazum, interes djeteta zahtijeva intervenciju u ostvarivanje roditeljskog staranja.¹⁵

U slučaju spora između roditelja o ostvarivanju roditeljskog staranja, zakon normira da odluku donosi sud u vanparničnom postupku na prijedlog roditelja, djeteta koje je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice svojih radnji, ili organ starateljstva na čijem području dijete ima prebivalište (član 141 stav 3 PZ F BiH). Novi Porodični zakon RS normira da „u slučaju nesporazuma roditelja o vršenju roditeljskog prava odluku o tome donosi sud, uzimajući u obzir najbolji interes djeteta“ (član 98 stav 1 PZ

¹² Dž. Duman, 135.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Vid. član 21. stav 4 Zakona o osnovnom odgoju i obrazovanju Tuzlanskog kantona (*Sl. novine Tuzlanskog kantona*, br. 10/2020 – prečišćen tekst, 8/2021, 11/2021, 22/2021 i 5/2022, *Sl. novine FBiH*, br. 26/2022 – odluka US, *Sl. novine Tuzlanskog kantona*, br. 10/2022 i 11/2022, *Sl. novine FBiH*, br. 39/2023 – odluka US i *Sl. novine Tuzlanskog kantona*, br. 12/2023).

¹⁵ S. Bubić, N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 173.

RS). U odnosu na ranije važeći Porodični zakon RS, došlo je do promjene nadležnosti. Naime, član 85 stav 2 ranije važećeg PZ RS, normirao je da „u slučaju neslaganja roditelja o vršenju roditeljskog prava odlučuje organ starateljstva“.

Osim što je došlo do promjene nadležnosti, u novom PZ RS nije precizirano ni u kojoj vrsti postupka će takav nesporazum biti rješavan. Za pretpostaviti je da je posrijedi vanparnični postupak.

Sudskoj praksi nisu nepoznati slučajevi da se roditelji ne mogu sporazumjeti, primjerice, o izboru škole. Tako, u jednom slučaju, prijedlog predlagatelja bio je da se mlđb. kćerka uputi na školovanje u jednu od redovnih srednjih škola, s obzirom na to da je pohađala Gazi Husrev-begovu medresu u Sarajevu. U toku postupka provedenim dokazima, prvenstveno saslušanjem mlđb. kćerke, sud je utvrdio da je donijela odluku o pohađanju navedene škole bez ičijeg nagovora ili prisile. Sud je utvrdio, također, da ne postoje negativni utjecaji predmetne škole na mlđb. kćerku, kao ni na njen psihički razvoj, odgoj i vaspitanje, jer se radi o obrazovnoj instituciji koja ima program kao i ostale srednje škole koje pružaju učenicima opće znanje kao i druge predmete u kojima stiču znanje iz oblasti izučavanja islama, što samo po sebi ni u kom slučaju ne može negativno uticati na dalji život i psiho-fizički razvoj mlđb. kćerke.¹⁶

Jasna je situacija kada roditelji međusobno ne mogu postići sporazum. Međutim, šta u slučaju kada nemogućnost sporazuma postoji između roditelja i djeteta? Istina je da će se takva situacija rijetko javiti pri odabiru osnovne škole, ali sasvim je izgledna kada je u pitanju odabir srednje škole. Porodični zakon Republike Srbije članom 63 stav 2 normira da „*dete koje je navršilo 15. godinu života, i koje je sposobno za rasuđivanje, može odlučiti koju će srednju školu pohađati*“.

Korisno rješenje nudi Obiteljski zakon Republike Hrvatske. Naime, u slučaju spora između djeteta i roditelja vezanog za obrazovanje djeteta, sud će u vanparničnom postupku, na prijedlog djeteta ili roditelja, donijeti rješenje radi zaštite dobrobiti djeteta (član 96 stav 6). Pritom, zakonom je propisana dužnost roditelja (i drugih članova porodice) da pokrenu i sudjeluju u postupku *obveznog savjetovanja* prije pokretanja, između ostalog, i sudskog postupka u kojem se odlučuje o obrazovanju djeteta, a riječ je o sporu između djeteta i roditelja (član 329 stav 1 tačka 2). Zakonodavac nije izričito predvidio mogućnost postojanja spora između roditelja o obrazovanju djeteta, te u tom pogledu i ne sadrži uputu na *obvezno savjetovanje*.¹⁷ *Obvezno savjetovanje* institut je koji za cilj ima mirno rješavanje porodič-

¹⁶ Dž. Duman, M. Halilović, F. Latifović, *Analiza sudske prakse u porodičnim sporovima i preporuke za postupanje: priručnik*, Atlantska inicijativa, Sarajevo 2020, 65.

¹⁷ D. Hrabar et al., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2021, 263.

nih sporova, odnosno pomoć članovima/cama porodice da donesu sporazumne odluke koje se tiču djece.

Kada postoji spor o obrazovanju, bilo između roditelja međusobno, bilo između roditelja i djeteta, svakako mislimo da bi porodično posredovanje bilo primjeren način rješavanja nastalog spora ili nesporazuma. Dakle, bez vođenja sudskog postupka i donošenja presude, spor bi trebalo pokušati riješiti sporazumom roditelja ili roditelja i djeteta, uz pomoć treće, posebno obučene, neutralne i nezavisne strane.¹⁸

4. RODITELJI I OBRAZOVNI SISTEM: KOME OVLAŠTI, KOME ODGOVORNOSTI?

Kriza porodice manifestira se i kroz opće odsustvo odgovornosti, jer kad su naizgled odgovorni svi, baš tada nije odgovoran niko. Prevencija mogućih posljedica neodgovornog roditeljstva, te zaštita prava djeteta u slučaju kada su na taj način ugrožena, odgovornost su svih činitelja društvenog poretka.

Kako je sadržaj roditeljske odgovornosti i vođenje djeteta kroz proces obrazovanja, roditeljska autonomija u datoj sferi omeđena je, činjenica je, i sistemom u kojem djeca bivaju odgajana i obrazovana. Iako je sistem obrazovanja, u državama regiona, pretrpio najmanje promjene od svih segmenata, u socijalističkom sistemu roditeljska autonomija svodena je na minimum, jer je cijeli obrazovni sistem kreiran i vođen izvan roditeljskih želja i uvjerenja. Danas, roditeljsko učešće intenzivirano je, a društvena uloga nastavnika/ca, kao i njihove odgovornosti i obaveze značajno su izmijenjene i povećane, a njihov status u društvu mnogo je niži.¹⁹ Ipak, u pogledu roditeljske autonomije, razlike nisu značaje. Izuzev nastave vjeronauke, roditeljske želje i uvjerenja, njihove intervencije u kurikulum, nisu od značaja. Iako su i odgoj i obrazovanje neodvojivi od najvažnijih sadržaja društvenog poretka, odgoj u većoj mjeri podliježe diskrecionim pravima roditelja, dok obrazovanje organizira politička zajednica.²⁰

Intenzivirano roditeljsko učešće ima i prednosti i nedostatke. S jedne strane, nužno je zajedničko djelovanje i partnerski odnos škole/nastavnika sa roditeljima neminovno donosi probitke. Ali, nastavnici/e sada „*moraju odgovoriti na zahtjeve roditelja u pogledu rezultata obrazovanja, na društvene potrebe u pogledu šireg pristupa obrazovanju, ali i na pritiske da se*

¹⁸ O ustanku porodičnog posredovanja vid. S. Bubić, „Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu”, *Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, 2/2011, 16–29.

¹⁹ S. Bećirović, „Utjecaj društvenih promjena na ulogu i odgovornost nastavnika u savremenim obrazovnim sistemima”, *Novi Muallim* 16/2022, 114.

²⁰ Dž. Duman, 124.

aktivnosti u okviru škole odvijaju u ozračju veće demokratije“.²¹ Učionice su sve manje homogene, a svijest o broju neurodivergentne djece dovela je do potrebe napuštanja „tradicionalne učionice“.

Međutim, da li su ovlasti nastavnika/ca smanjene? Ovlasti i odgovornosti moraju koincidirati. Nekako se čini da su nastavnicima/ama odgovornosti povećane a ovlasti oduzete, svakako, nauštrb dječje dobrobiti.²²

5. RODITELJSKA AUTONOMIJA I OBRAZOVANJE KOD KUĆE: VJERUJEMO LI RODITELJIMA?

Kako je prethodno istaknuto, razlog zašto bi trebalo pokloniti povjerenje roditeljima leži u oborivoj pretpostavci da oni najbolje poznaju svoje dijete, i da mu žele najbolje.

Propisi o osnovnom odgoju i obrazovanju²³ normiraju da su „*roditelji obavezni upisati svoje dijete u školu i obezbijediti da dijete redovno pohađa školu tokom trajanja obaveznog obrazovanja*“ (član 27 stav 1), a „*obavezno obrazovanje počinje u kalendarskoj godini u kojoj dijete do prvog septembra navršava šest godina života i traje do navršene petnaeste godine života*“ (član 6 stav 2). Prekršajno je odgovoran i kazniće se novčanom kaznom roditelj „*ako ne upiše dijete u školu ili ne obezbijedi da dijete redovno pohađa školu tokom perioda trajanja obaveznog obrazovanja*“ (član 135 stav 1). Međutim, ministarstvo može na zahtjev roditelja, staratelja ili usvojioca dozvoliti prijevremeni upis, to jeste raniji početak obaveznog obrazovanja za dijete koje do 31. decembra navršava šest godina života, odnosno jednu godinu odgođenog početka obaveznog obrazovanja, ukoliko je to u najboljem interesu djeteta (član 6 stav 3).

Dob od šest godina je pretpostavljena hronološka granica od koje se smatra da je, s aspekta zrelosti, dijete spremno za polazak u osnovnu školu.

²¹ S. Bećirović, 116.

²² U novije doba često se dešava da nastavnici/e budu žrtve poniženja i različitih vrsta napada, bilo psihičkih ili fizičkih (vid. S. Bećirović, 2015, 116). Koncem 2022. godine internetom i medijima prostrujao je snimak na kojem se vidi kako trojica učenika Tehničke škole Trstenik maltretiraju profesoricu engleskog jezika i izmiču joj stolicu, dok sve to snimaju mobilnim telefonom, što su i podijelili na društvenim mrežama. Vid. Slučaj škola Trstenik: „Nastavnicu djeca toliko maltretirala da je dala otkaz“, <https://n1info.ba/regija/slucaj-skola-trstenik-nastavnicu-djeca-toliko-maltretirala-da-je-dala-otkaz/>, 4. novembar 2023.

²³ Za primjer su uzete odredbe Zakona o osnovnom odgoju i obrazovanju Tuzlanskog kantona (*Sl. novine Tuzlanskog kantona*, br. 10/2020 – prečišćen tekst, 8/2021, 11/2021, 22/2021 i 5/2022, *Sl. novine FBiH*, br. 26/2022 – odluka US, *Sl. novine Tuzlanskog kantona*, br. 10/2022 i 11/2022, *Sl. novine FBiH*, br. 39/2023 – odluka US i *Sl. novine Tuzlanskog kantona*, br. 12/2023). Na sličan način isto pitanje uređuju i ostali zakoni o osnovnom odgoju i obrazovanju (u Federaciji Bosne i Hercegovine obrazovanje je u nadležnosti kantona, u Republici Srpskoj entiteta, te u nadležnosti Brčko distrikta).

Roditeljima je, dakle, prepuštena mogućnost da odluče hoće li da njihovo dijete krene u školu (najranije sa nepunih šest godina) ili će sačekati sa upisom do naredne školske godine.²⁴ Individualizirani pristup sigurno zahtijeva postojanje prijevremenog i odgođenog upisa. Dakako, postoje i relevantne komisije koje procjenjuju sposobnost djeteta. Ali, u takvoj postavci moguće je imati osjetno veliku dobnu razliku među učenicima/ama koji/e pohađaju isto odjeljenje.

Roditeljska autonomija najšire se ostvaruje kada roditelji imaju mogućnost odabrati obrazovanje kod kuće (*homeschooling*). Obrazovanje kod kuće, nasuprot obrazovanju u institucijama, podrazumijeva obrazovanje koje provode ili organiziraju roditelji/staratelji ili privatni/e nastavnici/e.²⁵ Mogućnost obrazovanja kod kuće postoji i u državama regiona: Slovenija, Srbija, Crna Gora. Propisi o osnovnom odgoju i obrazovanju u Bosni i Hercegovini ne poznaju mogućnost obrazovanja kod kuće. Osnovna negativna spočitavanja obrazovanju kod kuće mogu se svesti na pitanje socijalizacije djeteta, odnosno sudjelovanje i funkcioniranje djeteta u vanjskom svijetu.

Uzmimo za primjer rješenja Zakona o osnovnom obrazovanju i vaspitanju Republike Srbije.²⁶ Tako, prema rješenjima u Srbiji, roditelji imaju pravo da za svoje dijete izaberu i obrazovanje kod kuće (član 8). Roditelji koji smatraju da svojoj djeci mogu ponuditi više, *dužni su do kraja nastavne godine pismeno obavijestiti školu u koju je učenik upisan da za svoje dijete od sljedeće školske godine organiziraju nastavu kod kuće* (član 38 stav 2). Također, propisano je da *osnovno školsko obrazovanje i vaspitanje kod kuće mora da obezbijedi ostvarivanje propisanih ciljeva, ishoda i standarda postignuća* (stav 4), te da je *škola dužna da organizira polaganje razrednih ispita iz svih predmeta u skladu sa planom i programom nastave i učenja* (stav 3), kao i da *vodi evidenciju o obrazovanju i vaspitanju učenika kod kuće* (stav 6).

Dakle, povjerenje prema roditeljima nije apsolutno, niti bi trebalo biti. Ograničenje roditeljske autonomije ogleda se u provjerama znanja učenika, odnosno organizaciji ispita za koje je škola zadužena, ali i u pravilima kojih se roditelji imaju pridržavati.

²⁴ Vid. Neće da šalju djecu u školu sa šest godina: Roditelji predškolaca iz Prijedora traže izmjenu Zakona o osnovnom vaspitanju i obrazovanju, <https://srpskainfo.com/-roditelji-predskolaca-iz-prijedora-traze-izmjenu-zakona-o-osnovnom-vaspitanju-i-obrazovanju-nece-dijete-sa-sest-godina-da-salju-u-skolu/>, 4. novembar 2023.

²⁵ *Exempli causa*, član 76 Ustava Danske navodi da roditelji koji odaberu „sopstvene aranžmane“ obrazovanja, koji odgovaraju općem standardu osnovne škole, nisu obavezni djecu upisivati u školu koju obezbjeđuje javni sektor.

²⁶ *Sl. glasnik RS*, br. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 – dr. zakon, 129/2021 i 92/2023.

U slučaju *Newborn*,²⁷ roditelji su tužili lokalni školski okrug tvrdeći da propisi o obrazovanju kod kuće krše Zakon o slobodi vjeroispovijesti. Naime, imali su sedmero djece u obaveznoj školskoj dobi. Na temelju svojih snažnih religijskih uvjerenja, odlučili su djecu obrazovati kod kuće proteklih dvanaest godina. Tvrđili su da propisi o obrazovanju kod kuće krše njihova vjerska uvjerenja, s obzirom na to da su roditelji od Boga zaduženi da odgajaju svoju djecu, i da bi za njih grešno bilo tražiti odobrenje od sekularne civilne vlasti za sveto i duhovno obrazovanje koje su, prema Božjem nalogu, dužni djeci pružiti. Kontaktirali su lokalni školski okrug, kako bi ih obavijestili o svojim religijskim uvjerenjima. Lokalni školski okrug odgovorio je kako ne smatraju da propisi i zahtjevi obrazovanja kod kuće bitno opterećuju slobodu ispovijedanja religije porodice *Newborn*. Pošto su bili svjesni da nepoštivanje zahtjeva za obrazovanje kod kuće (uključujući i podnošenje izjave namjere o obrazovanju kod kuće) može rezultirati optužbama zbog izostajanja nastave, podnijeli su tužbu prema Zakonu o slobodi vjeroispovijesti.

Budući da je bilo šest slučajeva sa skoro istovjetnom pravnom problematikom, Okružni sud za Zapadni okrug Pensilvanije spojio ih je u jedan predmet i odlučio u korist tuženih školskih okruga, držeći da propisi o obrazovanju kod kuće ne krše Zakon o slobodi vjeroispovijesti, jer tužitelji nisu uspjeli dokazati da propisi o obrazovanju kod kuće nameću ozbiljno breme ili ih prisiljavaju na postupanje koje bi kršilo principe njihove vjere. Propisi o obrazovanju koji traže ispunjenje određenih zahtjeva vrijede za sve porodice koje djecu žele uključiti u proces obrazovanja kod kuće.²⁸

U prezentiranom slučaju vidimo da su roditelji željeli postići potpunu neovisnost o kontroli države. Roditeljska autonomija nije sama sebi svrha, već služi realiziranju najboljeg interesa djeteta. Rješavanje sličnih slučajeva mora biti rukovođeno najboljim interesom djeteta, a ne promatrano isključivo kroz prizmu prava roditelja.

6. ZAKLJUČAK

Biti odgovoran znači moći odgovoriti, biti dorastao težini zadatka pred kojim se stoji, i moći odgovoriti tom zadatku. Odgovoran roditelj je onaj čija autonomija uvažava najbolji interes djeteta. Roditeljska autonomija pretpostavlja idealnog roditelja, roditelja koji ne griješi. Ali, odgovoran roditelj ima pravo na propust. Čak i najbolji roditelji mogu donositi loše odluke, jer imati autonomiju znači biti spreman podnijeti i rizik pogrešne

²⁷ *Newborn* (W.D. Pa. 2004) (04-cv-01932-AJS) vid. S. M. Tabone, “Home-Schooling in Pennsylvania: A Prayer for Parental Autonomy in Education”, *St. John's Journal of Legal Commentary* 1/2006, 371–410.

²⁸ *Ibid.*

odluke. Kada roditelj, iz različitih razloga, nije u stanju sagledati najbolji interes djeteta, tu su korektivni mehanizmi javne vlasti. Međutim, ko čuva čuvare?

Postavka u kojoj sud rješava porodični sukob o obrazovanju djeteta odvodi nas daleko od stvarnog rješenja. Sudsko rješavanje podrazumijeva međusobnu konfrontiranost zahtjeva (neovisno o kojoj vrsti postupka je riječ), a ishod znači da je neko „uspio“. Svako rješenje koje ne podrazumijeva međusobnu saradnju ne može biti dovoljno dobro rješenje.

Alternativni načini obrazovanja podrazumijevaju, osim mogućnosti odabira javne ili privatne škole, i mogućnost obrazovanja djeteta kod kuće. Roditeljska autonomija najšire se ostvaruje kada roditelji imaju mogućnost odabrati obrazovanje kod kuće. Djetetu su potrebni vršnjački kontakti i šira socijalna grupa u kojoj funkcioniра. Prihvatimo li da je cilj uspješnog roditeljstva osposobiti dijete za samostalan život u socijalno prihvatljivim okvirima, onda bi obrazovanje kod kuće trebalo biti samo izuzetna mogućnost, u naročito opravdanim slučajevima. Ukoliko bi obrazovanje kod kuće bilo nekontrolirano i ovisilo isključivo o diskreciji roditelja, roditeljska autonomija bila bi nauštrb djetetovih interesa.

Ne bi nas smjelo iznenaditi eventualno povećanje djece koja se obrazuju kod kuće, tamo gdje ta mogućnost postoji. Uvjerenje da je dijete sigurno kada uđe u školu doživjelo je svoju tragičnu negaciju.²⁹ Život djeteta ispred je socijalne i emotivne komponente obrazovanja.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Archard, W. David, *Children, Family and the State*, Ashgate Publishing, 2003;
2. Avramović, Dragutin, *Sudije, pravo i psihologija: ogled o sudijskom odlučivanju na tragu Džeroma Frenka*, Službeni glasnik, Beograd 2021;
3. Bećirović, Senad, „Utjecaj društvenih promjena na ulogu i odgovornost nastavnika u savremenim obrazovnim sistemima“, *Novi Mualim* 16/2022, <https://ilmijja.ba/ojs/index.php/casopis1/article/view/131>, 4. novembar 2023;
4. Bubić, Suzana, „Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu“, *Nova pravna revija: časopis za domaće*,

²⁹ U Beogradu, u Osnovnoj školi „Vladislav Ribnikar“, 3. maja 2023. godine, trinaestogodišnji učenik sedmog razreda hicima iz očevog vatrenog oružja ubio je devet učenika/ca i radnika obezbjeđenja, a ranio još šest osoba (nastavnicu i petero đaka).

- njemačko i europsko pravo*, 2/2011, <https://portalfo1.pravosudje.ba/vstvyfo-api/vijest/download/18177>, 4. novembar 2023;
5. Bubić, Suzana, Traljić, Nermana, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007;
 6. Duman, Džamna, *Ostvarivanje roditeljskog staranja: savremeni pravni okvir: doktorska disertacija*, Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, Sarajevo 2014;
 7. Duman, Džamna, Halilović, Majda, Latifović, Faruk, *Analiza sudske prakse u porodičnim sporovima i preporuke za postupanje: priručnik*, Atlantska inicijativa, Sarajevo 2020. <https://atlantskainicijativa.org/wp-content/uploads/Prirucnik-Analiza-sudske-prakse-u-porodicnim-sporovima-i-preporuke-za-postupanje-web-copy1.pdf> 5. novembar 2023;
 8. Gašparić, Asea, „Pravo roditelja da utječu na obrazovanje djece s obzirom na vlastita uvjerenja”, *Obnovljeni život* 3/2020, <https://doi.org/10.3-1337/oz.75.3.7>;
 9. Hrabar, Dubravka, et al. *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2021;
 10. Kovaček-Stanić, Gordana B., Samardžić Sandra O. „Da li (porodično) pravo štiti porodicu?” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2021, <https://doi.org/10.5937/zrpfns55-30403>;
 11. Kovačević, Dino, *Država kao parens patriae: javni interes i roditeljska odgovornost: završni rad*, Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, Sarajevo 2021;
 12. Lazarević, Adam P., *O državnoj intervenciji u porodičnim odnosima*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1927;
 13. Milić, Anđelka, *Sociologija porodice: kritika i izazovi*, Čigoja štampa, Beograd 2007;
 14. Spaić, Vojislav, *Uvod u građansko pravo*, 1. izdanje, Svjetlost, Sarajevo 1950;
 15. Tabone, Stephanie M. “Home-Schooling in Pennsylvania: A Prayer for Parental Autonomy in Education”, *St. John's Journal of Legal Commentary* 1/2006.

Pravni izvori

1. Obiteljski zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 103/15, 98/19, 47/20. <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>, 6. novembar 2023;
2. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US;
3. Porodični zakon Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015;
4. Porodični zakon Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 17/2023;
5. Porodični zakon Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 – odluka US;

6. Ustav Danske, <https://www.thedanishparliament.dk/en/democracy/the-constitutional-act> 5. novembar 2023;
7. Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 – dr. zakon, 129/2021 i 92/2023.

Teaching and Research Assistant, Dino Kovačević, LL.M.

Faculty of Law, University of Sarajevo

PUBLIC INTEREST AND AUTONOMY OF FAMILY – UNRESOLVED ISSUES

Summary

There are two opposite tendencies in contemporary family law. On the one hand, public authorities interfere with the exercise of parental responsibility, primarily through social welfare services and the court system. On the other hand, there are demands for family autonomy, expressed as the need of family members to free themselves from formal control over their family life. This paper intends to explore the borderline between family decisions on child education and when the best interests of the child regarding education are considered by the public authorities.

Key words: *Parental responsibility; Parental autonomy; Child education; Public interest; Public authority.*

Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник

Правни факултет Универзитета Унион, Београд

ПРИМЕНА НОРМИ У СЛУЧАЈУ ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

У међународном приватном праву правне празнине представљају посебан проблем који може довести до ситуација да је немогуће одредити меродавно право за правни однос са елементом иностраности, односно да је немогуће одредити надлежност суда или другог органа. Прописе, који се примењују у међународном приватном праву, можемо, пре свега, делити на међународне које, даље, можемо делити на мултилатералне и билатералне, као и на унутрашње, у оквиру којих мислимо, на првом месту, на закон. Уколико ниједан пропис не би имао решење за дати случај, тада би настала правна празнина. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије садржи одредбу која решава правне празнине, на начин да ће се, у таквим ситуацијама, примењивати одредбе и начела поменутог Закона, затим начела правног поретка домаће земље, као и начела међународног приватног права. Аутор у раду посвећује пажњу начину регулисања ове материје у поменутом закону, али и проблему правне празнине код квалификације колизионе норме, као и код клаузуле одступања. Такође, аутор посвећује пажњу и појединим решењима у упоредном законодавству. Аутор закључује да проблему решавања правне празнине у међународном приватном праву треба приступити веома опрезно уз поштовање свих правила у овој области, имајући у виду дејство које решења питања правних празнина могу произвести у другим земљама.

Кључне речи: Међународно приватно право; Правна празнина; Елемент иностраности; Колизиона норма; Квалификација.

1. УВОД

Развој грађанскоправних односа захтева прилагођавање не само материјалноправних норми, већ и колизионих правила, као и других норми које се примењују у међународном приватном праву, ако је у наведеним односима присутан елемент иностраности. Немогућност одређивања меродавног права, зато што у законском акту не постоји одговарајућа колизиона норма која ће упутити на то право, представља најчешћи случај правне празнине у овој области. Но, правне празнине не налазимо само у области сукоба закона, тј. примене меродавног права, већ и код одређивања надлежности са елементом иностраности, као и код међународне трговачке арбитраже. Сигурно је да се правила Међународног приватног права дефинишу од стране законодавца применом одговарајућих начела и правила у овој области, али је, исто тако, чињеница да, у оквиру грађанскоправних односа, могу настати такви случајеви који ће превазићи ова правила. У таквим ситуацијама, морамо наћи решење које ће одговорати, пре свега, природи самог грађанскоправног односа, али и очекивањима странака. Није довољно само одредити карактеристичну чињеницу у једном грађанскоправном односу, по којој ћемо дефинисати меродавно право, већ је битно водити рачуна и о дејству одлуке која ће се донети применом меродавног права које смо „добили“ преко карактеристичне чињенице одређене на наведени начин.

У раду ћемо посветити пажњу правним празнинама, пре свега, у области сукоба закона, односно одређивања меродавног права. Правне празнине ће постојати када у закону не постоји одговарајућа колизиона норма која се може применити на дати правни однос. Иначе, тешко је очекивати да се дефинише таква колизиона норма која би могла да обухвати све случајеве. Чак и кад би то било могуће, та решења би се веома брзо показала као превазиђена и не би могла бити примењена. Исто тако, честа промена колизионих норми угрожава правну сигурност.¹ Са друге стране, дефинисање више колизионих норми које би обухватале већи број случајева би, такође, довело до могућности да нека ситуација не буде регулисана, па бисмо и тада говорили о правној празнини.

Да бисмо могли да говоримо о решавању питања правних празнина, морамо дефинисати њихово постојање, пре свега, а затим уз примену општих правила која су дефинисана за решавање овог питања у свим областима права, као и примену посебних правила која су дефи-

¹ М. Костић-Мандић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2017, 65.

нисана у међународном приватном праву, доћи до решења које би важило, на првом месту, за дати случај.

2. ПОСТОЈАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Код примене норми у међународном приватном праву, морамо, прво, имати на уму хијерархију извора права у овој области. Прво се мора водити рачуна о нормама највишег правног акта у једној држави, а то је Устав. Затим, примењују се норме дефинисане у међународним уговорима, било да су они билатерални или мултилатерални, с тим да предност у примени увек имају билатерални уговори. Наравно, овде морамо рећи да је услов примене ових норми и постојање међународног уговора у одређеној области. Следеће одредбе представљају *lex specialis* законодавства које регулише област међународног приватног права, а на крају примењују се одредбе закона који регулише наведену област, односно у случају Републике Србије, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље: ЗРСЗ),² као *lex generalis*. Али, ако ниједан извор права из наведеног редоследа не би регулисао одређено питање, тада настаје правна празнина. ЗРСЗ садржи одредбу, по којој се правна празнина решава на тај начин, што орган који примењује право има задатак да пронађе решење применом одредаба и начела ЗРСЗ, затим применом начела правног поретка домаће земље и применом начела међународног приватног права.³ Морамо да се осврнемо на редослед навођења поменутих правила. Наиме, законодавац је направио, највероватније, грешку у овом редоследу, наводећи да ће се прво применити начела правног поретка домаће земље, па тек онда начела међународног приватног права. Но, ако бисмо прихватили да законодавац није начинио грешку у дефинисању правне празнине у наведеној одредби, онда морамо да поставимо питање редоследа примене наведених одредаба и начела.⁴ По једном мишљењу, она се морају применити супсидијарно, односно на начин, како их је законодавац и навео у овој одредби. По другом схватању, суд или други орган није везан наведеним редоследом, с обзиром на то да је код набрајања употребљен везник „и“, а не реч „односно“. Но, постоје и аутори који су мишљења да није битно у ком извору ће суд или други орган наћи решење, већ је битно доћи до

² Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/06 – др. закон.

³ В. Чоловић, *Међународно приватно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2012, 41.

⁴ *Ibid.*

решења.⁵ Ипак, иако се можемо сложити са мишљењем да је битно доћи до решења и применити норму на дати случај, морамо имати у виду и квалитет решења које морамо наћи било у одредбама ЗРСЗ, било у самим правилима међународног приватног права, односно начелима правног поретка. Сигурно је да би најсврхисходније било наћи решење у ЗРСЗ, односно у „сродним“ одредбама, како би одлука која се донесе, имала дејство које странке очекују или које би било логично очекивати. Са друге стране, ако бисмо аналогно примењивали нека од општих правила међународног приватног права, морали бисмо да водимо рачуна да су та правила применљива на дату област. Најзад, дефинисање начела правног поретка, као једног од решења за питање правних празнина, не може увек бити сигурно, јер се поставља питање која би то начела правног поретка могла да се примене, односно да ли би једно опште начело могло да замени норму у којој се дефинише карактеристична чињеница која нас води до одговарајућег меродавног права.

Иначе, често се код навођења проблема правних празнина, користи термин „попуњавање“. Иако не можемо да нађемо адекватнији термин, осим термина „решење“ који и користимо, а који је један општи термин, не можемо да се сложимо са термином „попуњавање“. Разлог томе је што суд или други орган који треба да реши неко правно питање, односно неки правни однос, примењује неку другу правну норму или обликује одговарајућу правну норму (на основу наведених начела), како би решио дати правни однос. Самим тим, та правна норма би се примењивала само на тај правни однос и не би могла да се примењује и на друге сличне односе, осим ако бисмо говорили о примени судске праксе или измени законског акта. Значи, не ради се о „попуњавању“ правних празнина, већ о „тражењу“ одговарајућег правила које ће моћи да се примени на дати правни однос.

3. ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРАВИЛА ЗА РЕШАВАЊЕ ПИТАЊА ПРАВНИХ ПРАЗНИНА

О дефинисању поједних начела и правила за решавање правних празнина у међународном приватном праву не бисмо могли да говоримо без примене општих правила која се примењују и у другим областима права у недостатку одговарајућих правних норми. Поједини аутори су мишљења да су правне празнине пропуст законодавца унутар једног правног поретка и да имају негативни утицај на његову конзистентност, јединственост и делотворност, као и на реализацију

⁵ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад 2001, 78.

највећих вредности, а посебно владавине права, правне сигурности, као и уставности и законитости. Конкретно, постојање правних празнина доводи до неједнакости пред законом, као и до неједнаке примене права на истоветне случајеве, што може довести и до дискриминације учесника у поступку или учесника правних односа.⁶

Правне празнине су проблем са којим се сусрећу сви органи, без обзира на то да ли они спроводе, тумаче или примењују прописе у конкретним случајевима. Углавном ти органи настоје да проблем правних празнина реше интерпретативним методама, као и методом аналогije, стварајући правила која ће попунити правне празнине у складу са циљем и природом правног прописа у оквиру којег је присутна правна празнина. Но, та правила или правило могу да важе само за конкретни случај, али не и за решавање свих других сличних или истоврсних случајева. То правило не сме да буде обавезно као избор права за орган који га је створио за решавање неког другог случаја који ће решавати.⁷ То правило не може бити извор, јер није општеобавезујућа правна норма која је донесена као нормативни правни акт од стране надлежног органа.⁸

Правне празнине могу настати и када законодавац не анализира довољно материју коју треба да регулише, односно нормира. Може се десити и да законодавац не познаје довољно номотехнику. Чак, може се десити да законодавац намерно не регулише неко питање, тиме да исто препушта судској пракси. Правне празнине могу настати као почетне, када законодавац, доносећи правни акт не регулише сва питања, а до њих може доћи и накнадно због промењених прилика у коме се поставља питање, а сам законодавац није извршио измене и допуне акта.⁹

Код примене норми, јавља се често потреба и за тумачењем исте. Врло често, тумачење не значи само примену постојеће правне норме, већ и само стварање норми. Тада постављамо питање да ли се тумачењем може решити питање правних празнина, односно да ли су правне празнине производ тумачења. Ако би се тумачењем стварала нова

⁶ М. Арловић, „Уставни оквир дјеловања Уставног суда Републике Хрватске за испитивање и оцјењивање уставности правних празнина“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2017, 256.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Ђ. Вуковић, *Правна држава*, Згомбић и Партнери, Загреб 2005, 107–108, наведено према М. Арловић, 259.

норма или њен део, како би могла да се примени, поставља се, такође, питање да ли је та правна норма у сукобу са начелом законитости.¹⁰

Иначе, када се утврди постојање правних празнина, могућа су два решења. Прво решење се тиче реакције законодавца, који би законодавном интервенцијом решио проблем. Но, претходно је потребно да он утврди постојање правне празнине, као и да увиди важност регулационе одређеног правног односа. Ипак, много су чешће ситуације да судови и други органи индивидуалним правним актима решавају питања правних празнина.¹¹

С друге стране, морамо имати на уму и аналогију, која је најчешћи начин решавања питања правних празнина. Аналогија нам помаже да утврдимо битну сличност између два предмета, односно два правна односа. Под битном сличношћу, подразумевамо идентичне интересе и циљеве који се штите правном нормом. Код примене аналогије за решавање правних празнина, разликујемо законску и правну аналогију. Законска аналогија је она врста аналогије коју користи тумач примењујући једну правну норму на конкретан правни случај. Код делимичне аналогије решавање питања правних празнина се врши тако, да се из неколико посебних норми ствара решење за отклањање празнине, док се код потпуне аналогије анализом циљева и посебности целокупног правног система долази до решења којим се отклања празнина. Правна аналогија састоји се у примени једног или више општих начела који важе у неком правном систему да би се њиховом конкретизацијом створило правило које решава правну празнину.¹²

Неки аутори дефинишу у којим ситуацијама постоји правна празнина. Пре свега, када законодавац пропусти да уреди одређено правно питање, затим када је одредба недовољно прецизна, као и кад је она нејасна, због израза које користи. Исто тако, ако је одредба противречна са одредбама других прописа, постоји правна празнина, као и кад се ради о техничкој правној празнини.¹³ Не можемо се сложити да ће увек у свим ситуацијама постајати правна празнина. Наиме, само у случају када законодавац не уреди одређени правни однос, постоји правна празнина. У тој ситуацији не постоји одредба која се може применити и тада се ствара ситуација која захтева примену различитих инструмената који ће довести до примене одговарајућег права. У

¹⁰ И. Томић, „Тумачење правне празнине и начело законитости“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару* XXVIII/2020, 107.

¹¹ *Ibid.*, 118.

¹² *Ibid.*, 119.

¹³ З. Стефановић, „Идентификација правних празнина“, *Правни записи* 1/2013, 5–6.

осталим случајевима, постоје правне норме које су нејасне, непрецизне, противречне са одредбама других прописа, затим норме у којима постоје техничке грешке, односно одређени технички пропусти, када не можемо рећи да постоје правне празнине, јер постоје норме које решавају одређено правно питање, али које захтевају одговарајуће тумачење и анализу. Ситуација када не постоји правна норма, односно када, ни на који начин, постојећа правна норма не може да се примени на неко правно питање, није иста као случај, када се правна норма мора допунити или додатно тумачити да би била примењена. Неки аутори постављају питање да ли правна празнина може, уопште да постоји.

Морали смо да поменемо наведена општа правила, која се иначе примењују код решавања овог питања, с обзиром на то да суд или други орган у области међународног приватног права, такође, примењују наведена правила, тј. правила која се примењују у односима са елементом иностраности, а имају свој ослонац у општим правилима.

4. НАЧЕЛО НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ КАО НАЧИН РЕШАВАЊА ПИТАЊА ПРАВНИХ ПРАЗНИНА

Начело најближе везе је један од најадекватнијих начина решавања питања правних празнина. Ово начело се односи на одређивање меродавног права на начин да је потребно утврдити са којом државом је правни однос најближи. Ово начело се, иначе, користи код дефинисања колизионих норми.¹⁴ С обзиром на то да кад говоримо о правним празнинама у међународном приватном праву, говоримо, пре свега, о недостајању одговарајуће колизионе норме, ово начело треба примењивати на првом месту, имајући у виду да је код сваког правног односа битно утврдити карактеристичну чињеницу, по којој ће се и одредити меродавно право. Неки аутори помињу и начело недискриминације као један од метода решавања овог питања. Наиме, ово начело се односи на искључење било које предности у одређивању меродавног права према полу, раси, нацији, итд.¹⁵ Такође, исти аутори сматрају да се и применом начела заштите слабије стране може решавати питање правних празнина. Овде се, нпр., мисли на интерес дете-та када се оно појављује као учесник у правном односу. Сматрамо да ова два начела треба применити у ограниченом обиму, с обзиром на то да се код правних празнина поставља питање формирања и примене одговарајуће норме. То значи да, прво, треба утврдити које ће се

¹⁴ Д. Китић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2016, 47.

¹⁵ *Ibid.*, 48.

право применити, па тек онда водити рачуна о примени начела које штити странке у правном односу.

Принцип најтешње повезаности као тачка везивања указује на примену оног права које је најближе повезано са ситуацијом, односно права оне државе са којом конкретни однос има највише контаката у квантитативном и квалитативном смислу.¹⁶

Принцип најближе везе се примењује и код решавања уговорних односа. Осим овог принципа, примењује и теорија *proper law*, као и теорија центра гравитације, теорија карактеристичне престације која меродавно право за решење једног уговорног односа одређује по ономе што је битно и типично за одређену уговорну обавезу.¹⁷

Можемо рећи да принцип најближе везе заједно са другим принципима и начелима служи за решавање питања правних празнина.¹⁸ Са појмом правне празнине можемо да поистоветимо појам непотпуности у правном систему. Правни систем је непотпун када је немогуће доказати да је једна тврдња истинита или лажна. Наравно, да би се наведено дефинисало, битно је поћи од одговарајућих начела.¹⁹ Но, не бисмо могли у потпуности да се сложимо са наведеним, имајући у виду да је правни систем заснован на низу логички постављених законских и других аката, који се, пак, састоје од низа логички дефинисаних и поређаних одредаба. Са друге стране, правна празнина се односи на једну или неколико одредаба, односно на немогућност да се тим одредбама реши неко правно питање. Али, у законском или подзаконском акту могу постојати одредбе применљиве на односно правно питање. Са друге стране, ако у наведеном акту не постоји одговарајућа одредба, тада у правном систему морају постојати принципи и начела чијом се применом може решити питање правне празнине. Самим тим, правну празнину никако не можемо да ставимо у раван са правним системом, нити да имају непотпуног правног система и правне празнине ставимо знак једнакости.

¹⁶ М. Костић-Мандић, *Опита клаузула одступања од мјеродавног права – у савременом међународном приватном праву*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2012, 57–59.

¹⁷ С. Стојковић, *Облигациони односи са елементом иностраности*, Београд 1956, 20.

¹⁸ Ј. М. Беловић, *Корективна функција принципа најближе везе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 46.

¹⁹ *Ibid.*, фн. 142.

5. ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ У ПОЈЕДИНИМ АКТИМА КОЈИ РЕГУЛИШУ МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Поменућемо како се правна празнина дефинише у два законска акта. Осврнућемо се, прво, на одредбу Другог зборника права – сукоби закона САД²⁰ која се односи на начела избора закона. Наиме, та одредба предвиђа да ће суд примењивати, пре свега, закон своје државе, односно њена колизиона правила. Уколико колизиона правила не постоје, тада ће се као релевантне чињенице за избор меродавног права сматрати: 1) потребе међународног и међудржавног система; 2) одговарајућа сврха права земље суда; 3) одговарајућа сврха права других заинтересованих држава, као и њихов интерес за решавање односног правног питања; 4) интерес лица која су заинтересована за решење правног питања, односно њихова оправдана очекивања; 5) одговарајућа сврха права на којој се заснива конкретна грана права; 6) извесност, предвидљивост и уједначеност решења; и 7) тежина у одређивању и примени меродавног права.²¹ Иако се у овој одредби не говори о правним празнинама, јасно је да се ради о случајевима када не постоји одговарајућа колизиона норма за решење конкретног правног односа. Морамо рећи, пре свега, да је одредба јасна у погледу чињенице да колизиона норма не постоји, односно не ради се о ситуацији неадекватности колизионе норме или немогућности њене примене. Са друге стране, пружено је низ решења која бисмо могли да сврстамо у закључак који би се односио на примену одговарајућег меродавног права у складу са очекивањима странака у правном односу. Међу елементима се, практично, наводе чињенице које су наведене и у нашем ЗРСЗ. Наиме, начела правног поретка су наведена у тачки 1 и 2. Такође, начела међународног приватног права су наведена у тачкама 3, 4 и 6. Осим тога, у овом акту се наводи и потреба за поштовањем сврхе коју носи са собом одређена грана права, чији је саставни део правни однос у питању. Сигурно је да треба водити рачуна о начелима и принципима које налазимо у наследноправним, стварноправним, уговорним и другим односима, приликом дефинисања норме и одређивања меродавног права. Најзад, ова одредба предвиђа и лакоћу, односно тешкоће у одређивању меродавног права, што би се, пре свега, односило на ситуације када је страно право тешко применити, када су њене одредбе у супротности са императивним правилима земље доношења одлуке, затим када се ради о слабијој вези тог

²⁰ М. Живковић, *Међународно приватно право, националне кодификације*, прва књига, Службени гласник, Београд 1996, 394; Други зборник права – сукоби закона, усвојен и проглашен од стране Америчког правног института у Вашингтону, 23. 5. 1969.

²¹ Члан 6 Другог зборника права САД – сукоби закона.

права са правним односом, итд. У сваком случају, решење наведено у наведеном акту је занимљиво са становишта дефинисања шта све треба подразумевати под начелима и принципима, како правног поретка, тако и међународног приватног права, одређеног меродавног права, као и под захтевима странака у правном односу.

Поменућемо и одредбу мађарског Закона о међународном приватном праву из 2017,²² који је у члану 11 навео да уколико тај закон не садржи ниједну одредбу о правном односу који се тиче области коју регулише, примениће се право државе са којим је тај правни однос у најближој вези. Практично, одбацује се примена начела и принципа које смо поменули, већ се поставља захтев суду да одреди карактеристичну чињеницу у датом правном односу на основу правила међународног приватног права и примени меродавно право које ће највише одговарати. Значи, суд ће бити у обавези да дефинише норму, као и у ситуацијама када странке у уговору нису изабрале меродавно право, затим када постоје услови за примену клаузуле одступања, итд.

*

* *

Поменућемо и Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије,²³ у чијим одредбама имамо лошије решење везано за питање правних празнина у односу на ЗРСЗ. Наиме, овај акт предвиђа да ће се, у случају непостојања одредбе о меродавном праву, применити, сходно, друге одредбе закона, као и начела и правила међународног приватног права.²⁴ Одредбе Нацрта не наводе начела правног поретка као једно од решења за питање правних празнина, што значи да се упућује само на закон и на науку међународног приватног права. Морамо да кажемо науку, с обзиром на то да је законодавац у исту равн ставио начела и правила ове научне дисциплине, не наводећи која би начела могла да се примењују, ако узмемо у обзир начела која се морају узети у обзир приликом дефинисања колизионе норме. Исто тако, у Нацрту се употребљава реч „сходно“ која има много значења. Она се може односити на оно што је правилно применити у датом случају, а с обзиром на наведена правила. Такође, она се може односити на дискреционо право суда или другог органа који може проценити које би правило било најупутније применити. Исто тако, она се може односити и на широку примену раз-

²² Act XXVIII of 2017 on private international law (as in force on 2 January 2018), <https://njt.hu/jogszabaly/en/2017-28-00-00>, 29. мај 2024.

²³ Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, 29. мај 2024.

²⁴ Члан 36 Нацрта Закона о међународном приватном праву.

личитих начела која се могу појављивати у међународном приватном праву.

Ни нови закони који регулишу материју међународног приватног права у поједним бившим земљама СФРЈ, које су раније примењивале ЗРСЗ, не регулишу ову материју на другачији начин. Ни словеначки, ни хрватски, а ни црногорски закони у овој области не дефинишу другачија правила, наводећи наведена три решења, као што то чини и ЗРСЗ.

6. ОДНОС ПРАВНИХ ПРАЗНИНА И ПОЈЕДНИХ ИНСТИТУТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Кад говоримо о односу правних празнина са неким другим институтима међународног приватног права, мислимо на оне институте у којима се не може применити колизиона норма услед потребе за правилним одређењем меродавног права, односно када изабрано или одређено меродавно право не одговара чињеницама у правном односу који треба да буде решен. Ти институти су квалификација и клаузула одступања.

6.1. Правна празнина и квалификација колизионе норме

Квалификација је један вид тумачења у специфичним околностима, као што је постојање елемента иностраности. Код квалификације морамо да водимо рачуна, како о правној категорији која не мора бити позната у нашем праву, односно која се другачије тумачи у нашем праву, али исто тако и о тачки везивања која се може другачије тумачити по нашем праву у односу на тумачење по страном. Једно од кључних питања које се поставља код примене квалификације по *lex causae* (по меродавном праву за дати правни однос), јесте да ли ту квалификацију треба прихватити, када колизиона норма полазне државе садржи правну категорију или тачку везивања која је непозната или није усвојена у домаћем материјалном праву. Мишљења смо да треба, с обзиром да је то једини начин да се дође до правилног решења. На пример, може се радити о правним појмовима и институтима који не постоје по праву *lex fori*, односно у праву домаће земље. Наиме, неки англоамерички појмови као што су *trust*, *partnership* или други, нису познати у праву наше земље. Тада, настају правне празнине, које се не могу решити по *lex fori*, већ унутар меродавног права, односно по *lex causae*, када треба узети у обзир и смисао и сврху тих појмова унутар њихових правних поредака.²⁵ Ако не бисмо могли да про-

²⁵ В. Чоловић (2012), 73.

нађемо сличну установу у домаћем праву, тада би се цела ситуација третирао као правна празнина и применила би се одговарајућа норма ЗРСЗ.²⁶ Мишљења смо да би оваква примена квалификације на колизиону норму, могла бити узета у обзир, једино у случају, када би знали да ли установа из страног права представља карактеристичну чињеницу у једном грађанскоправном односу и да ли би од анализе исте требало поћи код одређивања која ће колизиона норма бити примењена.²⁷

Поменућемо и функционалну квалификацију²⁸ као квалификацију коју ће спровести суд, када домаће право не познаје одређени институт из страног права. Код оваквог начина решавања квалификације, суд треба прво да испита коју функцију односно институт има у страном праву, а затим да изабере колизиону норму за институт који наше право познаје, а који је најсличнији и најближи страном институту.²⁹

6.2. Правна празнина и клаузула одступања

Основни задатак клаузуле одступања је отклањање недостатка везаног за примену права које није блиско повезано са грађанскоправним односом. Уместо редовне колизионе норме, супституише се колизиона норма која је боље прилагођена датој ситуацији и примењује право државе са којом је одређени однос у најближој вези. Но, неопходно је да закон овласти судију или друго лице које треба да реши одређени грађанскоправни однос са елементом иностраности на наведено.³⁰

Клаузуле одступања би требало да дају већа овлашћења судијама (или другим органима који примењују колизионе норме) који, у изузетним случајевима, коригују закон, односно колизиону норму. Међутим, не можемо рећи да је реч о кориговању колизионе норме, већ о примени неких других правила (тачака везивања) која ће довести до

²⁶ М. Живковић, „Опште установе Међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – поглед двадесет година касније и *de lege ferenda*“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву* (ур. М. Живковић), Ниш 2004, 21.

²⁷ В. Чоловић (2012), 79–80.

²⁸ Ову квалификацију дефинише Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије.

²⁹ В. Чоловић, „Квалификација колизионе норме“, *Страни правни живот* 3/2018, 16; Д. Китић, 130.

³⁰ В. Чоловић, „Клаузула одступања у међународном приватном праву“, *Страни правни живот* 3/2019, 27; Д. Китић, 116.

примене одговарајућег меродавног права. Наведена овлашћења се реализују само у конкретним случајевима.³¹

7. ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ КОД ДЕФИНИСАЊА НАДЛЕЖНОСТИ У ПОСТУПКУ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНСТИ И У ПОСТУПКУ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВАЧКЕ АРБИТРАЖЕ

Осврнућемо се, врло кратко, и на могућност постојања правних празнина у другим областима међународног приватног права. На пример, у области одређивања надлежности са елементом иностраности могу настати правне празнине и тада треба применити одговарајуће правило месне надлежности у унутрашњем праву.³² Иначе, постоје два основна критеријума за регулисање међународне надлежности. Први се односи на англосаксонске земље, у којима законодавац одређује принципе и смернице, а судови одлучују о сваком конкретном случају за заснивање надлежности. Други начин за регулисање надлежности са елементом иностраности односи се на њено регулисање путем унутрашњих правила. Овај начин је прихваћен и у нашем праву, али се и њему може приговорити, јер и овај начин регулисања може довести до правних празнина.³³

Такође, правне празнине могу постојати и у поступку пред међународним трговачким арбитражама. Уколико су у питању институционалне арбитраже, тада се примењују правилници тих арбитража, с тим да се питање правних празнина решава, уколико правилник нема решење за неку фазу поступка, на следећи начин: дефинисањем правила која су одређена од стране странака у спору, затим, дефинисањем правила одређених од стране арбитра, и, на крају, применом процесних правила државе у којој се води поступак.³⁴

У сваком случају, решавање питања правних празнина у наведене две ситуације везане су за примену општих правила за вођење поступка, било да се ради о судском или арбитражном.

8. ПОЛАЗНА ПРАВИЛА И НАЧЕЛА ЗА РЕШАВАЊЕ ПИТАЊА ПРАВНИХ ПРАЗНИНА

Која правила и начела би морала да буду полазиште код решавања питања правних празнина? На ово питање ЗРСЗ има одговор, али у виду једне одредбе која нуди општа решења која, опет, захтевају од

³¹ В. Чоловић (2019), 18; М. Костић-Мандић (2017), 89.

³² Д. Китић, 48.

³³ В. Чоловић (2012), 258–259.

³⁴ В. Чоловић (2012), 376.

суда или другог органа да „потраже“ или дефинишу норму која би решила дати случај. Колизациона норма која би решила правну празнину морала би да се односи на област, у којој се поставља питање исте. Затим, ако говоримо о примени начела међународног приватног права, онда бисмо, пре свега, морали да применимо теорију најближе везе, која се, иначе, примењује и у другим ситуацијама, нпр., код уговорних односа, када стране нису изабрале меродавно право путем аутономије воље, односно у случају када један грађанскоправни однос са елементом иностраности нема блиску везу са меродавним правом одређеним путем примене колизионе норме. Најзад, начела правног поретка представљају најшире поље примене. Наиме, прво треба дефинисати шта представља садржину ових начела. Да ли су то принципи, стандарди, општеприхваћена правила, принципи које дефинишу међународни уговори које је наша земља ратификовала или нека друга правила. Морамо имати на уму да правни поредак не смемо изједначавати са јавним поретком. Шта, иначе, подразумевамо под начелом домаћег правног поретка који је наведен у ЗРСЗ? То начело обухвата не само основна правна начела која су део правног поретка наше земље, већ и начела грађанског и трговинског права која штите различите материјалноправне интересе у датим односима. Колизациона норма у ЗРСЗ мора почивати на вредностима домаћег правног поретка. Управо зато је потребно узети у обзир ова начела приликом решавања питања правних празнина како би се узеле у обзир све вредности домаћег права, али, наравно, уз превасходну примену правила и начела међународног приватног права.³⁵

У међународном приватном праву данас постоји тенденција да се колизионе норме дефинишу на начин да регулишу што уже правне категорије. Тиме се повећава број колизионих норми, али са друге стране имамо и повећан број случајева и правних односа за које морају постојати одговарајуће колизионе норме. Да ли би се тиме постигла еластичност тих норми и могућност да се оне примене на већи број случајева, питање је на које не може да се да одговор без анализе конкретних случајева из праксе. Један од проблема везаних за правне празнине али и за квалификацију јесу правне категорије које се налазе у граничним областима, односно код којих постоји могућност да се сврстају у различите правне области које су регулисане различитим колизионим нормама.³⁶

³⁵ С. Ђорђевић, „Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2019, 480.

³⁶ Б. Дамјановић, В. Чоловић, *Одступања од редовне примене колизионих норми*, Институт за упоредно право, Београд 2023, 30.

Поједини аутори дефинишу примену телеолошке редукције као метода тумачења правних норми код постојања правних празнина. По том методу, тумачењем правне норме се утврђује да је не треба применити на дати случај, а разлог томе је што она не одговара смислу и циљу тог случаја. Самим тим, утврђује се и постојање правне празнине која се решава применом друге норме супротне садржине или се примењује другачија правна норма коју треба дефинисати за дати случај.³⁷

Код примене норми међународног приватног права, овај метод ће бити применљив, тек када се спроведе анализа свих колизионоправних и материјалноправних интереса који би утицали на колизионо везивање тог правног односа који утиче на избор одговарајуће тачке везивања. Ако примена те тачке везивања не одговара датом правном односу, утврђује се постојање правне празнине. У том случају, треба дефинисати другачију колизиону норму са другом тачком везивања која би одговарала редукованом правном односу.³⁸ Овде, наравно, морамо имати у виду разлику између дефинисања и примене нове колизионе норме (у складу са начелом најближе везе) и клаузуле одступања која се односи на одступање од примене законом одређене тачке везивања, како би се остварило начело најближе везе.

Овај метод би се примењивао у две ситуације. Прва би се односила на чињеницу да законодавац, приликом дефинисања колизионе норме, уопште није имао у виду одређени правни однос, који би могао бити подведен под правну категорију те норме. А друга ситуација на утврђивање да је правни однос у великој мери посебан да се не може применити законом одређена колизиона норма.³⁹ Овде ћемо навести пример везан за регулисање веридбе. Наиме, питање правних празнина ће се решавати општим правилима на начин што би се овде примениле одредбе о браку, конкретно правила међународног продишног права, јер је и веридба породичноправни институт.⁴⁰ Сличан метод се може применити и у другим областима.

Са друге стране, по англосаксонском праву, ако суд не може да сазна страно право, јер га странке нису доказале, примењиваће се домаће право, јер се страно право уподобљава са домаћим. То значи, да суд у земљама наведеног правног система насталу правну празнину, услед недостатка доказа о садржини страног права, решава одго-

³⁷ С. Ђорђевић, 469–470.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, 471.

⁴⁰ В. Боучек, „Заручни статут у хрватском међународном приватном праву“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2008, 718.

варајућим правилом домаћег права. Овај став се образлаже теоријом стечених права. Правило домаћег права се у предмету са елементом иностраности примењује на основу претпоставке да је садржина домаћег права једнака или слична садржини страног права.⁴¹

Поменућемо и Бечку конвенцију о међународној продаји робе,⁴² као међународни извор који се примењује у многим земљама, јер при тумачењу њених одредаба, треба водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди јединственост (једнакост) њене примене и поштовање савесности у у међународној трговини. Она проблематика која није изричито решена Бечком конвенцијом (правне празнине), решаваће се према општим начелима којима је конвенција инспирисана.^{43 44} Ако се правне празнине не могу решити општим начелима, Бечка конвенција упућује на примену оног националног права које би се примењивало на основу одредаба правила међународног приватног права.⁴⁵

Затим, код решавања питања правних празнина треба узети у обзир и очекивање странака, као и начело аутономије воље са којим странке могу у потпуном смислу располагати.⁴⁶ Очекивање странака треба да буде узето у обзир, али смо мишљења да се код решавања овог питања морају узети у обзир општа правила која ће нам дати одговор на питање које ће се правило применити. Што се тиче аутономије воље, странке бирају меродавно материјално право, што значи да би онда решавање ових питања морало да буде у складу са правилима садржаним у праву које су оне дефинисале за решење њиховог правног односа.

Треба водити рачуна и о дејству одлуке која се доноси применом права одређеног у случају постојања правних празнина. Овде, нарочито, треба водити рачуна о императивним прописима државе у којој ће та одлука произвести дејство, чак и када њено право није меродавно.⁴⁷

И код права странака, која се, иначе, не регулишу колизионим нормама, већ одредбама посебних закона који регулишу наведену

⁴¹ М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 2000, 328.

⁴² Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10-1/84.

⁴³ Члан 7 Бечке конвенције.

⁴⁴ К. Османовић, „Специфичан начин тумачења и попуњавања правних празнина у функцији успјеха Конвенције УН-а о међународној продаји робе“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2022, 925.

⁴⁵ В. Чоловић, (2012), 214.

⁴⁶ Д. Китић, 48.

⁴⁷ Д. Китић, 49.

област у оквиру које се тражи право, тј. кад се признаје национални третман, у случају недостатка одговарајућих правила, треба признати наведено право.⁴⁸

Најзад, и судска пракса је значајан извор права за решавање питања правних празнина.⁴⁹

У сваком случају, ако формални извори, као што је закон који регулише материју међународног приватног права, садрже правне празнине, то не значи да ће оне постојати у целокупном међународном приватном праву једне земље.⁵⁰

9. ЗАКЉУЧАК

Проблему решавања питања правних празнина не можемо да приступимо без примене општих правила која се примењују у свим научним дисциплинама, у случају недостатака правне норме која би могла да се примени на одређени правни однос. Наравно, у међународном приватном праву, постојање правних празнина се усложњава, имајући у виду да треба применити одговарајућу колизиону норму којом ће се одредити меродавно право применљиво на дати правни однос. Због тога, суд или други орган који мора да реши дати случај, мора да води рачуна не само о примени начела и правила која су дефинисана у закону, већ и о примени принципа који је овде једино прихватљив, а то је принцип најближе везе једног правног односа са меродавним правом. Наравно, најједноставније би било применити одговарајућу колизиону норму, али у случају непостојања исте, тада би принцип најближе везе довео до одговарајућег решења које би одговарало принципима и начелима самог међународног приватног права, затим захтевима који се постављају код примене колизионих норми, као и очекивањима странака. Такође, код решавања питања правних празнина, мора се водити рачуна и о дејству одлуке у другој земљи, односно о чињеници да она мора да буде предмет у поступку признања, да би била извршена на територији земље признања.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Арловић, Мато, „Уставни оквир дјеловања Уставног суда Републике Хрватске за испитивање и оцјењивање уставности правних празнина“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2017;

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ В. Чоловић, (2012), 375.

⁵⁰ В. Боучек, 718.

2. Беловић, Јелена М., *Корективна функција принципа најближе везе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2012;
3. Боучек, Вилим, „Заручни статут у хрватском међународном приватном праву“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2008;
4. Варади, Тибор, Бордаш, Бернадет, Кнежевић, Гашо, *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад 2001;
5. Вуковић, Ђуро, *Правна држава, Згомбић и Партнери*, Загреб 2005;
6. Дамјановић, Биљана, Чоловић, Владимир, *Одступања од редовне примене колизионих норми*, Институт за упоредно право, Београд 2023;
7. Ђорђевић, Славко, „Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2019;
8. Живковић, Мирко, *Међународно приватно право, националне кодификације*, прва књига, Службени гласник, Београд 1996;
9. Живковић, Мирко, „Опште установе Међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – поглед двадесет година касније и *de lege ferenda*“, *Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву* (ур. М. Живковић), Ниш 2004;
10. Китић, Душан, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2016;
11. Костић-Мандић, Маја, *Опита клаузула одступања од мјеродавног права – у савременом међународном приватном праву*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2012;
12. Костић-Мандић, Маја, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2017;
13. Османовић, Кенад, „Специфичан начин тумачења и попуњавања правних празнина у функцији успјеха Конвенције УН-а о међународној продаји робе“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3/2022;
14. Пак, Милан, *Међународно приватно право*, Београд 2000;
15. Стефановић, Златко, „Идентификација правних празнина“, *Правни записи* 1/2013;
16. Стојковић, Славко, *Облигациони односи са елементом иностраности*, Београд 1956;
17. Томић, Иван, „Тумачење правне празнине и начело законитости“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару XXVIII/2020*;
18. Чоловић, Владимир, *Међународно приватно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2012;
19. Чоловић, Владимир, „Квалификација колизионе норме“, *Страни правни живот* 3/2018;

20. Чоловић, Владимир, „Клаузула одступања у међународном приватном праву“, *Страни правни живот* 3/2019.

Правни извори

1. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр.46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/06 – др. закон;
2. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10-1/84;
3. Други зборник права – сукоби закона, усвојен и проглашен од стране Америчког правног института у Вашингтону, 23. 5. 1969;
4. Act XXVIII of 2017 on private international law (as in force on 2 January 2018), <https://njt.hu/jogszabaly/en/2017-28-00-00>, 29. мај 2024;
5. Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, 29. мај 2024.

Full Professor, Principal Research Fellow Vladimir Čolović, LL.D.

Faculty of Law, Union University Belgrade

APPLICATION OF NORMS IN CASE OF LEGAL GAPS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

In private international law, legal gaps represent a special problem that can lead to situations where it is impossible to resolve a case with a foreign element, i.e., it is impossible to determine the jurisdiction of a court or other authority. Three categories of regulations fall under the purview of private international law: international, further subdivided into multilateral and bilateral, and internal. The latter category includes predominantly the legal act itself. If there is no regulation that addresses a specific case, a legal gap will emerge. The Republic of Serbia's Act on Resolving Conflict of Laws with the Regulations of Other Countries includes a clause that addresses legal gaps by applying the Act's provisions and principles, the home country's legal order's principles, and finally, the principles of private international law. In the paper, the author pays attention to the way this matter is regulated in the abovementioned legal act, but also to the problem of the legal gap in the qualification of the collision rule and in the deviation clause. Additionally, the author examines specific solutions found in comparative law. The author concludes that it is crucial to approach the problem of filling the legal gap in private international law with utmost care, considering the impact such solutions can have on other countries.

Key words: *Private International Law; Legal gap; Foreign element; Collision rule; Qualification.*

Full Professor Irini Stamatoudi, LL.D.

Attorney at Law, Supreme Court, Greece
Faculty of Law, University of Nicosia, Cyprus

THE CONCEPT OF ORIGINALITY IN GREECE AND THE EU*

Greece is an EU member state. It has ratified all important international conventions on copyright and related rights, and it is part of the civil law tradition. The Copyright Act 2121/1993 provides a high level of protection for authors and related rights holders. The only basic requirement for a work to receive copyright protection is originality. The Greek standard of originality was for a work to be 'statistically unique' meaning that no other author, under similar circumstances and with the same aim in mind, would reasonably reach the same creative outcome. Following the recent developments in CJEU case law, particularly the Infopaq case, EU member states are no longer able to apply their own criteria for originality, as the EU criterion now takes precedence. According to it, a work is original if it is its author's own intellectual creation, meaning that the author should have made free and creative choices and stamped the work with his personal touch.

Key words: Copyright law; Originality; European Union; CJEU case law; Infopaq.

* * *

Greece has ratified the major international conventions in the area, including the Berne Convention 1886, the WIPO Copyright Treaty 1996, the WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996, the TRIPs Agreement 1994, the Rome Convention 1961, the Beijing Treaty 2012, and the Marr-

Irini Stamatoudi, stamatoudi.i@unic.ac.cy.

* This article is based on a previous versions of articles published in I. Gupta, V. H. Devaiah and M. Singh (eds), *Handbook on Originality in Copyright: Cases and Materials*, Springer Nature, 2023 <https://link.springer.com/referencework/10.1007/978-981-19-1144-6>, (DOI:10.1007/978-981-19-1144-6; ISBN:978-9-81-191144-6) and in P. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton (US), 2017, 57.

kech Treaty 2013. It is also an EU Member and has incorporated into its national law all the relevant EU legislation.

The currently in force Copyright Act (Act 2121/1993) came into effect on March 3, 1993, the date of its publication in the Official Journal of the Greek Government.

Greece belongs to the civil/continental law tradition. Greek copyright legislation is author-friendly, i.e., favours authors over entrepreneurs by a variety of means (legal presumptions, safety valves, strong moral rights protection, etc.).¹

Article 1 of the 1993 Act makes clear that “copyright” within the meaning of Greek law must be understood in the continental European sense of “author’s right”. To start, 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. Further, copyright initially vests only in the author, that is, the natural person creating a work, without him having to satisfy any formalities. Special provisions apply for employee works. Both economic and moral rights are absolute and exclusive in that they belong only to the author and the author may assert them against anyone who violates them. Exceptions and limitations are to a certain extent dictated by EU law,² they are subject to the three-step test, and they only apply to economic rights, and not to moral rights. The duration of protection under Greek law is 70 years after the author’s death, calculated from the 1st of January of the year following the event of her/his death. Protection for the moral rights of paternity and integrity lasts forever. Yet, after the expiration of the economic rights in the work it can only be exercised by the State, represented by the Minister of Culture.³

¹ I. Stamatoudi, G. Koumantos, *Greek Copyright Law*, P. Sakkoulas, Athens 2014. For a full overview of Greek copyright law see I. Stamatoudi, “Greece”, *International Copyright Law and Practice*, (ed. B. Ong), Matthew Bender, US 2022.

² See the InfoSoc Directive (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJ L* 167, 22.6.2001, 10–19) and the DSM Directive (Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, *OJ L* 130, 17.5.2019, 92–125).

³ Copyright Act, Art. 29(2).

1. SUBJECT MATTER OF PROTECTION

1.1. No formalities, fixation or classification

Greek law imposes no formalities as preconditions of copyright.⁴ Nor does it impose any requirement that a work be fixed⁵ or classified in a particular category of works. Greek law operates an open illustrative list of protectible subject matter, and a work is protected as long as it constitutes an “original intellectual literary, artistic or scientific creation” irrespective of its form.⁶ Oral works are also protected as well as works improvised and performed live on the spot.

Nonetheless, as long as a work exists only in the mind of its creator, it is not subject to copyright, since it can be neither protected nor infringed. Any manifestation of a work of the mind susceptible of being communicated to others suffices for its recognition as a subject matter of copyright and, accordingly, for its protection. This manifestation may be either an embodiment in or on some solid material, for example, paper, fabric, marble, glass, magnetic tape, etc. In the alternative, this manifestation may be an act that only momentarily makes the work accessible to the senses, especially to human sight or hearing, for example, by dancing or singing. Even such an unfixed work may in theory be protected; of course, in practice, sufficient evidence of the work must be presented for the purposes of a given case.

1.2. Categories or Types of Works

Article 2 of the Copyright Act provides for different types of works such as literary works, musical works, dramatic works, choreographies and pantomimes, audiovisual works, works of the visual arts, including drawings, paintings and sculptures, engravings and lithographs, works of architecture,⁷ photographs, works of applied art, illustrations, maps and three-dimensional works referring to geography, topography, architecture, or

⁴ Copyright Act, Art. 6(2).

⁵ See Supreme Court, Decision No. 343/2017, Mass Media, Information and Communications Law 2017, 256, (with a comment by Z. Mavroskoti) (finding that a musical work is protected by copyright law even if it has not been incorporated into a material medium, or otherwise fixed into a digital disc).

⁶ Copyright Act, Art. 2(1).

⁷ The term “work of architecture” encompasses both two-dimensional representations, such as designs, drafts, and mockups, and three-dimensional works, such as buildings and other constructions, with respect both to their outer and inner layout. See, e.g., Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3141/2015, HCO Website (online) (protecting a building); Court of Appeal, Athens, Decision No. 2864/2007, Business and Company Law 2007, 1182.

science. The list is completed both by an enumeration of different types of derivative works, as well as compilations, and by special mention of computer programs, which are deemed to be literary works, and of databases. The Computer Aided Design File – C.A.D. File (3D printing) to the extent that it includes source code, is also protected.

Unoriginal expressions of folklore, news information, or simple facts⁸ and data are not protected.⁹ Although not expressly referred to in the Greek Copyright Act, mathematical formulae, definitions, theories, discoveries (including scientific discoveries) and generally scientific conclusions to the extent that they do not constitute original expressions of ideas are also excluded from protection on the basis of both the Berne Convention and the TRIPs Agreement. In respect of all these exclusions, there remains the possibility of copyright protection for the elaboration of the excluded matter into original expressive form, for example the adaptation of a traditional song in such a manner that the adaptation itself warrants protection.

Derivative works are also protected to the extent that they are not a routine or mechanical derivation of another work or solely take the existing work as a simple source of inspiration. A work may “derive” from another in the sense that it is a translation, an adaptation, an abridgment, or a new version of that prior work.¹⁰ In such cases, the new work is a derivative work in relation to the first one, but it should still have its own originality as a translation, adaptation, abridgment, or new version.

Collections or compilations are also protected. Anthologies, for example, belong in this category, as do encyclopedias, journals and periodicals, musical potpourris, sometimes even exhibitions of artistic works, and other

⁸ See Supreme Court, Decision No. 503/2016, Mass Media, Information and Communications Law 2017, 582, (with a comment by M. Sinanidou) (finding that the elements of a fictional biography of a great Greek painter relating to historical and biographical facts are ineligible for copyright protection since they lack originality, or the minimum level of creativity, which has been further defined as a statistically unique particularity; as a result, mere facts, like ideas, fall into the “public domain” and it is only the form, that is the original literary expression, that may qualify as a copyright work).

⁹ Copyright Act, Art. 2(5).

¹⁰ Court of Appeal, Athens, Decision No. 3269/2014, Mass Media, Information and Communications Law 2014, 546, (holding that a graphical design which was based on unauthorized changes to a known trademark (in the case at issue, to the trademark “Chanel”) and which was then applied to T-shirts, did not amount to a derivative work on two grounds: first, because it was not based on a work but rather a sign; and second, because the modifications were commonplace and did not depart from what was already known on the market as alterations/changes to the particular trademark; the fact that the changes were unauthorized by the trademark holder did not play any role).

collections of works.¹¹ A compilation may be a mental creation and thus protected by copyright, provided that it presents its component materials with originality and creativity sufficient to qualify for such a protection. A simple collection not assembled according to special criteria, but rather presented following obvious, current, or routine methods, for example, an alphabetical or chronological order, is not protected as such.¹²

Databases are also protected on the basis of EU law.¹³ They are defined as collections of works, data, or other independent materials that are arranged in a systematic or methodical way and that are individually accessible by electronic or other means.¹⁴ In principle, a database attracts copyright protection as long as the selection or arrangement of its materials constitutes the “author’s own intellectual creation”. Database contents may also attract a *sui generis* right, which is afforded to the maker of a database, if s/he shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents. This right aims to prevent the extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of the database at issue.¹⁵

Dictionaries are also considered collections and are protected to the extent that they are original. Their originality might be found in the selection of the entries, their arrangement, interpretation, etymology, comments and structuring of their contents. However, originality cannot be found in mere labor, editing, length of the work, usefulness, or cost or time invested into its creation. Parts or the whole of the work need to present characteris-

¹¹ For a pair of exceptions to the rule that authors of works must consent to their inclusion in a compilation, namely the inclusion of limited texts of dead authors in anthologies and of limited texts in educational books.

¹² But *cf.* Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1710/2011, Mass Media, Information and Communications Law 2012, 74, (finding maps of Thessaloniki’s urban complex, as well as its building coefficients, protectible by copyright).

¹³ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJ L 77*, 27.3.1996, 20–28. See also I. Stamatoudi, “The EU Database Directive: Reconceptualising copyright and tracing the future of the *sui generis* right”, *Revue Hellénique de droit International* [1997] 50, 436.

¹⁴ Copyright Act, Art. 2(2a), as completed by Act No. 2819/2000.

¹⁵ Supreme Court, Decision No. 1051/2015, HCO Website (online) (holding that hunting maps were protected both by copyright and *sui generis* right); Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1809/2018, Nomos (online), Hronika Idiotikou Dikaiou 2018, 615, (stressing the fact that the two rights, *i.e.* copyright and the *sui generis* right, are independent of each other); Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 4166/2019, Qualex (online) (finding an infringement of both copyright and the *sui generis* right in a repository containing legal information on commercial activities).

tics capable of rendering it statistically unique.¹⁶ Applying these standards, Greek case law has found that a dictionary on ancient Greek verbs¹⁷ and a dictionary on ancient Greek, Byzantine, and Modern Greek literary expressions¹⁸ were protected. However, originality was not established in a scientific dictionary, which by its nature can only include entries in a particular form and content in order for it to be methodologically correct, precise and trustworthy. In such situations, personal touches can by definition be only limited.¹⁹

2. ORIGINALITY

2.1. The Greek originality criterion: a work needs to be statistically unique

The Greek Copyright Act does not expressly define the concept of originality. This is derived from case law.

According to the traditional Greek originality criterion, a work that expresses the personality of its author would be original. A current formulation of the traditional criterion calls for assessing originality on the basis of statistically unique elements that are indices of creativity.²⁰ As various

¹⁶ Court of First Instance, Athens, Decision No. 107/2014, Mass Media, Information and Communications Law 2014, 67. A judgment concerning an English-Greek dictionary of legal terminology, the Court rejected the claim because the claimant had failed to establish the originality of the work. The Court stated that the fact that the author of the dictionary worked hard and systematically for six years in various libraries in Greece and abroad as well as studying legal documents in order to locate, select and verify the entries of the dictionary did not render the work original.

¹⁷ Court of First Instance, Athens, Decision No. 4870/1990, Commercial Law Review 1990, vol. 41, 535, (finding originality on the basis of the selection of the verbs, the comments made about each verb, the selective presentation of etymological comments, and in the creation of tables which contain the verbs in different tenses).

¹⁸ Court of First Instance, Athens, Decision No. 23612/1997, Business and Company Law 1998, 274, (original mainly by reason of the explanatory content of its entries and the way these entries were classified in the book).

¹⁹ Court of First Instance, Athens, Decision No. 107/2014, Mass Media, Information and Communications Law 2014, 67.

²⁰ See, e.g. Supreme Court, Decision No. 118/2006, Legal Tribune 2006, vol. 54, 1140, (finding originality in a study submitted to a contest on the basis of its ostensibly creative elements); Court of First Instance, Patras, Decision No. 2885/2008, Mass Media, Information and Communications Law 2008, 506 (finding a computer program protectible when it brought together various existing computer programs, translated into a different computer language, as well as various technical changes in the field); Court of First Instance, Athens, Decision No. 1721/2014, Nomos (online) (finding that an article of historical content published in a magazine was original because the topic selected was unusual and there was a lot of valuable information used in the complex and in-depth analysis of the author). See also Supreme Court, Decision No. 1625/2014, Legal Tribune 2015, vol. 63, 286 (finding that an audiovisual advertisement for beer was original,

decisions put 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 (i.e. a work needs to be “statistically unique”) 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.²¹ Works of applied art, including industrial designs, have been subject to this analysis.²²

indicating that the originality threshold is met where the elements are statistically unique such that no other person under similar circumstances and with the same aim in mind could logically reach the same creative outcome or where it reflects an individual particularity or a minimum level of creative effort, rather than what is already known or expected in the circumstances); Supreme Court, Decision No. 715/2017, Mass Media, Information and Communications Law 2018, Issue 3, 395 (finding that an audiovisual work was statistically unique without specifying the reasons), and Supreme Court, Decision No. 484/2020, Nomos (online) (which reaffirms in relation to an advertising film that the notion of originality – which is not defined in the Greek Copyright Act – constitutes the judgment that no other creator under similar circumstances and with the same aim in mind, would under logical probability create the same work or that the work presents individuality or a minimum “creative height”, meaning that the work departs from what is already known. This judgment – according to the Court – is based on the work’s “individuality”, which reflects the specificity of the creator’s creative process which makes the work statistically unique). See also Athens Court of Appeal, Decision No. 1549/2021, Technology and Communications Law, 2021, 633, (finding that the audiovisual recording of a tornado was not original since it lacked (a) individuality, reflecting the creator’s own creative process, (b) statistical uniqueness, i.e., someone else under the same circumstances would not have reached the same creative outcome and (c) a minimum creative height).

²¹ Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 2028/2003, Nomos (online). For commentary, see I. Stamatoudi, “Article 2”, *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, §§ 27 *et seq.* This criterion of originality has been applied in subsequent cases: Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1710/2011, Mass Media, Information and Communications Law 2012, 74, (finding original maps of Thessaloniki’s urban complex as well as its building coefficients); Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1116/2020, Qualex (online) (finding that maps of Pontos which accompanied an historical work constitute an original intellectual creation of the mind); Court of First Instance, Athens, Decision No. 1428/2019, Commercial Law Reports 2019, 457, (finding collection of legal materials to be original, even though legal instruments and case law are in themselves excluded from copyright protection, on the basis of selection, processing and classification as well as the addition of explanatory texts, practical exercises and solutions to problems); Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 2151/2018, Dikaio Epiphiriseon kai Etairion 2019, 373 (finding architectural works to be original).

²² See also Court of Appeal, Athens, Decision No. 4091/2010, Private Law Annals 2011, 455, (finding that designs of ceramic lamps, vases and other works of a utilitarian nature were not original because they did not present statistically unique elements so as to distinguish them from usual and commonly known forms on the market), Athens Court of First Instance, Decision No. 2280/2022 (interim measures), Technology and Communications Law, 2022, 579. (with commentary by M.-D. Papadopoulou / Business and Company Law, 2022 (with commentary by A. Psarras), (finding that there was no originality in a

The case law on photographs, applying criteria of protectability, is not settled.²³ For example, the Supreme Court reversed the refusal to protect photographs of a celebrity, which had been taken to accompany a magazine interview with him, calling for inquiry in detail into how these photographs displayed any singularity probative of creativity.²⁴ By contrast, in another case on photographs, the Supreme Court invoked the criterion of the “author’s own creation” but meant simply that the photograph need only not be “a copy of another photograph” and clarified that “any other stricter criterion is excluded.”²⁵ Generally speaking, originality in photographs is assessed on the basis of the selection and direction of the subject matter to be depicted, the selection of time and space, the angle taken, the

piece of jewelry, since it consisted of a combination of two “archetypal” symbols, which were largely used in jewelry and therefore it could not be regarded as presenting any individuality, nor does it show, at least in terms of creativity, any distance from the above-mentioned widely known archetypal symbols). For “originality” in works of architecture, see Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3141/2015, HCO Website (online) (protecting a building for storage as a work of architecture by reference to its location in the environment, its environmental performance by minimizing its energy footprint and its aesthetics including the original materials used for its construction, the layout of the external and internal spaces, the choice of materials, their colors and sizes, and the choice and placement of the decoration, the inclusion of parts of the natural environment and their relation with the structural parts of the building).

²³ For commentary, see I. Stamatoudi, “Article 2”, *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, §§ 36 *et seq.*; I. Stamatoudi, “Photographers’ Rights with Regard to their Photographs Published in Mass Media”, *The Rights of Journalists and those of Mass Media Publishers* (ed. I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009, 263.

²⁴ Supreme Court, Decision No. 152/2005, Mass Media, Information and Communications Law 2005, 13. English translation, Kalogiannis v. Mastorakis, in *European Copyright and Design Reports 2007*, 228.

²⁵ Supreme Court, Decision No. 1493/2009, Private Law Annals 2010, 568 (finding photographs protectible against unauthorized use in a travel guide). See also Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 488/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016, 90, (in relation to photographs of ancient Greek ruins, including the Acropolis and the Parthenon Temple, finding originality on the basis of the technique used (such as tilt shift), the choice of the subject, the angle taken, the lighting, the choice of colors and the processing of the photographs); Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1033/2015, HCO Website (online) (finding photographs of sights in the Prefecture of Serres to be original on the basis of the choice of subject matter, the choice of place and time, the angle taken, the lighting, the relation between the subject matter and the space, the contrast of colors and the processing of the photographs). The same criteria for assessing originality are also repeated in Court of Appeal, Athens, Decision No. 2648/2010, Greek Justice 2012, 830; Court of Appeal, Athens, Decision No. 2724/2012, Business and Company Law 2012, 1127; Supreme Court, Decision No. 1493/2009, Private Law Annals 2010, 568.

lighting, the relation of the subject matter to the space, the contrasts of colors as well as the possible processing/editing of the photograph.²⁶

The distinction between ideas and expression supplements criteria of originality and creativity, as the case law on games illustrates. Simple ideas for a game or games, for example, as set out in a simple outline or sketchy rules, will not meet the criteria of protectability. For example, a lottery game was not found to be original or creative because its rules of operation were so simple that it was likely that any person could create a similar game.²⁷ By contrast, a game called “Stratego” was protected on the bases of the structure of its board, the placement of pieces, players’ attack and defense options, and other key differences from other known board games.²⁸ Live football games have not been considered protectible by copyright.²⁹

Although not expressly referred to in the Greek Copyright Act, mathematical formulas, definitions, theories, discoveries such as scientific discoveries, and generally scientific conclusions to the extent that they do not constitute original expressions of ideas are also excluded from protection.³⁰ The scenario of a television series is protected only insofar as it is original and only in relation to specific features which extend beyond the facts of any story on which it is based, commonly known characters, etc.³¹

²⁶ See Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 488/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016, 90; Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1033/2015, HCO Website (online).

²⁷ Supreme Court, Decision No. 537/2010, Mass Media, Information and Communications Law 2010, 381 (also noting that statistically unique elements, indispensable for the finding of originality, were absent).

²⁸ Court of Appeal, Athens, Decision No. 4865/2010, Commercial Law Reports 2007, 1235. See also Court of First Instance, Athens, Decision No. 17390/1999, Commercial Law Reports 2007, 593, (finding the bricks of a Lego game original because they possessed specific dimensions, particularity in their shape, and features, such as their slots, distinguishing them from other known toy bricks); Court of First Instance, Athens, Decision No. 4348/1998, Legal Tribune 1998, vol. 46, 1095, (protecting chessboard pieces).

²⁹ Court of First Instance, Athens, Decision No. 1301/2012, Private Law Annals 2012, 308.

³⁰ Supreme Court, Decision No. 20/2005, Private Law Annals 2004, 453.

³¹ Supreme Court, Decision No. 196/2010, Mass Media, Information and Communications Law 2011, 508, (in the case of a scenario of some ten pages, which broadly described a romantic tale, as well as characters and their backgrounds, finding the plot and the scenes to be rather commonplace, since they could be encountered in many known television series, and concluding that the scenario as a whole was not sufficiently original to attract copyright).

Article 2(4) of the 1993 Act specifies: “The protection of this Act is independent of the value or purpose of the work” at issue.³² Thus the judge may not base the decision to protect a work or not on any aesthetic or moral judgment concerning its value,³³ nor deny protection because a work was fashioned with a practical purpose in mind. Accordingly, copyright protects, for example, works of a defamatory character or works against public morals.

3. THE EU ORIGINALITY CRITERION

3.1. Uniform application of EU law

For a number of years there has been the impression that when a concept or term in EU law was not specifically defined, Member States had the discretion to define it according to their own legal system.³⁴ Yet, this view is no longer valid. Concepts enshrined in EU law should be construed in an autonomous and uniform manner throughout the Community.

More specifically (using the Court’s wording in *UsedSoft*) according to settled case-law the need for a uniform application of European Union law and the principle of equality require that the terms of a provision of European Union law, which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope, must

³² Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3141/2015, HCO Website (online) (protecting a building designed for storage as a work of architecture, and noting that the fact that its purpose for “storage” carried no weight), referring to Court of Appeal, Athens, Decision No. 2864/2007, Business and Company Law 2007, 1182; Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 2028/2003, Nomos (online). See also Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 256/2018, Mass Media, Information and Communications Law 2018, Issue 4, 549, (holding that a first degree and a master’s degree theses were original because they contained data that was collected, measured and listed in a systematic and methodological way as well as in a comparative manner so as to lead to particular results; and distinguishing between copyright infringement and plagiarism, the latter involving the violation of the right to personality).

³³ See, e.g., Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3562/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016, 598, (with a comment by Z. Mavroskoti) (finding a historical documentary concerning the period of dictatorship in Greece to be original by reference to a number of matters including the rarity of the images incorporated, the historical value of the film and the technique used (such as use of a mobile camera)). This judgment has been criticized in the literature because the judge had examined the documentary at issue from the perspective of an art historian or cinema expert rather than on the basis of whether the outcome was due to the author’s free and creative choices and whether his personal touch was stamped on the work. Critics say such judgments should not be decisive as to the originality of the work.

³⁴ 2004 Staff Working Paper on the Review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, 19 July 2004, SEC (2004) 995, 13–14.

normally be given an independent and uniform interpretation throughout the European Union.³⁵

In *SGAE* it was also provided that when interpreting a provision of European Union law, one should not only consider its wording but also the context in which it occurs and the objectives pursued by the rules of which it is part.³⁶

In this light Member States are not free to interpret originality and the “author’s own intellectual creation” criterion using their national law.

3.2. Infopaq:³⁷ an EU originality criterion for all types of works

The *Infopaq* case is considered a cornerstone case for the concept of originality in the EU.

Infopaq is a firm, which, on its customers’ request and on the basis of agreed subject criteria, draws up summaries of articles from Danish newspapers by means of a “data capture process”. These summaries are then e-mailed to its customers. Danske Dagblades Forening (DDF) is an association of Danish daily newspaper publishers, whose function is *inter alia* to assist its members with copyright issues. DDF became aware of Infopaq’s activities and argued that the rightholders’ consent was required in order for Infopaq to conduct these activities legally. Infopaq disputed DDF’s claim and applied to the competent courts. The case was brought before the Danish Supreme Court (Højesteret), which stayed proceedings and referred questions to the CJEU. The questions related to the interpretation of the Information Society Directive and in particular to the concept of reproduction.

In order for the CJEU to reply to the questions referred to it, it also had to deal with the extent to which a text extract from an article in a daily newspaper, consisting of a search word and the five preceding and the five subsequent words (i.e. a text extract of 11 words), is protected by copyright.³⁸

³⁵ See, *inter alia*, Case C-5/08 *Infopaq International* [2009] ECR I -6569, paragraph 27; Case C-34/10 *Brüstle* (nyp), paragraph 25; and Case C-510/10 *DR and TV2 Danmark* (nyp), paragraph 33, as referred to in Case C-128/11 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (nyp) (para 39). See also, in particular, Case C-357/98 *Yiadom* [2000] ECR I-9265 (para 26), Case C-245/00 *SENA* [2003] ECR I-1251 (para 23) and Case C-306/05 *SGAE* [2006] ECR I -11519 (para 31).

³⁶ Case C-306/05 *SGAE* [2006] ECR I -11519 (para 34).

³⁷ C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, judgment of 16 July 2009 [2009] ECR I-656.

³⁸ Especially regarding questions 1 and 13 referred by the Danish Court to the CJEU.

The Court stated that the author’s right to authorise or prohibit reproduction applies to a “work”. According to the Berne Convention (and in particular Articles 2(5) and (8)), the protection of certain subject-matters as artistic or literary works presupposes that they are “intellectual creations”. EU law provides that works, such as computer programs, databases, or photographs, are protected by copyright only if they are original in the sense that they are their “author’s own intellectual creation”. That means that copyright protection applies only in relation to subject-matter which is original in the sense that it is its author’s own intellectual creation.

The Court also stated that the protection extends to the parts of a work, since, as such, they share the originality of the whole work and contain elements, which are the expression of the intellectual creation of its author. Regarding newspaper articles, their author’s own intellectual creation is evidenced from the form, the manner in which the subject is presented and the linguistic expression.

Words as such are not protected (since they do not constitute elements covered by protection nor are they the intellectual creation of the author who employs them).³⁹ It is only through the choice, sequence, and combination of these words that the author may express his creativity in an original manner and achieve a result, which is an intellectual creation. Certain isolated sentences, or even certain parts of sentences in a text, may be suitable for conveying to the reader the originality of a publication, such as a newspaper article, by communicating to that reader an element which is, in itself, the expression of the intellectual creation of the author of that article. Such sentences or parts of sentences may therefore be protected.⁴⁰

In the light of the above even an extract of 11 consecutive words is copyright protected insofar it contains an element of the work which, as such, expresses the author’s own intellectual creation. Yet, this determination is for the national court to make.

Infopaq is an important decision about the originality criterion in many respects. Firstly, it extends the EU criterion to cover all works and not just photographs, software, and databases. In this regard, the reason for which the harmonisation of the originality criterion was introduced for the three types of works only is no longer valid. All works, irrespective of their nature or particular characteristics, should be assessed in the same manner in terms of originality. Secondly, it clarifies that the EU originality criterion is a qualitative rather than a quantitative one in the sense that even small extracts of works (in the case at issue, literary works) may qualify for copyright protection as long as they contain elements, which are the expres-

³⁹ Para 45–46.

⁴⁰ Para 47.

sion of the intellectual creation of the author of the work. So, the criterion is not how small a work is but rather whether it is original, i.e. whether it constitutes its author’s own intellectual creation. A *de minimis* assessment cannot be applied.⁴¹ Thirdly, it provides that the sole criterion for copyright protection is originality excluding in essence any other criterion (e.g. classification of works, fixation and so on). And fourthly, it provides that the EU originality criterion should be construed in a uniform and autonomous manner throughout the EU preventing Member States from using their national legal systems for defining it.

4. MURPHY, PAINER AND FOOTBALL DATA CO: CREATIVE CHOICES AND A PERSONAL TOUCH

4.1. Murphy⁴²

The issue of originality has been further clarified in a number of cases that followed *Infopaq*. One of them was *Murphy*.

Murphy concerned the extent to which a system of licences for the retransmission of football matches, which grants broadcasters territorial exclusivity per Member State, and which prohibits television viewers from watching these broadcasts with a decoder card in other Member States, is contrary to EU law. The issue of originality was dealt with in the context of the Court considering whether sporting events, which formed the object of the retransmission, were protected by copyright.

The Court provided that Premier League matches themselves cannot be considered as works because they cannot be original in the sense that they are not their author’s own intellectual creation.⁴³ It also stated that sporting events couldn’t be regarded as intellectual creations because they are not works within the meaning of the Information Society Directive. That applies in particular to football matches, which are subject to the rules of the game, leaving no room for creative freedom for the purposes of copyright. According to the Court either copyright or any other intellectual property right cannot protect sporting events.

⁴¹ I.e. that a work is *de minimis* and therefore not infringing. See J. Griffiths, “*Infopaq*, BSA and the ‘Europeanisation’ of United Kingdom copyright law”, *Media & Arts Law Review*, Vol. 16, 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1777027. See also C. Moran, “How much is too much? Copyright protection of short portions of text in the United States and European Union after *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades*”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* (2011), 248, 258.

⁴² C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy*, judgment of 4 October 2011, [2011] ECR I-9083.

⁴³ Paras 96–99.

With regard to television broadcasts the Court stated that two categories of persons can assert intellectual property rights: firstly, the authors of the works contained in the broadcast and, secondly, the broadcasters.⁴⁴ Works contained in the broadcast may be, in particular, the opening video sequence, the Premier League anthem, pre-recorded films showing highlights of recent Premier League matches, or various graphics.⁴⁵ Parts of a work may enjoy copyright protection provided that they contain elements, which are the expression of the intellectual creation of the author of the work.⁴⁶

The Court also stated that sporting events, as such, have a unique and, to that extent, original character, which can transform them into subject-matter that is worthy of protection comparable to the protection of works. In this light Member States may grant them protection, where appropriate,⁴⁷ by either putting in place specific national legislation, or by recognising, in compliance with European Union law, protection conferred upon those events by agreements concluded between the persons having the right to make the audiovisual content of the events available to the public and the persons who wish to broadcast that content to the public of their choice.

According to *Murphy* there is subject matter that falls outside the scope of protection of copyright by reason of the fact that it does not constitute a work. Such subject matter is sporting events, including football games. Sporting events are not works in the sense that they are not intellectual creations. Intellectual creations require creative freedom whilst sporting events are dictated by the rules of the game, leaving no room for creative freedom. Overall, a new parameter (which is not mentioned in EU law) is brought into assessing originality; that of the author’s creative freedom.

4.2. *Painer*⁴⁸

Almost two years later the *Painer* judgment comes out to shed more light with respect to the originality in photographs.

Ms *Painer* is a freelance photographer, photographing, in particular children in nurseries and day homes. In the course of her work, she took photographs of Natascha K. designing the background, deciding the posi-

⁴⁴ Para 148.

⁴⁵ Para 149.

⁴⁶ Para 39 *Infopaq* Judgment and para 156 *Murphy*.

⁴⁷ Para 100.

⁴⁸ Case C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and others*, judgment of 7 March 2013.

tion and facial expression, and producing and developing those photographs. The photographs indicated her name and business address. Ms Painer sold those photographs but without conferring on third parties any rights over them and without consenting to their publication. After Natascha K., then aged 10, was abducted in 1998, the competent security authorities launched a search appeal in which the contested photographs were used. The defendants were newspaper and magazine publishers in Austria and Germany. When Natascha K. managed to escape from her abductor in 2006 and prior to her first public appearance, the defendants published Ms Painer’s photographs in their newspapers, magazines, and websites without indicating the name of the photographer or a name other than Ms Painer’s as the photographer. Some of them also published a “photo-fit”. This was a portrait, created by computer from Ms Painer’s photographs, which, since there was no recent photograph of Natascha K. until her first public appearance, represented her supposed image.

Ms Painer turned to the Austrian courts to cease the reproduction and/or distribution, without her consent and without indicating her as author, of the photographs and the photo fit. Regarding the photo-fit the Austrian court (Oberster Gerichtshof) held, applying the relevant national rules, that the defendants in the main proceedings did not need Ms Painer’s consent to publish the contested photo-fit. In that court’s view, Ms Painer’s photograph, which had been used as a template for the photo-fit, was, admittedly, a photographic work protected by copyright. However, the production and publication of the contested photo-fit was not an adaptation for which the consent of Ms Painer, as author of the photographic work, was needed, but a free use, which did not require her consent. The referring court (Handelsgericht Wien) considered that the question whether it was an adaptation, or a free use depends on the creative effort in the template. According to the Court the greater the creative effort in the template, the less conceivable is a free use. In the case of portrait photographs like the ones at issue, the creator enjoys only a small degree of individual formative freedom. For that reason, the copyright protection of that photograph is accordingly narrow. In addition, the photo-fit based on the template is a new and autonomous work, which is protected by copyright. In this light the Austrian court stayed proceedings and decided to refer a number of questions to CJEU. Amongst the issues referred to the CJEU was also whether photographic works and/or photographs, particularly portrait photos, are afforded “weaker” copyright protection or no copyright protection at all against adaptations because of their “realistic image” and the minor degree of formative freedom allowed by such photographs.⁴⁹ To put it oth-

⁴⁹ This forms question 4, which was addressed on the basis of article 1(1) of the Information Society Directive in conjunction with articles 5(5) and 12 of the Berne

erwise, whether article 6 of the Term Directive⁵⁰ must be interpreted as meaning that a portrait photograph can, under that provision, be protected by copyright and, if so, whether, because of the allegedly too minor degree of creative freedom such photographs can offer, that protection is inferior to that enjoyed by other works, particularly photographic works, according to article 2(a) of the Information Society Directive.

The Court referred to *Infopaq* and to the fact that copyright applies only in relation to a subject-matter, such as a photograph (including realistic photographs such as portrait photographs), which is original in the sense that it is its author’s own intellectual creation.

The Court also referred to Recital 17 of the Term Directive. According to it “[...] *the protection of photographs in the Member States is the subject of varying regimes [...] [I]n order to achieve a sufficient harmonization of the term of protection of photographic works, in particular of those which, due to their artistic or professional character, are of importance within the internal market, it is necessary to define the level of originality required in this Directive [...] [A] photographic work within the meaning of the Berne Convention is to be considered original if it is the author's own intellectual creation reflecting his personality, no other criteria such as merit or purpose being taken into account [...] [T]he protection of other photographs should be left to national law.*”⁵¹

The Court drew at this point an a *contrario* argument from *Murphy*.⁵² A work is original if the author is able to express his creative abilities in the production of the work by making *free and creative choices*. As regards a portrait photograph, the photographer can make free and creative choices in several ways and at various points in its production. In the preparation phase he can choose the background, the subject’s pose and the lighting. When taking the photograph, he can choose the framing, the angle of view and the atmosphere created. Finally, when selecting the snapshot, the photographer may choose from a variety of developing techniques the one he wishes to adopt or, where appropriate, use computer software. By making these choices the photographer can *stamp the work created with his “personal touch”*. In this perspective, the freedom available to the author/photographer to exercise his creative abilities will not necessarily be

Convention, particularly in the light of Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁵⁰ Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, *OJ L* 290/9, 24.11.1993.

⁵¹ Para 88.

⁵² Joined Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and Others* [2011] para 98.

minor or even non-existent. Yet, it is for the national court to determine whether a particular photograph is the author’s intellectual creation *reflecting his personality and expressing his free and creative choices* in the production of that photograph.

With regard to article 2(a) and the issue whether the protection afforded to portrait photographs is inferior to that enjoyed by other works, particularly photographic works, the Court held that there is nothing in the Information Society Directive or in any other directive applicable in this field, which supports the view that the extent of such protection should depend on possible differences in the degree of creative freedom in the production of various categories of works. In that sense the protection of a portrait photograph cannot be inferior to that enjoyed by other works, including other photographic works.⁵³

Painer develops further the analysis on the EU criterion of originality. New elements come into play and existing ones are developed further. According to *Painer* a work is original if it is the author’s own intellectual creation. That means that the work should reflect the author’s personality (in the sense that the author stamps the work with his “personal touch”) and expresses the author’s free and creative choices in its production (i.e. creation).

Painer also states that there are no varying levels of protection (i.e. inferior protection) of works depending on the degree of creative freedom for their production. It thus confirms that the criterion is one: originality; and it is the same for all types of works.

Interestingly, the analysis of originality in this case is akin to the one followed in the continent making references to the author’s personality or personal touch. Taking this into account one may argue that the EU originality criterion comes closer to the continental one than the common law one; this issue was considered under *Football Dataco*.

4.3. Football Dataco⁵⁴

Football Dataco and the other applicants in this case drew up annual fixture lists of the football leagues in England and Scotland on the basis of particular rules and procedures. The process of preparing the football fixture lists was not purely mechanistic or deterministic. It required very significant skill and labour in order to satisfy the multitude of competing requirements while respecting the applicable rules as far as possible. In ef-

⁵³ Paras 85–99. See also the dictum (2) of the judgment.

⁵⁴ C-604/10, *Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others*, Judgment of 1 March 2012.

fect, the lists were not subject to rigid criteria as the case is with the compilation of a telephone directory. They required skill and judgment at each stage, in particular where the computer program found no solution for a given set of constraints. In fact, the process was only partially computerised leaving room for judgment and discretion.

The applicants claimed (amongst other things) that they were entitled to copyright and *sui generis* right protection under the Database Directive for their fixture lists.⁵⁵ The defendants contested their allegations. In fact, they claimed that they were entitled to use the lists in the conduct of their business without having to pay financial compensation. The Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) decided to stay the proceedings and refer to the CJEU the following issues: an interpretation of Article 3(1) of the Database Directive, and in particular, (a) whether the intellectual effort and skill of creating data carries any weight in relation to the application of this provision; (b) whether the “selection or arrangement” of the contents, within the meaning of that provision, includes adding important significance to a pre-existing item of data, and (c) whether the notion of “author’s own intellectual creation” within the meaning of that provision requires more than significant labour and skill from the author and, if so, what that additional requirement is. It also asked whether the Directive prevents Member States from introducing national rights in the nature of copyright in databases other than those provided for by it.

In an earlier decision the CJEU⁵⁶ judged that a football league fixture list constitutes a “database” (within the meaning of the Database Directive). It held that the combination of the date, the time and the identity of the two teams playing in both home and away matches has autonomous informative value, which renders them “independent materials” within the meaning of Article 1(2) and that the arrangement, in the form of a fixture list, of the dates, times and names of teams in the various fixtures of a football league meets the conditions set out in this article as to the systematic or methodical arrangement and individual accessibility of the data contained in the database.⁵⁷

In this case the Court stated that copyright and the *sui generis* right form two independent rights whose object and conditions of application are different. The fact that a database does not satisfy the conditions of eligibility for protection under the *sui generis* right⁵⁸ does not automatical-

⁵⁵ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJ L 77/20*, 27.3.1996.

⁵⁶ C-444/02, *Fixtures Marketing* [2004] ECR I-10549, (paras 33 to 36).

⁵⁷ Para 26.

⁵⁸ At this point the Court referred to Article 7 of Directive 96/9 and to cases (in relation to fixture lists) C-46/02 *Fixtures Marketing* [2004] ECR I-10365 (paras 43-47), C-338/02

ly mean that it is also not eligible for copyright protection.⁵⁹ In order for one to assess copyrightability one has to see whether the selection or arrangement of the database’s contents constitute its author’s own intellectual creation. It is the structure of the database that is assessed and not its “contents” or the elements constituting its contents. This is also in conformity with Article 10(2) of the TRIPs Agreement and Article 5 of the WIPO Copyright Treaty, according to which copyright protection is afforded to compilations of data, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations. That protection neither extends to the contents/data nor prejudices any copyright subsisting in them. In this regard, it does not also extend to the creation of those contents. Therefore, the Court concluded that *any intellectual effort and skill of creating data contained in the database are not relevant in order to assess the eligibility of that database for copyright protection*.⁶⁰

The Court also referred to Recital 16⁶¹ of the Database Directive and to relevant case law⁶² to substantiate its point, namely that the originality criterion refers to the notion of the “author’s own intellectual creation” and is satisfied when, through the selection or arrangement of the data, which the database contains, its author *expresses his creative ability in an original manner by making free and creative choices*⁶³ and thus *stamps his “personal touch”*.⁶⁴ By contrast, that criterion is not satisfied when the setting up of the database is dictated by technical considerations, rules or

Fixtures Marketing [2004] ECR I-10497 (paras 32–36 and C-444/02 *Fixtures Marketing* [2004] ECR I-10549 (paras 48–52).

⁵⁹ Under article 3 of the Database Directive.

⁶⁰ Para 33. In para 35 the Court provided that “[t]hat analysis is confirmed by the purpose of that directive. As is apparent from recitals 9, 10 and 12 of that directive, its purpose is to stimulate the creation of data storage and processing systems in order to contribute to the development of an information market against a background of exponential growth in the amount of information generated and processed annually in all sectors of activity (see Case C-46/02 *Fixtures Marketing*, cited above, paragraph 33; Case C-203/02 *The British Horseracing Board and Others* [2004] ECR I-10415, paragraph 30; Case C-338/02 *Fixtures Marketing*, cited above, paragraph 23; and Case C-444/02 *Fixtures Marketing*, cited above, paragraph 39) and not to protect the creation of materials capable of being collected in a database.”

⁶¹ Recital 16: “Whereas no criterion other than originality in the sense of the author’s intellectual creation should be applied to determine the eligibility of the database for copyright protection, and in particular no aesthetic or qualitative criteria should be applied.”

⁶² C-5/08 *Infopaq International* [2009] ECR I-6569 (paras 35, 37 and 38), C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace* [2010] ECR I-13971 (para 45), Joined Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and Others* [2011] ECR I-9083 (para 97), and C-145/10 *Painer* [2011] ECR I-12533 (para 87).

⁶³ *Infopaq* (para 45), *Bezpečnostní softwarová asociace* (para 50), *Painer* (para 89).

⁶⁴ *Painer* (para 92).

constraints, which leave no room for creative freedom.⁶⁵ No criteria other than originality apply to determine the eligibility of a database for copyright protection.⁶⁶ In this perspective, *it is irrelevant, for assessing the eligibility of a database for copyright protection, whether or not the selection or arrangement of the data (contained in it) includes the addition of important significance to that data.*

The issue of significant skill and labour and whether it suffices for the eligibility of a database for copyright protection was also considered. According to the Court, *the author’s significant skill and labour cannot as such justify copyright protection in the sense that they do not express any originality in the selection or arrangement of the data contained in the database.* If the procedures for creating the fixture lists are not supplemented by elements reflecting originality in the selection or arrangement of the data contained in those lists, these lists are not eligible for copyright protection. It is, of course, for the national court to determine whether the databases at issue (i.e. the fixture lists) are original.⁶⁷ In effect, the Court linked (once again) originality to the author’s free and creative choices and to the stamping of his personal touch on the work.

Regarding whether the Database Directive must be interpreted as precluding national legislation that grants databases (as defined in the directive) copyright protection under conditions, which are different to those set out in the directive, the Court pointed to recitals 1 to 4. According to them the directive aims to remove the differences, which existed between national laws on the legal protection of databases, particularly as regards the scope and conditions of copyright protection, and which adversely affected the functioning of the internal market, the free movement of goods or services within the European Union and the development of an information market within the European Union. In that context (and as it also derives from recital 60 and article 3) the directive carries out a “harmonization of the criteria for determining whether a database is to be protected by copyright”.⁶⁸ In that sense Member States are precluded from enacting

⁶⁵ See, by analogy, *Bezpečnostní softwarová asociace* (paras 48 and 49), and *Football Association Premier League and Others* (para 98).

⁶⁶ Article 3(1) and recital 16 of the Database Directive.

⁶⁷ See para 46 of the judgment according to which,

“– *the intellectual effort and skill of creating that data are not relevant in order to assess the eligibility of that database for protection by that right;*

– *it is irrelevant, for that purpose, whether or not the selection or arrangement of that data includes the addition of important significance to that data, and*

– *the significant labour and skill required for setting up that database cannot as such justify such a protection if they do not express any originality in the selection or arrangement of the data which that database contains”.*

⁶⁸ Paras 48–49.

legislation conferring on databases copyright protection under conditions, which are different to those set out in the directive.

Yet, in *Ryanair*,⁶⁹ a few years later, the same Court stated that the Directive is not applicable to a database, which is not protected either by copyright or by the *sui generis* right. Articles 6(1), 8 and 15 do not preclude the author of such a database from laying down contractual limitations on its use by third parties, without prejudice to the applicable national law. The issue of originality was not examined in that case because it was taken for granted by the referring court that Ryanair’s data set, which contained flight and other relevant data, did not qualify for either copyright or *sui generis* protection. Thus, although Member States cannot extend protection for databases – especially for those databases that are not covered by the Database Directive – by copyright or quasi-copyright means, national contract law could work at some instances as a powerful alternative.

Summing up the findings in *Football Dataco* about the EU originality criterion, the following can be observed. Firstly, the findings of previous case law have been confirmed. Secondly, the Court has focussed strictly on linking the assessment of a database’s originality to its structure (i.e. the selection and arrangement of its contents) leaving out any other aspect and especially any aspect relating to the contents/data of the database. Thirdly, the Court precludes the application of the skill and labour criterion, even if skill and labour have been significant. According to the Court the author’s significant skill and labour cannot as such justify copyright protection in the sense that they do not express any originality in the selection or arrangement of the data contained in the database. Originality exists if the author of the work (in the case at issue the database) expresses his creative ability in an original manner by making free and creative choices and by stamping his “personal touch” on the work. Member States cannot provide any other copyright or quasi-copyright protection for databases.

There have also been a series of cases concerning computer programmes⁷⁰ and designs,⁷¹ which, however, fall out of the scope of this paper and they would merit a further analysis.

⁶⁹ C-30/14, *Ryanair Ltd v. PR Aviation BV*, Judgment of 15 January 2015.

⁷⁰ E.g., Case C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury*, Judgment of 22 December 2010. Case C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, Judgment of 2 May 2012. C-355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH v PC Box Srl, Net Srl*, Judgment of 23 January 2014.

⁷¹ E.g. Case C-168/09 *Flos SpA v Semeraro Case Famiglia SpA*, Judgment of 27 January 2011. C-683/17 *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v G-Star Raw CV*, Judgment of 11 April 2019. C-833/18 *Brompton Bicycle Ltd v Chedech/Get2Get*, Judgment of 11 June 2020.

5. CONCLUSIONS

The originality criterion in EU copyright law has now been fully harmonized in relation to all types of works, superseding any EU Member States’ national criterion in this respect. A work is original if it is its author’s own intellectual creation, i.e., the author has made free and creative choices and has stamped the work with his personal touch. Originality constitutes the sole prerequisite for copyright protection to the extent that the subject matter qualifies as an intellectual creation and can be identified with sufficient precision and objectivity. Parts of a work are also protected insofar they carry elements of the originality of the whole work. The length of those parts is not decisive since the criterion of originality is one of quality rather than one of quantity.

Greece traditionally operated a high originality criterion, which has essentially been confirmed by the one opted in EU law despite the differences in the wording. Originality also formed the sole prerequisite for protection of any work that constituted an intellectual creation of the mind expressed in any form in art, literature, or science. Originality is assessed in a neutral manner, not taking into account the value or worth of the work, who the creator is, e.g., age or mental capacity, whether it is utilitarian or not, whether it is temporary or permanent, infringing or not, immoral or moral.⁷²

It is in exactly the same manner that this criterion applies to derivative works and collections. It works as a filter in order to limit the scope of protectible subject matter. Yet, once a work is considered protectible subject matter, the author or rightholder gets a full panoply of economic and moral rights.

The EU originality criterion does not differ substantially from the traditional Greek criterion. Up to now, in general terms, Greek courts either refer to both of them for different types of work (*i.e.*, on the one hand photographs, databases and computer programs and on the other hand the rest of the works)⁷³ or refer solely to the Greek one.⁷⁴ So no definite conclu-

⁷² Originality is not a prerequisite of protection for related right holders except in the case of article 51A Act 2121/1993 (Protection of Previously Unpublished Works), which provides that “Any person who, after the expiry of copyright protection, for the first time lawfully publishes or lawfully communicates to the public a previously unpublished work, shall benefit from a protection equivalent to the economic rights of the author. The term of the protection of such rights shall be twenty-five (25) years from the time when the work was first lawfully published or lawfully communicated to the public and is calculated from 1st January of the year after the first lawful publication or communication to the public.” Even in this case originality is required for a work whose copyright protection is expired.

⁷³ See, e.g., Court of Appeal, Athens, Decision No. 1819/2016, Mass Media, Information and Communications Law 2016, 571, (stating that a photograph needs to be its author’s

sions can be drawn yet with regard to whether the Greek courts consider the Greek criterion as being incompatible with the EU one.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Griffiths, Jonathan, “*Infopaq*, BSA and the ‘Europeanisation’ of United Kingdom copyright law”, *Media & Arts Law Review*, Vol. 16, 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1777027;
2. Kotsiris, Lambros, Stamatoudi, Irini, (eds.), *Commentary on the Greek Copyright Act*, Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009;
3. Moran, Connor, “How much is too much? Copyright protection of short portions of text in the United States and European Union after *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades*”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* (2011);
4. Stamatoudi, Irini, “Greece”, *International Copyright Law and Practice* (ed. B. Ong), Matthew Bender, US 2022;
5. Stamatoudi, Irini, Koumantos, George, *Greek Copyright Law*, P. Sakkoulas, Athens 2014;
6. Stamatoudi, Irini, “Article 2”, *Commentary on the Greek Copyright Act* (eds. L. Kotsiris, I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009;
7. Stamatoudi, Irini, “Photographers’ Rights with Regard to their Photographs Published in Mass Media”, *The Rights of Journalists and those of*

own intellectual creation and reflect the author’s personality, which means that it should not be a copy of another photograph); the judgment refers in this respect to the following case law: Supreme Court, Decision No. 1493/2009, *Private Law Annals* 2010, 568; Court of Appeal, Athens, Decision No. 2211/2010, *Business and Company Law*, 2010, p. 1170; Court of Appeal, Patras, Decision No. 1145/2007, *Nomos* (online). The same judgment in relation to works (other than photographs) applies the criterion of “statistically unique” and refers in this respect to a number of other judgments such as Supreme Court, Decision No. 152/2005, *Mass Media, Information and Communications Law* 2005, 413. English translation, “*Kalogiannis v. Mastorakis*”, in *European Copyright and Design Reports* (E.C.D.R.) 2007, 228; Court of Appeal, Athens, Decision No. 2724/2012, *Business and Company Law* 2012, 1127; Court of Appeal, Lariss, Decision No. 245/2013, *Nomos* (online); Court of Appeal, Athens, Decision No. 1412/2020, *Technology and Communications Law* 2020, 655 (where the Court wrongly stated that photographs were not original because the selection of the subject matter photographed was commonplace).

⁷⁴ See, e.g., Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3562/2015, *Mass Media, Information and Communications Law* 2016, 598 (assessing the originality of an audiovisual work against the criterion of “statistical uniqueness”); the judgment refers to a number of other cases such as Supreme Court, Decision No. 537/2010, *Mass Media, Information and Communications Law* 2010, 381; Court of Appeal, Athens, Decision No. 2724/2012, *Business and Company Law* 2012, 1127.

Mass Media Publishers (ed. I. Stamatoudi), Sakkoulas Editions, Athens – Thessaloniki 2009;

8. Stamatoudi, Irini, “The EU Database Directive: Reconceptualising copyright and tracing the future of the sui generis right”, *Revue Hellénique de droit International* [1997] 50.

Legal documents

1. Copyright Act (Act 2121/1993);
2. Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, *OJ L 290/9*, 24.11.1993;
3. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJ L 167*, 22.6.2001;
4. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, *OJ L 130*, 17.5.2019;
5. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJ L 77*, 27.3.1996;
6. 2004 Staff Working Paper on the Review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, 19 July 2004, SEC (2004);
7. Supreme Court, Decision No. 343/2017, Mass Media, Information and Communications Law 2017;
8. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3141/2015;
9. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2864/2007, Business and Company Law 2007;
10. Supreme Court, Decision No. 503/2016, Mass Media, Information and Communications Law 2017;
11. Court of Appeal, Athens, Decision No. 3269/2014, Mass Media, Information and Communications Law 2014;
12. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1710/2011, Mass Media, Information and Communications Law 2012;
13. Supreme Court, Decision No. 1051/2015, HCO Website;
14. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 1809/2018, Nomos (online), Hronika Idiotikou Dikaiou 2018;
15. Court of First Instance, Athens, Decision No. 107/2014, Mass Media, Information and Communications Law 2014;
16. Court of First Instance, Athens, Decision No. 4870/1990, Commercial Law Review 1990, vol. 41;
17. Court of First Instance, Athens, Decision No. 107/2014, Mass Media, Information and Communications Law 2014;

18. Court of First Instance, Athens, Decision No. 23612/1997, Business and Company Law 1998;
19. Supreme Court, Decision No. 118/2006, Legal Tribune 2006, vol. 54;
20. Court of First Instance, Patras, Decision No. 2885/2008, Mass Media, Information and Communications Law 2008;
21. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1721/2014;
22. Supreme Court, Decision No. 1625/2014, Legal Tribune 2015, vol. 63;
23. Supreme Court, Decision No. 715/2017, Mass Media, Information and Communications Law 2018, Issue 3;
24. Supreme Court, Decision No. 484/2020;
25. Athens Court of Appeal, Decision No. 1549/2021, Technology and Communications Law, 2021;
26. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 2028/2003;
27. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1710/2011, Mass Media, Information and Communications Law 2012;
28. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1116/2020;
29. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1428/2019, Commercial Law Reports 2019;
30. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 2151/2018, Dikaio Epihiriseon kai Etairion 2019;
31. Court of Appeal, Athens, Decision No. 4091/2010, Private Law Annals 2011;
32. Athens Court of First Instance, Decision No. 2280/2022 (interim measures), Technology and Communications Law, 2022;
33. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3141/2015;
34. Supreme Court, Decision No. 152/2005, Mass Media, Information and Communications Law 2005;
35. Supreme Court, Decision No. 1493/2009, Private Law Annals 2010;
36. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 488/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016;
37. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1033/2015;
38. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2648/2010, Greek Justice 2012;
39. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2724/2012, Business and Company Law 2012;
40. Supreme Court, Decision No. 1493/2009, Private Law Annals 2010;
41. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 488/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016;
42. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 1033/2015;
43. Supreme Court, Decision No. 537/2010, Mass Media, Information and Communications Law 2010;

44. Court of Appeal, Athens, Decision No. 4865/2010, Commercial Law Reports 2007;
45. Court of First Instance, Athens, Decision No. 17390/1999, Commercial Law Reports 2007;
46. Court of First Instance, Athens, Decision No. 4348/1998, Legal Tribune 1998, vol. 46;
47. Court of First Instance, Athens, Decision No. 1301/2012, Private Law Annals 2012;
48. Supreme Court, Decision No. 20/2005, Private Law Annals 2004;
49. Supreme Court, Decision No. 196/2010, Mass Media, Information and Communications Law 2011;
50. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3141/2015;
51. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2864/2007, Business and Company Law 2007;
52. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 2028/2003;
53. Court of Appeal, Thessaloniki, Decision No. 256/2018, Mass Media, Information and Communications Law 2018, Issue 4;
54. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3562/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016;
55. C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, judgment of 16 July 2009 [2009] ECR I-656;
56. Case C 34/10 *Brüstle*;
57. Case C 510/10 *DR and TV2 Danmark*;
58. Case C-128/11 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*;
59. Case C-357/98 *Yiadom* [2000] ECR I 9265;
60. Case C-245/00 *SENA* [2003] ECR I 1251;
61. Case C-306/05 *SGAE* [2006] ECR I -11519;
62. C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy*, judgment of 4 October 2011, [2011] ECR I-9083;
63. Case C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and others*, judgment of 7 March 2013;
64. Joined Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and Others* [2011];
65. C-604/10, *Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others*, Judgment of 1 March 2012;
66. C-30/14, *Ryanair Ltd v. PR Aviation BV*, Judgment of 15 January 2015;
67. Case C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury*, Judgment of 22 December 2010;
68. Case C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, Judgment of 2 May 2012;

69. C 355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH v PC Box Srl, Net Srl*, Judgment of 23 January 2014;
70. Case C-168/09 *Flos SpA v Semeraro Case Famiglia SpA*, Judgment of 27 January 2011;
71. C-683/17 *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v G-Star Raw CV*, Judgment of 11 April 2019;
72. C-833/18 *Brompton Bicycle Ltd v Chedech/Get2Get*, Judgment of 11 June 2020;
73. Court of Appeal, Athens, Decision No. 1819/2016, Mass Media, Information and Communications Law 2016;
74. Supreme Court, Decision No. 1493/2009, Private Law Annals 2010;
75. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2211/2010, Business and Company Law, 2010;
76. Court of Appeal, Patras, Decision No. 1145/2007;
77. Supreme Court, Decision No. 152/2005, Mass Media, Information and Communications Law 2005;
78. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2724/2012, Business and Company Law 2012, 1127; Court of Appeal, Larissa, Decision No. 245/2013;
79. Court of Appeal, Athens, Decision No. 1412/2020, Technology and Communications Law 2020;
80. Court of First Instance (Multimember Panel), Athens, Decision No. 3562/2015, Mass Media, Information and Communications Law 2016;
81. Supreme Court, Decision No. 537/2010, Mass Media, Information and Communications Law 2010;
82. Court of Appeal, Athens, Decision No. 2724/2012, Business and Company Law 2012.

Проф. др Ирени Стаматоуди

Правни факултет, Универзитет у Никозији, Кипар
Врховни суд, Грчка

КОНЦЕПТ ОРИГИНАЛНОСТИ У ГРЧКОЈ И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Сажетак

Грчка је држава чланица Европске уније. Ратификовала је све важне међународне конвенције о ауторском и сродним правима и припада евроконтиненталној правној традицији. Закон о ауторском праву бр. 2121/1993 обезбеђује висок ниво заштите за ауторе и носиоце сродних права. Основни услов да би дјело било заштићено ауторским правом је оригиналност. Грчки стандард оригиналности је био да дјело буде „статистички јединствено“, што значи да ниједан други аутор, под сличним околностима и са истим циљем на уму, не би постигао исти креативни исход. Након што је Суд правде Европске уније донио неколико пресуда, посебно у случају *Inforaq*, државе чланице ЕУ више нису у могућности да примјењују сопствене критеријуме за утврђивање оригиналности, будући да критеријум који је установио Суд правде сада има предност. Према овом критеријуму, дјело је оригинално ако је ауторова сопствена интелектуална творевина, што значи да је аутор могао да прави слободне и креативне изборе и да дјело садржи лични печат аутора.

Кључне ријечи: *Ауторско право; Оригиналност; Европска унија; Судска пракса Суда правде ЕУ; Inforaq.*

Проф. др Јелена Ђеранић Перишић, научни саветник

Институт за упоредно право, Београд

ЗАШТИТА ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНИХ ОЗНАКА У МЕТАВЕРЗУМУ – предмет *Hermès International v. Mason Rotschild*

Различити облици комуникације у метаверзуму отварају низ правних питања у вези са интелектуалном својином, пре свега са употребом жигом заштићених ознака. Спор који је изазвао највише пажње у вези са употребом ознаке за обележавање токенизоване робе у метаверзуму тиче се жига француског произвођача торби и модних аксесоара – Хермес (франц. Hermès). Компанија Хермес носилац је жига Биркин за кожне женске торбе, симбола луксуза и престижа. Уметник Мејсон Ротчајлд (Mason Rotschild) употребио је ознаку МетаБиркин (MetaBirkin) за обележавање незаменљивих токена који за предмет имају виртуелне торбе веома сличног изгледа као Хермесове. Ротчајлдово уметничко дело продато је за десетине хиљада америчких долара, након чега је направио нову колекцију. Компанија Хермес поднела је тужбу суду у Њујорку против Ротчајлда за производњу и продају незаменљивих токена МетаБиркин, од којих је сваки дигитална слика Хермесове Биркин ташине као да је од крзна. Кључно правно питање је да ли неовлашћена употреба туђе жигом заштићене ознаке за физичку робу у контексту незаменљивих токена представља повреду жига. У марту 2023. године суд је донео пресуду, једну од првих у овој области, да колекција дигиталних слика крзених торби у виду незаменљивих токена МетаБиркин доводи потрошаче у заблуду да је реч о Хермесовим Биркин ташнама. Овом пресудом први пут је одређена правна природа незаменљивих токена, у смислу да су они сличнији роби, на коју се примењују закони о жиговима који санкционишу неовлашћену употребу туђе жигом заштићене ознаке, него уметничким делима код којих су одређени облици коришћења туђе жигом заштићене ознаке од стране трећих лица дозвољени.

Кључне речи: Метаверзум; Жигом заштићена ознака; Незаменљиви токени; Повреда жига; МетаБиркин.

1. УВОД

„Познато је да технолошке промене мењају фактичке односе у друштву и на тај начин искушавају издржљивост, прилагодљивост и виталност права: истинитост овог исказа може се посебно јасно видети на примеру права интелектуалне својине, чији настанак и развој су у значајној мери повезани са технолошким развојем.“¹

Од почетка масовног коришћења интернета, почетком новог миленијума, развој нових технологија додатно је убрзан. Тековине те динамике развоја су и блокчејн технологија,² паметни уговори,³ незаменљиви токени,⁴ виртуелна реалност,⁵ па и најновији метаверзум.

Метаверзум је концепт сајбер простора изграђен на постојећој инфраструктури интернета коришћењем нових технологија, као што су блокчејн технологија, криптовалута и незамењиви токени. У метаверзуму људи и различити облици алгоритама и вештачке интелигенције комуницирају у проширеној реалности, баве се образовањем, привредом, спортом, оснивају политичке партије и учествују у политичком животу, забављају се, купују и продају робу и услуге из стварног света и робу и услуге из метаверзума.⁶ Самим тим, отварају се различита правна питања и долази до спорова, баш као и у стварном свету. Наиме, у метаверзум се могу „сместити“ готово све врсте легалних и криминалних људских активности. Ако се изузму кривична дела која укључују телесне повреде, листа правних проблема је бесконачна.

¹ С. Марковић, „Правноекономска природа назива интернет домена“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 12.

² Вид. Д. Милић, „Могућности примене блокчејн технологије у ауторском праву“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 125.

³ Вид. М. Јовановић, „Право жига и незамењиви токени (НФТ)“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 116.

⁴ Технички појам токена подразумева низ дигиталних информационих јединица изражених у форми софтверског кода. Код садржи дигитални запис о одређеној вредности, забележен на блокчејну криптографским протоколом (М. Јовановић, 118).

⁵ Захваљујући специјалној опреми, виртуелна реалност, као тродимензионална слика коју генеришу рачунари, омогућава комуникацију на наизглед стваран или физички начин. (Вид. Ј. Ђеранић Перишић, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 95.)

⁶ Ј. Ђеранић Перишић, „Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти“, *Право и привреда* 4/2022, 638–639.

Различити облици комуникације у метаверзуму отварају низ правних питања у вези са интелектуалном својином, пре свега са употребом жигом заштићених ознака. Спор који је изазвао највише пажње у погледу употребе ознаке за обележавање токенизоване робе у метаверзуму тиче се модне индустрије.⁷ Реч је о жигом заштићеној ознаци чувеног француског произвођача торби и модних аксесоара – Хермес (франц. *Hermès*).

У раду је најпре појашњен појам токена уопште, као и незаменљивог токена. Употреба незаменљивих токена отворила је низ правних питања која се тичу права жига. Стога је у раду детаљно анализиран спор који је изазвао велику пажњу јавног мњења, а то је спор између *Hermès International v. Mason Rotschild*. Будући да је пресудом у овом спору дат први пут одговор у погледу могуће правне природе незаменљивих токена, ова пресуда има значајан утицај на развој судске праксе у упоредном праву. Међутим, немају сви незаменљиви токени исту правну природу, што додатно усложњава целу ситуацију. Управо је томе посвећен последњи део рада.

2. НЕЗАМЕНЉИВИ ТОКЕНИ

Нове технологије, као што су незаменљиви токени, доприносе развоју метаверзума.

Иако незаменљиви токени (енг. *non-fungible token – NFT*) постоје од 2014. године, њихова популарност почела је да расте у 2020. години, а данас им се вредност мери милијардама америчких долара. Нагло интересовање за незаменљиве токене отворило је низ правних питања, од којих се многа тичу права интелектуалне својине, пре свега права жига.⁸

Да би се боље разумео појам незаменљивог токена, требало би поћи од појма токена уопште. Технички појам токена подразумева низ дигиталних информационих јединица изражених у форми софтверског кода. Код садржи дигитални запис о одређеној вредности, забележен на блокчејну криптографским протоколом. Правно гледано, токени су дигитални запис имовине одређене вредности – то може бити право, материјална или нематеријална ствар.⁹ Битно је нагласити

⁷ G. Hodges, “How High Fashion Brands and NFTs are Changing the Future of the Art Market and Trademark Prosecution”, *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* 1/2023, <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol33/iss1/3>, 29. јун 2024.

⁸ M. M. Carvalho, N. Krishna, “Unveiling the Digital Frontier: Exploring Trademark Protection in the EU and US IP Laws through the lens of NFTs”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4711984, 29. јун 2024.

⁹ М. Јовановић, 117.

да токен није исто што и дигитални садржај (на пример, ознака, песма, фотографија), већ је токен дигитални запис који је везан за предметни садржај услед чега такав дигитални примерак постаје јединствен у дигиталном свету.¹⁰

Под токенизацијом (енг. *minting*) подразумева се поступак везивања одређене имовине за токен. Данас најпознатији токен је биткоин. Реч је о криптовалуту која је настала са циљем да се поједноставе финансијске трансакције и елиминишу посредници као што су банке и други субјекти чије услуге стварају додатне трошкове за учеснике трансакције. У контексту блокчејн технологије и њене основне предности која се огледа у гаранцији тачности информације која се преноси, несумњиво је да токени имају посебну улогу у било каквим вредносним разменама које се врше употребом блокчејна.¹¹

3. ПРЕДМЕТ *HERMÈS INTERNATIONAL V. MASON ROTSCCHILD*

Различити облици комуникације у метаверзуму отварају низ правних питања у вези са интелектуалном својином, пре свега са употребом жигом заштићених ознака. Спор који је изазвао највише пажње у погледу употребе ознаке за обележавање токенизоване робе у метаверзуму тиче се модне индустрије. Реч је о жигом заштићеној ознаци чувеног француског произвођача торби и модних аксесоара – Хермес (франц. *Hermès*). Овај бренд послује више од једног века и слови за једног од најпознатијих светских произвођача луксузне робе. Просечна цена женске торбе износи неколико хиљада евра, а листа чекања на исту траје неколико година. Компанија Хермес је, између осталог, носилац жига Биркин (*Birkin*), како се назива и један од најпознатијих модела кожне женске торбе.

Калифорнијски уметник Мејсон Ротчајлд (*Mason Rotschild*) употребио је ознаку МетаБиркин (*MetaBirkin*) за обележавање незаменљивих токена који за предмет имају виртуелне торбе, веома слично изгледа као Хермесове ташне. Ротчајлдово дело – незаменљив токен, инспирисано Хермесовом Биркин торбом, продато је у јуну 2021. године за 23.500 америчких долара. Након тога, уметник је лансирао нову колекцију у децембру 2021. године. Једна од торби из нове колекције продата је за чак 47.000 америчких долара на онлајн тржишту *OpenSpace*.¹² Компанија Хермес јавно се огласила истичући да неза-

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, 118.

¹² M. Yoder, “An ‘OpenSea’ of Infringement: The Intellectual Property Implications of NFTs”, *Cincinnati Intellectual Property & Computer Law Journal* 2/2022, <https://scholarship.law.uc.edu/ipclj/vol6/iss2/4>, 29. јун 2024.

менљиви токени повређују права жига компаније Хермес и да су пример кривотворених (фалсификованих) Хермесових производа у метаверзуму. У редовима који следе, кроз призму сваке од фаза судског спора, рад настоји да да одговор на питање да ли је реч о безобразном фалсификату или иновативној онлајн уметности.

3.1. Тужба компаније Хермес

Компанија Хермес одлучила се да поднесе тужбу надлежном суду у Њујорку¹³ против уметника Ротчајлда за производњу и продају незаменљивих токена које је назвао МетаБиркинс, од којих је сваки дигитална слика Хермесове Биркин ташне као да је од крзна. У тужби се тврди да продаја МетаБиркинс незаменљивих токена повређује и разводњава Хермесову жигом заштићену ознаку Биркин, лажно указује на порекло незаменљивих токена као да су дигитални производи које је одобрила компанија Хермес и нарушава пословни углед компаније Хермес. Компанија Хермес такође је тужила уметника због сајберсквотинга,¹⁴ јер је Ротчајлд користио име домена *metabirkins.com* за веб-сајт на коме је нудио незаменљиве токене.

Дакле, кључно правно питање које се искристалисало у овом предмету је да ли неовлашћена употреба, у контексту незаменљивих токена, туђе жигом заштићене ознаке за физичку робу представља повреду жига. Дајући одговор на ово питање, суд је донекле одредио и правну природу незаменљивих токена.

3.2. Захтев за одбацивање тужбе

Уметник Мејсон Ротчајлд затражио је одбацивање тужбе, позивајући се на слободу уметности на основу Првог амандмана Сједињених Америчких Држава. Тврдио је да је употреба термина МетаБиркинс заштићена на основу доктрине поштене употребе утврђене у чувеном предмету из америчке судске праксе *Rogers v. Grimaldi*.¹⁵¹⁶

¹³ Окружни суд, *Hermès International et al. v. Rothschild case* (Case No. 22-CV-384 (JSR)).

¹⁴ У ужем смислу, „сајберсквотинг“ подразумева регистровање назива интернет домена истоветног или битно сличног туђем заштићеном интелектуалном добру (по правилу жигом заштићеној ознаци или пословном имену) с циљем каснијег преноса регистрације на титулара права, уз новчану накнаду (Д. Поповић, *Регистрација назива интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 97).

¹⁵ Апелациони суд САД, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

¹⁶ J. Перанић Перишић, „Употреба туђе жигом заштићене ознаке у контексту уметничког изражавања – осврт на предмет *Rogers v. Grimaldi*“, *Право између стварања и*

У погледу меритума спора у предмету *Rogers v. Grimaldi*, позната уметница Џинцер Роџерс (*Ginger Rogers*) тужила је Алберта Грималдија (*Alberto Grimaldi*) и компанију МГМ (*MGM Production*) за продукцију и дистрибуцију филма чувеног италијанског режисера Федерика Фелинија (*Federico Fellini*) „Џинцер и Фред“ (*Ginger and Fred*) из 1986. године. Реч је о филму о Пипу (*Pippo*) и Амелији (*Amelia*), двома италијанских извођача кабареа чији живот опонаша познати пар Фреда Астера (*Fred Astaire*) и Џинцер Роџерс (*Ginger Rogers*). Наиме, они се у филму поново окупљају након тридесет година од пензионисања. Џинцер Роџерс је тврдила да је филм прекршио њена права заштићена Ланхамовим актом, и то: право на жиг, право на публицитет, као и да представља клевету.¹⁷

У овом спору из осамдесетих година 20. века, суд је стао на становиште да би закон требало тумачити тако да се примењује на уметничка дела само тамо где јавни интерес да се избегне забуна потрошача надмашује јавни интерес за слободним изражавањем. Да би успоставио баланс, тј. равнотежу, суд је установио широко коришћени Роџеров тест (енг. *Rogers test*) који почива на два фактора. На основу овог теста употреба жига у вези са уметничким делом не повређује право жига све док је (1) назив минимално уметнички релевантан за производ и (2) употреба експлицитно не доводи у заблуду у погледу садржаја, ауторства, спонзорства или одобрења.¹⁸

Дакле, из ове пресуде произилази да уметници могу слободно да се позивају по имену на жигом заштићену робу и услуге у насловима својих песама, филмова и у другим облицима креативног изражавања.¹⁹

Будући да је тзв. Роџеровим тестом постављен у суштини веома „низак“ стандард, односно праг, није изненађујуће што се оптужени често позивају на њега пред судом, бранећи се од оптужби титулара жигом заштићених ознака за неовлашћено коришћење туђих жигом заштићених ознака.²⁰

тумачења (ур. Д. Ђеранић *et al.*), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2023, 463–477.

¹⁷ Y. S. Tseng, “Protecting the First Amendment Rights of Video Games from Lanham Act and Right of Publicity Claims”, *Pepperdine Law Review* 2/2021, 434–466.

¹⁸ M. Mantel, “Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real”, <http://mttlr.org/2019/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/>, 29. јун 2024.

¹⁹ B. Wassom, A. Underhill, A. Rossow, “Trademark law and the right of publicity in augmented reality”, *Law of Virtual and Augmented Reality* (eds. W. Barfield, M. J. Blitz), Edvard Edgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, 205.

²⁰ J. Ђеранић Перишић, (2023), 470.

Управо се на овај тест позвао и уметник Ротчајлд, тврдећи да је називање његових производа МетаБиркинс минимално релевантно за његов пројекат испитивања округлости према животињама у модној индустрији, саме природе луксуза и психолошког профила купца луксузних производа, као и да тај термин експлицитно не доводи у заблуду, без обзира на то да ли су неки посматрачи можда стварно збуњени.²¹

Компанија Хермес се успротивила захтеву за одбацивање тужбе, наглашавајући комерцијални циљ који је уметник остварио захваљујући МетаБиркин ознаци. Компанија Хермес је такође нагласила да постоји доказ о стварној заблуди међу потрошачима у погледу порекла и ауторизације незаменљивог токена МетаБикрин.²²

3.3. Одлука Окружног суда

У мају 2022. године суд је донео одлуку којом се одбија предлог за одбацивање тужбе. Суд је применом Роџеровог теста дошао до закључка да без обзира на то да ли је ознака МетаБиркин квалификована као уметнички релевантна, компанија Хермес је доказала да ознака МетаБиркин експлицитно доводи у заблуду, што је довољно да се закључи да Ротчајлдово понашање није заштићено Роџеровим тестом. Сходно томе, суд је одбио захтев за одбацивање тужбе.²³

На одлуку суда јасно је утицала комерцијална природа Ротчајлдових активности. Оваква одлука наговестила је у ком правцу ће суд резонovati и у погледу пресуде.²⁴

3.4. Пресуда

У фебруару 2023. Окружни суд у Њујорку донео је пресуду у корист компаније Хермес. На основу пресуде.²⁵

1) Мејсон Ротчајлд повредио је Ланхамов акт. Продаја незаменљивих токена МетаБиркин представља повреду Хермесове жигом

²¹ G. Dunn, “New District Court Decision Provides Useful Guidance on Application of Trademark Law to Virtual Goods”, <https://www.gibsondunn.com/new-district-court-decision-provides-useful-guidance-on-application-of-trademark-law-to-virtual-goods/>, 29. јун. 2024.

²² J. Перанић Перишић, (2022а), 648.

²³ *Ibid.*, 649–650.

²⁴ *Ibid.*, 651.

²⁵ S. Baudino, P. Caraffa Morando, “The first resolutions on trademarks, copyright, and Non-Fungible Tokens (NFTs) in China, Italy, and the United States”, <https://www.ojambf.com/en/the-first-resolutions-on-trademarks-copyright-and-non-fungible-tokens-nfts-in-china-italy-and-the-united-states/>, 29. јун 2024.

заштићене ознаке Биркин. Употреба Хермесове жигом заштићене ознаке Биркин изазвала је њено разводњавање, без обзира на чињеницу да је употребљена у метаверзуму;

2) Ротчајлд је намеравао да доведе потрошаче у заблуду о пореклу незаменљивог токена МетаБиркин. Стога је повредио правила поште-не трговине;

3) Незаменљиви токени МетаБиркин нису била заштићени Првим амандманом Устава САД-а, иако је Ротчајлд својевремено тврдио да би његова дела требало да буду подведена под одредбу којом се штити слобода изражавања;

4) Почињено је кривично дело сајберсквотинга јер је регистрован назив домена који укључује жигом заштићену ознаку Биркин, *meta-birkins.com*.

Будући да Мејсон Ротчајлд и његов тим одбране нису успели да увере суд да су незаменљиви токени уметност, суд је компанији Хермес доделио накнаду штете у висини од 133 хиљаде америчких долара.²⁶

Аргументација и једне и друге стране веома је занимљива и заслужује да јој се посвети посебна пажња.

Након доношења пресуде, компанија Хермес је изјавила како је била приморана да делује како би заштитила потрошаче и интегритет свог брэнда, истакавши да је Хермес кућа стварања, занатства и аутентичности која подржава и слободу изражавања од свог оснивања.²⁷

С друге стране, један од адвоката Мејсона Ротчајлда назвао је то „великим даном за велике брэндове“ и „страшним даном за уметнике и Прави амандман“.²⁸

Пораз Мејсона Ротчајлда, према мишљењу дела стручне јавности, представља велики пораз за тржиште незаменљивих токена, које се често описује као део економије креатора. Међутим, порота је утврдила да су МетаБиркинс сличнији роби, која подлеже строгим законима о жиговима који не дозвољавају неовлашћену употребу туђе жигом заштићене ознаке, него уметничким делима код којих је таква употреба, под одређеним околностима, ипак дозвољена.²⁹

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Z. Small, “Hermès Wins MetaBirkins Lawsuit; Jurors Not Convinced NFTs Are Art”, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2023/02/08/arts/hermes-metabirkins-lawsuit-verdict.html>, 29. јун 2024.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

Биркин торбе, назване по глумици Џејн Биркин, израђују се ручно и за израду је специјализованом мајсторима потребно најмање 18 сати. Хермес не открива колико је торби направио од како су први пут креиране 1984. године, али неки истраживачи луксузне робе процењују да сада на тржишту постоји више од милион Биркин торби. Године 2021. аукцијска кућа Сотеби (*Sotheby*) продала је Биркин торбу за више од 226 хиљада долара.³⁰

Ротчајлд је имао планове да створи 1000 МетаБиркинса, које је описао као „иронично показивање“ познатом бренду, али само 100 је објављено од почетка пројекта. Цена сваког незаменљивог токена износила најмање 450 долара, а Ротчајлд је такође добио 7,5 одсто секундарне продаје. Хермес је у судским поднесцима тврдио да је МетаБиркинс достигао око 1,1 милион долара укупног обима продаје. Ротчајлд је проценио да је зарадио око 125 хиљада долара од незаменљивих токена.³¹

Током протекле деценије, колекција Биркин француске компаније Хермес константно је остваривала продају од преко 100 милиона долара годишње. Чак и на самом суђењу, председник и извршни директор париског Хермеса изјавио је да није упознат да је компанија Хермес изгубила било какве приходе због МетаБиркинса.

Током расправе у суду, адвокат који је заступао компанију Хермес, тврдио је да је МетаБиркинс збунила потрошаче који су мислили да је реч о дигиталном производу који је повезан са модним бредом, рекавши да је разлог за ове продаје било име Биркин.³²

Ротчајлдов правни тим довео је у питање да ли ће људи који су довољно богати да приуште Биркин торбу, која кошта хиљаде долара и често имају вишегодишње листе чекања, бити истински доведени у заблуду његовим уметничким пројектом. Такође је тврдио да су незаменљиви токени уметност која је заштићена Првим амандманом као слобода говора. Један од адвоката је истакао да су Биркин ташне „културни симбол ретког богатства и статуса“³³, зрели за уметнике да их истражују као метафоре конзумеризма.³⁴

Људи којима је близак свет луксуза би требало да разумеју незаменљиве токене, јер ако сте се бавили објашњавањем зашто би неко потрошио 18 хиљада долара на торбу, онда сте прилично погодни да

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

објасните зашто би неко платио три хиљаде долара за незаменљиве токене.³⁵

4. ПРАВНА ПРИРОДА НЕЗАМЕНЉИВИХ ТОКЕНА

Пресуда у предмету *Hermès International v. Mason Rothschild* изазвала је велику пажњу јавног мњења јер је њоме први пут дат одговор на питање да ли су незаменљиви токени роба или уметност заштићена Првим амандманом Устава Сједињених Америчких Држава. Утврђено је да су незаменљиви токени сличнији роби на коју се примењују закони о жиговима који санкционишу неовлашћену употребу туђе жигом заштићене ознаке, него уметничким делима код којих су одређени облици коришћења туђе жигом заштићене ознаке од стране трећих лица дозвољени.

Ова пресуда веома је значајна за развој судске праксе, не само у САД, већ и у упоредном праву, будући да први пут одређује природу незаменљивих токена. Пресудом је установљено да се Први амандман не примењује на дигиталне пројекте, попут МетаБиркина, а који су све присутнији у метаверзуму, чија је концепција таква да замагљује границу између уметности и пословања.³⁶

У предмету *Hermès International v. Mason Rothschild* суд је применио Роцеров тест релативно лако. Међутим, овај тест користан је само у оним случајевима када је сврха незаменљивих токена, макар само декларативно, да буду уметничка дела. За комерцијалне незаменљиве токене, или било коју другу сврху и могућу употребу незаменљивих токена, Роцеров тест није могуће применити.³⁷

Све у свему, суд јесте закључио да МетаБиркин нису уметничка дела. Међутим, постоји много незаменљивих токена чију природу суд неће моћи тако лако да одреди. Овакви спорови, а има их тренутно доста,³⁸ остају у сивој зони која додатно компликује повреду права у вези са незаменљивим токенима.³⁹

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ M. Norris, “Furry Non-Fungible Tokens: Hermès International and the Fuzzy Standards Governing Trademark and NFTs”, *California Western Law Review* 2/2023, Vol. 59, 310.

³⁸ Само неке од њих су: Окружни суд, *Nike, Inc. v. StockX LLC*, Civil Action 1:22-cv-00983-VEC, 3. 2. 2022; Окружни суд, *Yuga Labs, Inc. v. Rippes et al*, 2:2022cv04355, 24. 6. 2022.

³⁹ M. Norris, 311.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Промене у различитим областима нашег друштва дешавају се нагло, а уметничка и модна индустрија нису имуне на тај талас трансформација.⁴⁰

Једно од највећих достигнућа је употреба блокчејн технологије у свету уметности и моде, која омогућава аутентификацију дигитално креираних дела. Та нова дисциплина довела је до нове нематеријалне имовине познате као незаменљиви токени.

Како се оно што се дешава у стварном свету често дешава у виртуелном свету, није било потребно пуно времена да дође до повреде права интелектуалне својине и у метаверзуму, пре свега повреде жигом заштићених ознака и то у контексту незаменљивих токена.

Пресуда у предмету *Hermès International v. Mason Rothschild* пружа смернице власницима брендова о линији разграничења између дела уметничког изражавања и комерцијалне робе. То значи да се заштита гарантована Првим амандманом не односи на дигиталне пројекте којима се брише граница између уметности и бизниса.⁴¹

Међутим, ситуација са незаменљивим токенима је далеко сложенија јер постоје и они код којих комерцијална сврха није тако или уопште очигледна. А пејзаж дигиталног универзума се брзо шири, брже него што се законодавна власт може прилагодити.⁴² Стога се чини да је пред судовима нимало лак задатак.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Јовановић, Мина, „Право жига и незаменљиви токени (НФТ)“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022;
2. Марковић, Слободан, „Правноекономска природа назива интернет домена“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015;
3. Милић, Драган, „Могућности примене блокчејн технологије у ауторском праву“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018;

⁴⁰ S. Baudino, P. Caraffa Morando.

⁴¹ Z. Small.

⁴² M. Norris, 312.

4. Norris Michelle, “Furry Non-Fungible Tokens: Hermès International and the Fuzzy Standards Governing Trademark and NFTs”, *California Western Law Review* 2/2023;
5. Поповић, Душан, *Регистрација назива интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014;
6. Small, Zachary, “Hermès Wins MetaBirkins Lawsuit; Jurors Not Convinced NFTs Are Art”, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2023/02/08/arts/hermes-metabirkins-lawsuit-verdict.html>, 29. јун 2024;
7. Tseng, Yen-Shyang, “Protecting the First Amendment Rights of Video Games from Lanham Act and Right of Publicity Claims”, *Pepperdine Law Review* 2/2021;
8. Ђеранић Перишић, Јелена, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022;
9. Ђеранић Перишић, Јелена, „Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти“, *Право и привреда* 4/2022;
10. Ђеранић Перишић, Јелена, „Употреба туђе жигом заштићене ознаке у контексту уметничког изражавања – осврт на предмет *Rogers v. Grimaldi*“, *Право између стварања и тумачења* (ур. Д. Ђеранић *et al.*), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2023;
11. Hodges, Grace, “How High Fashion Brands and NFTs are Changing the Future of the Art Market and Trademark Prosecution”, *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* 1/2023;
12. Wassom, Brian, Underhill, Amber, Rossow, Andrew, “Trademark law and the right of publicity in augmented reality”, *Law of Virtual and Augmented Reality* (eds. W. Barfield, M. J. Blitz), Edvard Edgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2018;
13. Yoder, Madison, “An ‘OpenSea’ of Infringement: The Intellectual Property Implications of NFTs”, *Cincinnati Intellectual Property & Computer Law Journal* 2/2022, <https://scholarship.law.uc.edu/ipclj/vol6/iss2/4>, 29. јун 2024.

Правни извори

1. Апелациони суд САД, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989);
2. Окружни суд, *Hermès International et al. v. Rothschild case* (Case No. 22-CV-384 (JSR));
3. Окружни суд, *Nike, Inc. v. StockX LLC*, Civil Action 1:22-cv-00983-VEC, 3. 2. 2022;
4. Окружни суд, *Yuga Labs, Inc. v. Ripps et al*, 2:2022cv04355, 24. 6. 2022.

Интернет извори

1. Baudino Sol, Caraffa Morando Paula, “The first resolutions on trademarks, copyright, and Non-Fungible Tokens (NFTs) in China, Italy, and the United States”, <https://www.ojambf.com/en/the-first-resolutions-on-trademarks-copyright-and-non-fungible-tokens-nfts-in-china-italy-and-the-united-states/>, 29. јун 2024.
2. Carvalho Maria Miguel, Krishna Neha, “Unveiling the Digital Frontier: Exploring Trademark Protection in the EU and US IP Laws through the lens of NFTs”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4711984, 29. јун 2024.
3. Dunn Gibson, “New District Court Decision Provides Useful Guidance on Application of Trademark Law to Virtual Goods”, <https://www.gibsondunn.com/new-district-court-decision-provides-useful-guidance-on-application-of-trademark-law-to-virtual-goods/>, 29. јун. 2024.
4. Mantel Margaret, “Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real”, <http://mtlr.org/2019/11-/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/>, 29. јун 2024.

Full Professor, Principal Research Fellow Jelena Ćeranić Perišić, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE PROTECTION OF TRADEMARKS IN METVERSE – case Hermès International v. Mason Rothschild

Summary

Different forms of communication in the metaverse raised several legal issues related to intellectual property, primarily in the context of trademark use. The case that caused the most attention regarding the use of the trademark to tokenized goods in the metaverse concerned the trademark of the French manufacturer of the bags and fashion accessories – Hermès. The company Hermès owns the trademark Birkin for the leather women’s handbag, a symbol of luxury and prestige. Artist Mason Rothschild used the MetaBirkin trademark for non-fungible tokens (NFT) representing virtual bags, very similar to Hermès Birkin bags. Rothschild’s artwork was sold for tens of thousands of US dollars. Afterwards, he created a new collection of MetaBirkin NFTs. The company Hermès filed a lawsuit in New York court against artist Rothschild for producing NFT MetaBirkin, each of which was a digital image of Hermès Birkin bag as if it were made of fur. The key legal issue was whether NFTs that contained an unauthorized use of a protected trademark for physical goods can constitute a trademark infringement. In March 2023, a New York court ruled that a collection of digital images of fur-covered handbags attached to an NFT called MetaBirkin was likely to confuse consumers with a luxury fashion brand, Hermès Birkin bag. The jurors also found that Rothschild’s NFTs were not protected speech. For the first time, this ruling established the legal nature of NFTs, comparing them more to commodities, subject to strict trademark laws that prevent copycats, than to artworks that enjoy protection for appropriation.

Key words: *Metaverse; Trademark; Non-fungible tokens; Trademark infringement; MetaBirkin.*

Prof. dr. Anita Duraković

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Prof. dr. Jasmina Alihodžić

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

MEĐUNARODNI PRIVATNOPRAVNI ASPEKTI TALAQ-A U PRAVU EUROPSKE UNIJE I BOSNE I HERCEGOVINE

Talaq, institut islamskog prava, kao vrsta privatnog razvoda braka izaziva u europskim državama određene pravne probleme. Sa stanovišta međunarodnog privatnog (i procesnog) prava posebno je izražen problem njegovog priznanja u državama koje ne poznaju ovaj način razvoda braka. S obzirom na to da se među te države ubrajaju sve države članice Europske unije s izuzetkom jednog dijela Grčke, kao i Bosna i Hercegovina, s pravom se postavlja pitanje je li moguće i pod kojim uvjetima priznati talaq izrečen u stranoj državi. Također, upitna je mogućnost primjene kao mjerodavnog stranog prava koje predviđa ovu vrstu razvoda braka. Unutar Europske unije trenutno su na snazi dva instrumenta EU koja uređuju materiju razvoda braka: Uredba 2019/1111 i Uredba Rim III. Iako su se sudovi država članica Europske unije i ranije susretali s ovim problemom, što je iznjedrilo nekonzistentnu sudsku praksu, odgovor na pitanje priznanja talaq-a dao je Sud EU u predmetu Sahyouni. Nažalost, Sud EU propustio je priliku da doprinese jedinstvenom pristupu u Europskoj uniji. S obzirom na to da Bosna i Hercegovina pretendira na članstvo u Europskoj uniji, rješenja sadržana u spomenutim pravnim izvorima kao i sudska praksa Suda EU značajni su za formiranje vlastitih stavova koji su, nakon analize domaćih rješenja, predstavljeni na kraju rada.

Ključne riječi: Talaq; Uredba 2019/1111; Uredba Rim III; Odluke Suda EU; Bosna i Hercegovina; Javni poredak.

1. UVOD

Veliki priliv stanovnika iz islamskih u europske države, čemu svjedočimo naročito od pedesetih godina dvadesetog stoljeća,¹ doveo je do brojnih problema međunarodne privatnopravne prirode, koji su generirani bitnom razlikom ovih pravnih sistema. Šerijat je jedan od izvora pozitivnog prava u većinski muslimanskim državama. Podrazumijeva obiman i koherentan skup pravnih normi, preciznije pravnih načela, koji normiraju ponašanje čovjeka. Islamsko pravo za sebe tvrdi da je datost od Boga, a na čovjeku je isključivo da traži način kako da implementira od Boga zadane norme. Šerijat ima četiri osnovna izvora: Kur'an – sveta Knjiga, sunnet – tradicija posljednjeg Božjeg Poslanika (a.s.), idžma – konsenzus među islamskim pravnicima, kijas – analogija. Danas možemo govoriti o postojanju islamskog pravnog kruga, unutar kojega se razvilo u svijetu prepoznatljivo islamsko pravo.²

U sekularnom društvu, kojem pripadaju europske države, zakone donose ljudi, bilo neposredno putem referenduma, bilo posredno preko izabраниh predstavnika koji sjede u zakonodavnim organima. Shodno tome, i vrijednosti kojima teže zapadne države poput individualizma, liberalizma, ljudskih prava, jednakosti, slobode, pravne države, demokratije, slobodnog tržišta, odvajanja crkve od države, različito se percipiraju u odnosu na vrijednosti koje su prihvaćene u drugim kulturama. Uz to, proces nastanka Europske unije i njenog specifičnog korpusa pravnih normi podrazumijeva spoj zakonskog prava kontinentalne Europe i sudskog prava svojstvenog angloameričkom pravnom području, pri čemu u odsustvu pune normativne nadležnosti Europske unije, Sud Europske unije ima izuzetno veliki značaj, kako u smislu davanja autentičnog tumačenja prava Europske unije, tako i stvaranja pravnih pravila.³ Na taj način došlo je do nastanka mješovitog pravnog sistema državne regulative, svojstvenog Europskoj uniji.⁴

Imigracija velikog broja osoba iz većinski muslimanskih država u Europsku uniju, stavlja brojne izazove pred sudske, ali i zakonodavne organe kako Europske unije tako i njenih država članica. Europska unija će, u cilju asimilacije raznolikog stanovništva na ovom području nužno morati uzeti u obzir privatnopravne aspekte susreta različitih kultura na ovom prostoru i posmatrati ih u duhu pravnih standarda europskog prava.⁵

¹ A. Karić, *Muslimani u Evropskoj uniji*, Dobra knjiga, Sarajevo 2015, 11.

² D. Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Univerzitet u Novom Sadu, Novi Sad 2006, 21.

³ *Ibid.*, 31–32.

⁴ *Ibid.*, 32.

⁵ Neki autori poput *S. P. Huntingtona*, navode da „osnovni izvor konflikata u novom svijetu neće primarno biti političke ili ekonomske prirode već će se dominantno raditi o

Ostavimo li po strani priču o susretu civilizacija, kao nespornu činjenicu možemo istaći da u većinski muslimanskim državama, s jedne strane, i sekularnim zapadnim državama, s druge strane, postoje različite pravne kulture. U kontekstu međunarodnog privatnog prava ovo opažanje je artikulirano u Preambuli 2. Krakovske rezolucije o kulturnim razlikama i javnom poretku u međunarodnom porodičnom pravu, koju je 2005. donio Institut za međunarodno pravo, sljedećim riječima: „...*the opposition between various legal cultures is a consequence especially of the conflict between secular and religious doctrines.*“⁶

Podemo li od *Savigny*-ove teorije o „sjedištu“ pravnog odnosa,⁷ koja predstavlja bazno načelo međunarodnog privatnog prava i njegovih kolizijskih rješenja, jasno je da nije kolizijska norma odgovorna za divergentnu percepciju pravnih kultura, već, bolje rečeno, ona je ta koja je takav konflikt iznijela na svjetlo dana, upućujući na primjenu stranog prava koje potiče iz drugačije pravne kulture.⁸ Naime, kolizijske norme većine europskih država uzimaju kao primarnu tačku vezivanja u oblasti porodičnih odnosa državljanstvo, što posljedično znači da sud treba primijeniti nacionalno pravo useljenika iz većinski muslimanskih zemalja. Radi se o šerijatskom pravu, kao jednom od izvora pozitivnog prava u gore spomenutim državama. Međutim, valja naglasiti da neke privatnopravne institute šerijatskog prava u većinski muslimanskim državama treba posmatrati kroz prizmu tradicionalnih i kulturoloških faktora pojedinih država koji nesumnjivo utiču na njihovo poimanje, te koje u značajnoj mjeri kolidira s nacionalnim temeljnim/ustavnim pravima i međunarodno prihvaćenim ljudskim pravima u Europskoj uniji. Kako je i u islamskom pravu prihvaćeno državljanstvo kao tačka vezivanja u oblasti porodičnog prava, otpada mogućnost primjene domaćeg prava putem instituta *renvoi* – uzvratanje i upućivanje na domaće pravo, što u konačnici znači da se sudovi europskih zemalja nerijetko bave pitanjem odstupanja li konkretna norma šerijatskog prava od temeljnih vrijednosti domaćeg pravnog poretka, odnosno je li suprotna domaćem javnom poretku. Slična situacija je u slučaju priznanja strane odluke. Sa sigurnošću možemo reći da su temeljne vrijednosti europskih

sukobu kultura između različitih civilizacija“, S. P. Huntington, “The Clash of Civilizations?”, *Foreign Affairs* 1993, 22, u: K. Kreuzer, “Clash of civilizations und Internationales Privatrecht”, *RW Heft* 2/2010, 144. F. Saltaga, *Islam u iskrivljenom ogledalu: Evrocentrizam spram islama*, Sarajevo 2006, 4–6.

⁶ Institute of International Law, Krakow Session – 2005, Resolution of the Ninth Commission Cultural differences and ordre public in family private international law Rapporteur: M. P. Lagarde; https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_en.pdf, 5. 11. 2020.

⁷ Učenje je izloženo u njegovom kapitalnom djelu *System des heutigen romischen recht* iz 1849., koje je u osmom tomu u potpunosti posvećeno međunarodnom privatnom pravu.

⁸ K. Kreuzer, 146.

pravnih poredaka, uključujući pravo Europske unije i pravo Bosne i Hercegovine, jednakost i zabrana diskriminacije.⁹ Naravno da to svog odraza ima i u pravnim aktima koji uređuju oblast međunarodnog privatnog prava: uredbama Europske unije i bosanskohercegovačkim zakonima.

Nakon što objasnimo institut *talaq-a* islamskog prava, osvrnut ćemo se na pravne instrumente Europske unije: Uredbu Vijeća (EU) 2019/1111 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici djece¹⁰ (u daljem tekstu: Uredba 2019/1111), kojom je od 1. 8. 2022. zamijenjena Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000¹¹ (u daljem tekstu Uredba 2201/2003)¹² i Uredbu Vijeća (EU) br. 1259/2010 o provedbi pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka¹³ (u daljnjem tekstu Uredba Rim III), te posebno istaknuti odluke Suda EU u predmetu *Sahyouni*. U nastavku ćemo predstaviti norme sadržane u Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih država u određenim odnosima¹⁴ u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu ZMPP), te ukazati na moguća rješenja u domaćoj sudskoj praksi.

2. TALAQ – RAZVOD BRAKA

U islamskom bračnom pravu postoji razlika između razvoda braka *et-talaq* i poništenja *el-fesh*.¹⁵ Razvod braka u islamu je utemeljen Kur'anom,¹⁶ Sunnetom, konsenzusom i logikom.¹⁷ *Et-talaq* podrazumijeva

⁹ Pogledati za pravo Europske unije: Ugovor o Europskoj uniji, čl. 3 i 9; Ugovor o funkcioniranju Europske unije, čl. 8, 10, 18, 19; Povelja EU o temeljnim pravima, čl. 20–23. Pogledati za pravo Bosne i Hercegovine: Ustav Bosne i Hercegovine, Preambula 1 i čl. 2.

¹⁰ *Sl. list EU* L 178/1 od 2. 7. 2019.

¹¹ *Sl. list EU* L 338/1 od 23. 12. 2003.

¹² Ova Uredba je od 1. 8. 2022. zamijenjena Uredbom 2019/1111, koja je u pogledu bračnih stvari zadržala *status quo* stanje. Njen puni naziv je Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. 6. 2019. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici djece, *Sl. list EU* L 178/1 od 2. 7. 2019.

¹³ *Sl. list EU*, L 343 od 29. 10. 2010.

¹⁴ Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih država u određenim odnosima – ZMPP. Ovaj Zakon donijela je bivša SFRJ. U bosanskohercegovački pravni sistem preuzet je Uredbom sa zakonskom snagom, koja je potvrđena Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom. *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82-1645, *Sl. list R BiH* 2/92-5, 13/94-189.

¹⁵ S. Topoljak, *Islamsko bračno pravo*, El-Kelimeh, Novi Pazar 2015, 230.

¹⁶ B. Korkut, *Prijevod na bosanski jezik*, http://www.orbus.be/religion/islam/kuran_bos/, 6. 11. 2020.

jednostrano otpuštanje žene od strane muža. Dovoljno je da tri puta kaže: „*talaq* – otpuštam te“, a pri tome ne mora navesti razloge za razvod, niti je nužna suglasnost žene.¹⁸ *Talaq* se može provesti sa ili bez učešća nekog državnog ili drugog organa. Nakon toga slijedi tromjesečni period (*'idda*), za vrijeme kojeg žena ne može stupiti u novi brak. Period čekanja služi kao dokaz očinstva djeteta, koje eventualno žena nosi. U tom periodu muž može vratiti ženu. Nakon isteka tog perioda razvod braka uglavnom postaje neopoziv.¹⁹ Pored *talaq*-a, šerijatsko pravo poznaje i *el hul'u*, koja daje izvjesne mogućnosti i ženi. Radi se o sporazumu između bračnih partnera putem kojega se jedan bračni partner, najčešće žena, može, plaćajući određeni iznos novca, odnosno *mehr* kojeg je primila od muža, osloboditi braka. Dakle, riječ je o sporazumnom razvodu braka, koji je u islamskom bračnom pravu propisan radi uklanjanja štete koju bi eventualno pretrpjela žena, a na način da joj se omogućava da se oslobodi bračne veze nakon što postane jasno da je dalje konzumiranje braka izgubilo smisao.²⁰ *Talaq* i *hul'a* su usko vezani za *mehr*, odnosno vjenčani dar koji muž daje ženi prilikom zaključenja braka. Tako, u slučaju sporazumnog razvoda braka – *hul'e*, novčani iznos koji je žena obavezna platiti mužu, prema mišljenju većine islamskih pravnikā, ne smije biti veći od *mehr*-a koji je primila.²¹ Sličan *hul'*-i je institut jordanskog prava *almukhalaa*, koji omogućuje razvod braka uz naknadu.²² U većini islamskih zemalja izvršena je kodifikacija islamskog porodičnog prava,²³ sa određenim specifičnostima karakterističnim za pojedine države,²⁴ odnosno zakonskim rješenjima ili čak ustavnim normama izvršena je recepcija *talaq*-a.²⁵ Norme o razvodu braka

¹⁷ S. Topoljak, 230.

¹⁸ Neki autori smatraju da islamsko bračno pravo daje muškarcu, a ne ženi pravo na razvod iz razloga što bračni ugovor proizvodi mnoge materijalne obaveze muškarca prema ženi. Međutim, i žena ima pravo da traži razvod braka od nadležnih organa kada dođe do značajnijih nesporazuma među supružnicima i kada te nesuglasice nije moguće drugačije riješiti osim razvodom. S. Topoljak, 258.

¹⁹ Pojediniosti vezane za brakorazvodno pravo razlikuju se u zavisnosti od islamske pravne škole. V. Gärtner, *Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Hamburg 2008, 12. Više o *talaq*-u u: A. Furqan, “Understanding the Islamic law of divorce”, *Journal of the Indian Law Institute*, Family Law Special Issue 3–4/2003, 486–506; J. J. Nasir, *The Islamic Law of Personal Status*, Graham & Trotman, London – Boston 1990, 112–114.

²⁰ S. Topoljak, 305.

²¹ *Ibid*, 311.

²² *Ibid*.

²³ Npr. u Egiptu su u periodu od 1920. do 2000. doneseni brojni zakoni iz oblasti porodičnog prava, koji su objedinjeni Zakonom br. 10. o porodičnom pravu iz 2004. H. El Akrat, „Ägypten“ u: J. Rieck, *Ausländisches Familienrecht*, 2019, 1.

²⁴ M. P. Weller, I. Hauber, A. Schulz, “Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – *talaq* und *get* im Licht des Art. 10. Rom – III VO.”, *IPRax* 3/2016, 123.

²⁵ K. Kreuzer, 157.

možemo naći u građanskim zakonima, zakonima o porodičnom pravu i zakonima o ličnom statusu.

U svojoj prvobitnoj formi *talaq* se prakticira u vrlo malom broju zemalja, npr. u Afganistanu.²⁶ U većini drugih zemalja došlo je do promjena uvjetovanih nastojanjima da se poboljša položaj žene. Tako je npr. u Egiptu ženi dana mogućnost da podnese sudu zahtjev za razvod braka, koji će biti odobren samo ukoliko su ispunjenje određene pretpostavke (*tatliq*),²⁷ ili da jednostrano raskine brak, s tim da mora vratiti *mehr* i gubi pravo na imovinu (*kolee*).²⁸ I u Pakistanu je *talaq* ograničen time što je ženi dana mogućnost da pod određenim uvjetima zahtijeva razvod braka, a predviđen je i sporazumni razvod braka.²⁹ Također, „ublažavanje“ *talaq*-a, ogleda se i u tome da u postupku razvoda braka sudjeluje neka vrsta državnog organa. U pojedinim državama predviđena je potreba registracije razvoda od strane organa koji vode matične knjige (Gambija³⁰), a u nekim se zahtijeva i sudjelovanje suda (Ujedinjeni Arapski Emirati,³¹ Jordan,³² Pakistan,³³ Iran³⁴ i Somalija³⁵). Također, u nekim državama predviđeno je utvrđivanje otpuš-

²⁶ U Afganistanu otpuštanje žene može se provesti bez navođenja razloga, bez prisustva svjedoka, bez potrebe registracije razvoda ili djelovanja nekog organa, čl. 135. Građanskog zakona. V. Gärtner, 14.

²⁷ Zakonom br. 25 iz 1929. koji je izmijenjen Zakonom br. 100 iz 1985. (čl. 4 i 9–12) predviđeni su slučajevi u kojim žena ima mogućnost podnijeti zahtjev za razvod braka: jednogodišnje odsustvo muža, odbijanje muža da plaća izdržavanje ženi, brak sa drugom ženom, koji za prvu ženu znači nematerijalnu i materijalnu štetu tako da je brak nemoguć, nematerijalnu i materijalnu štetu koja brak čini nemoguć i impotencija muža.

²⁸ Zakon br. 1 iz 2000, čl. 20.

²⁹ U Pakistanu je razvod braka za muslimane uređen prema Muslim Family Laws Ordinance iz 1961. u verziji Family Courts Act iz 2002. kao i Punjab Muslim Family Ordinance iz 1961. – čl. 6, 7 i 8 MFLO. Žena ima mogućnost, pored *khul'*-a, zahtijevati razvod braka pod određenim uvjetima (čl. 2 Dissolution of Muslim Marriages Act iz 1939): nepoznato prebivalište muža u trajanju od 4 godine, neplaćanje izdržavanja u trajanju od 2 godine, zatvorska kazna u trajanju od 7 godina, brak muža s drugom ženom protivan zakonu, neispunjavanje bračnih obaveza u trajanju od 3 godine, impotencija muža koja je postojala u trenutku sklapanja braka, duševna bolest muža u trajanju od 2 godine, lepra ili spolna bolest, ukoliko žena mlađa od 16 godina odbije brak koji je dogovorio njen otac, u slučaju zlostavljanja žene. J. Rieck, „Pakistan“ u: J. Rieck, 41–43.

³⁰ Dio. 5. Muhammeden Marriage and Divorce Act od 30. 8. 1941. revidiranog 1955.

³¹ Zakon o ličnom statusu br. 28 iz 2005, čl. 106 i 107. Gallala-Arnd, I., „Vereinigste Arabische Emirate“ u: J. Rieck, 9–11.

³² Zakon o ličnom statusu iz 1975, čl. 101, V. Gärtner, 15.

³³ MFLO, čl. 7.

³⁴ U Iranu je razvod braka uređen Građanskim zakonom i Zakonom o braku. Brakorazvodno pravo je uređeno kao pravo muža (čl. 1133, čl. 1143–1149 Građanskog zakona i čl. 1 Zakona o braku), s tim da žena također može podnijeti zahtjev za razvod braka pod određenim uvjetima (čl. 1029–1130 Građanskog zakona i čl. 4 Zakona o braku). E. Unger, „Iran“ u: J. Rieck, 11–14.

³⁵ Zakon o ličnom statusu iz 1976, čl. 36, tač. 1. V. Gärtner, 15.

tanja žene na osnovu odluke suda nakon zakonom propisanog postupka mirenja (Alžir,³⁶ Libija,³⁷ Indonezija³⁸). U Maroku je izvršena reforma porodičnog prava 2004. godine pa se dopušta razvod braka otpuštanjem žene – *talaq*, ali je predviđen i sudski postupak – *tatliq*.³⁹ Najznačajnije promjene odigrale su se u Tunisu, a imale su za cilj omogućiti ženama više ravnopravnosti u odnosu na muža te time im pružiti povoljniji status u društvu: *talaq* je ukinut već 1956. godine i od tada je razvod braka moguć na osnovu sporazuma ili po tužbi samo pred svjetovnim sudom.⁴⁰ Do sada smo navodili primjere bliskoistočnih i afričkih zemalja, ali i unutar Evropske unije može doći do primjene šerijatskog prava, i to u jednom dijelu Grčke. Grčka je jedina država članica Evropske unije u kojoj, u jednom njenom dijelu, važi interpersonalno pravo. Za grčke muslimane, koji žive u Trakiji (sjeveroistočni dio Grčke) predviđena je, prema Atenskom ugovoru iz 1913. godine, primjena šerijatskog prava na lične, porodične i nasljedne odnose.⁴¹ Za reguliranje porodičnih odnosa nadležan je muftija, s tim da, u određenim slučajevima, odluke muftije moraju postati akt suverene, državne vlasti, odnosno biti potvrđene od strane nadležnih državnih tijela.⁴² Odluka o razvodu braka upravo spada među takve odluke.

3. TALAQ U PRAVU EUROPSKE UNIJE

U Europskoj uniji trenutno su na snazi dva pravna instrumenta koja se bave materijom razvoda braka. S međunarodnog procesnopravnog aspekta materiju razvoda braka uređuje Uredba 2019/1111 (ranije Uredba 2201/2003), a kolizionopravnu problematiku obrađuje Uredba Rim III. Dakle, njihov *ratione materiae* se razlikuje.⁴³ Međutim, ono što im je bilo

³⁶ Zakon br. 84 – 11 od 9. 6. 1984. u vezi s Porodičnim zakonom od 27. 2. 2005, čl. 49, st. 1. V. Gärtner, 16.

³⁷ Zakon br. 10 o ličnom statusu od 19. 4. 1984, čl. 36. Registrirani sporazumni razvod uređen je čl. 28 i 35. *Ibid.*

³⁸ Porodični zakon, čl. 39, st. 1.

³⁹ Razvod braka uređen je Porodičnim zakonom, čl. 78–124. H. El. Arkat, „Marokko“ u: J. Rieck, 17–19.

⁴⁰ *Talaq* je ukinut Uredbom od 13. 8. 1956, koja je stupila na snagu 1. 1. 1957. razvod braka uređen je čl. 31, st. 3, tač. 3 Zakona o ličnom statusu. V. Gärtner, 18.

⁴¹ D. Stamatiadis, S. Tsantinis, “Eherecht in Griechenland”, *Eherecht in Europa* (Hrsg. G. Ring, R. Süß, R.), Zerb Verlag, 2006, 572.

⁴² L. Papadopoulou, “Trapped in History: Greek Muslim Women under the sacred Islamic Law”, *Annuaire International des droits de l'homme*, Vol. V/2010, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant 2010, 399.

⁴³ Više o području primjene Uredbe u bračnim predmetima vid. A. Duraković, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Europskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar 2016, 80–84 i 109–113; J. Alihodžić, *Razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, Tuzla 2012, 123–127 i 213–214.

zajedničko jeste da njima nisu bile obuhvaćene privatne odluke o razvodu braka, kakav je po svojoj prirodi institut *talaq*.

Uredba 2019/1111 se oslanja na brojne ranije izrečene stavove vezane za Uredbu 2201/2003, pa tako i one vezane za privatne odluke o razvodu braka. Naime, privatne odluke koje u državi članici donošenja odluke nemaju od državne vlasti priznat konstitutivni učinak nisu mogle biti priznate prema odredbama Uredbe 2201/2003.⁴⁴ Njihova materijalna valjanost ocjenjivala se prema pravu koje je za njih mjerodavno.⁴⁵ Dakle, kada je u pitanju *talaq*, kao vrsta privatnog razvoda braka, koji podrazumijeva deklaratorno ili samo čisto verifikacijsko učešće nekog vjerskog/administrativnog organa, govorimo o kolizionopravnom, a ne procesnopravnom priznanju.

Uredba Rim III polazi u pravilu od sudskog razvoda braka,⁴⁶ ali ne isključuje mogućnost razvoda braka od nekog organa nadležnog u državi članici sudionici za razvod braka (čl. 3, st. 2). Sporno je jesu li privatni razvodi braka, dakle razvodi bez ili samo s deklaratornim sudjelovanjem organa obuhvaćeni Uredbom Rim III.⁴⁷ Pitanje je od praktičnog značaja jer priznanje stranog privatnog razvoda braka, kao što smo već istakli, ne podliježe samo procesnim normama za priznanje odluka već i kolizionim normama, dakle normama Uredbe Rim III.⁴⁸ Protiv primjene Uredbe Rim III na privatne razvode braka govori činjenica da njezino materijalno područje primjene, kao i normativni dio, prema Preambuli 10, treba biti usklađeno s Uredbom 2201/2003 koja isključuje privatne razvode braka. Također, već pomenuti čl. 3, st. 2 govori samo o konstitutivnom sudjelovanju sudova, tijela ili drugih organa u procesu razvoda braka.⁴⁹ Pojedini pravni teoretičari smatraju spornim podvođenje privatnih razvoda braka u područje primjene Uredbe Rim III navodeći da nacionalnom zakonodavcu treba prepustiti odluku o tome hoće li na privatne razvode braka primijeniti odredbe Uredbe Rim III ili odredbe domaćeg prava.⁵⁰ Međutim, upravo se nedostatak odgovarajuće norme nacionalnog prava na privatni razvod braka, a uzimajući u obzir univerzalnu primjenu Uredbe Rim III (čl. 4), navodi kao činjenica koja ide u prilog primjene Uredbe Rim III i na privatne razvode

⁴⁴ R. Hausmann, *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2. Auflage, München 2018, 6–7.

⁴⁵ D. Henrich, *Internationales Scheidungsrecht*, Bielefeld 2005, 15.

⁴⁶ Vid. čl. 5, st. 1, tač. d. i čl. 8, st. 2.

⁴⁷ Više o privatnim razvodima braka vid. A. Duraković, „Strane vansudske odluke i mogućnost njihovog priznanja u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar 2012.

⁴⁸ BGHZ 176, 365, m. Anm. Henrich, D., *IPRax* 2009, 347.

⁴⁹ V. Gärtner, 306.

⁵⁰ U. P. Gruber, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III Verordnung”, *IPRax* 5/2012, 383.

braka.⁵¹ Nadalje se u prilog ovakvom stajalištu navodi i činjenica da institut privatnog razvoda braka nije izričito naveden kao pitanje na koje se ova Uredba ne primjenjuje (čl. 1, st. 2). Također, sama činjenica da se Uredbom Rim III želio stvoriti jasan i sveobuhvatan pravni okvir u području primjene prava mjerodavnog za razvod i zakonsku rastavu – preambula 9, ide u prilog tome da su i privatni razvodi braka obuhvaćeni njezinim odredbama.⁵² Sasvim je drugo pitanje, međutim, je li privatni razvod braka suprotan domaćem javnom poretom, odnosno je li pravo mjerodavno prema odredbama Uredbe Rim III u skladu s domaćim javnim poretom.

U kontekstu *talaq*-a, kao vrste privatnog razvoda braka, važne su dvije odredbe Uredbe Rim III. Jedna je klasična odredba o javnom poretom sadržana u čl. 12 koja propisuje da se pravo mjerodavno prema odredbama ove Uredbe neće primijeniti ako je u očiglednoj suprotnosti s domaćim javnim poretom.⁵³ Druga je unesena s namjerom da se spriječi neravno pravao tretman bračnih partnera. Možemo reći da se radi o posebno oblikovanoj *ordre public* klauzuli usmjerenoj protiv onih pravnih sistema koji ženu u postupku razvoda braka stavljaju u neravno pravao položaj. Radi se o odredbi čl. 10⁵⁴ koja propisuje da će se kao mjerodavno primijeniti pravo države suda, ako pravo mjerodavno prema odredbama ove Uredbe bračnom partneru, s obzirom na njegovu ili njezinu spolnu pripadnost ne omogućava

⁵¹ R. Hausmann, 75–76.

⁵² W. Von Mohrenfels, “Die Rom III-VO, Teilvereinheitlichung des europäischen internationalen Scheidungsrecht”, *ZEuP* 4/2013, 704; C. Rudolf, “Europäisches Kollisionsrecht für Ehescheidungen – Rom III-VO”, *EF-Z* 3/2012, 102.

⁵³ Više o tome vid. A. Duraković, J. Alihodžić, Z. Meškić, “Europeanization of Public Policy in International Family Law – Overriding National Values or Gradual Harmonization”, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 3/2020, 4–6.

⁵⁴ Čl. 10 Uredbe Rim III glasi: „Kada se pravom primjenljivim u skladu s čl. 5 ili čl. 8 ne predviđa razvod braka ili ako se njime jednom od bračnih partnera ne odobrava jednaki pristup razvodu ili zakonskoj rastavi na temelju spola, primjenjuje se pravo suda pred kojim je pokrenut postupak.” U kontekstu prvog dijela rečenice iz čl. 10, važno je skrenuti pažnju na Odluku Suda EU u predmetu C-249/19 (ECLI:EU:C:2020:570). Okružni sud u Bukureštu, Rumunjska, odlučio je prekinuti postupak i Sudu EU uputiti sljedeće prethodno pitanje: „Trebalo li izraz, ‘pravom primjenljivim u skladu s čl. 5 ili čl. 8 ne predviđa [se] razvod braka’ iz čl. 10 Uredbe br. 1259/2010 tumačiti u uskom, doslovnom smislu, tako da se odnosi samo na situaciju kada se stranim primjenljivim pravom ne predviđa razvod braka ni u jednom obliku, ili u širem smislu, na način da obuhvaća i situaciju kada se stranim primjenljivim pravom dopušta razvod, ali pod vrlo restriktivnim uvjetima koji podrazumijevaju obvezni postupak zakonske rastave koji prethodi razvodu braka, a za koji pravo suda pred kojim se vodi postupak ne sadržava jednakovrijedne postupovne odredbe?” Sud EU odlučio je da čl. 10 Uredbe Rim III treba tumačiti na način da se izraz „kada se pravom primjenljivim u skladu s čl. 5 ili čl. 8 ne predviđa razvod braka“ odnosi samo na situacije u kojima se stranim primjenljivim pravom ne predviđa razvod braka ni u jednom obliku.

pristup razvodu ili rastavi.⁵⁵ Neki je nazivaju i „stranim tijelom“ u kolizionopravnom sistemu.⁵⁶ Ova odredba djeluje potentnije u odnosu na klasičnu odredbu o javnom poretku iz čl. 12 Uredbe Rim III. Dok se kod primjene instituta javnog poretka zahtijeva postojanje veze pravne situacije s *lege fori*, te potreba uvažavanja samo efekata primjene strane norme, dotle čl. 10 ne zavisi od „jačine“ veze s domaćim pravom te vrši kontrolu otvorenosti brakorazvodnog statuta za oba bračna partnera.⁵⁷ Ova specijalna klauzula javnog poretka iz čl. 10 Uredbe Rim III objedinjuje dva cilja: osigurava slobodu sklapanja braka dajući mogućnost razvoda istog i promiče načelo ravnopravnosti spolova nauštrb stranog, često religioznog pravnog sistema.⁵⁸ Neizrečena adresa ove norme su islamska porodična prava koja, kao što smo vidjeli, u pogledu dostupnosti razvoda braka neravnopravno tretiraju muža i ženu. Kritičari ove norme navode da se radi o „politički motiviranoj anti-islamskoj klauzuli zaodjenutoj u elegantno ruho zabrane diskriminacije.“⁵⁹ Dakle, odredba čl. 10 Uredbe Rim III nije samo kolizionopravne, nego i materijalnopravne prirode i osigurava u području primjene Uredbe ravnopravan tretman bračnih partnera. Postavljena odredba nameće pitanje promatra li se neravnopravan tretman bračnih partnera apstraktno, općenito ili u ovisnosti od okolnosti konkretnog slučaja.⁶⁰ U prilog ovoga drugog govori Preambula 24 koja spominje „konkretne situacije“, a ne određene strane pravne sisteme.⁶¹ Suprotno postupanje dovelo bi do toga

⁵⁵ Ova odredba preuzeta je na prijedlog španjolskog izaslanstva iz španjolskog *Código Civil*, čl. 107, st. 2, tač. c, s namjerom da se privuku i nordijske države koje se žele zaštititi od primjene islamskog prava koje diskriminira žene. P. W. Von Mohrenfels, 713; M. P. Weller, I. Hauber, A. Schulz, A, 127.

⁵⁶ W. Von Mohrenfels, 713; R. Hepting, A. Dutta, *Familie ind Personenstand*, Frankfurt am Main 2019, 306–307.

⁵⁷ T. Helms, “Reform des Internationalen Scheidungsrecht durh Rom III – Verordnung”, *FamRZ* 21/2011, 1772.

⁵⁸ M. P. Weller, I. Hauber, A. Schulz, A, 128.

⁵⁹ U. P. Gruber, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III Verordnung”, *IPRax* 5, 2012, 391; W. Hau, “Zur Durchführung der Rom III – Verordnung in Deutschland”, *FamRZ* 4/2013, 254.

⁶⁰ Ova odredba se treba razumjeti kao specijalna klauzula odstupanja primjenjiva za konkretne slučajeve, predviđena pored *ordre public* klauzule u čl. 12 Uredbe Rim III. C. Kohler, W. Pintens, “Entwicklung im europäischen Personen- und Familienrecht 2010. – 2011.”, *FamRZ* 18/2011, 1434.

⁶¹ J. Basedow, “Das internationale Scheidungsrecht in der EU, Anmerkungen zur Rom III –Verordnung” u: T. Borić, B. Lurger, P. Schwarzenegger, U. Terlitz, “Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II”, *FS für Willibald Posch*, Wien, 2011, 31. Apstraktno promatrano neravnopravni tretman muža i žene prema *lex causae* može voditi primjeni domaćeg prava kao zamjenskog samo ako je, u konkretnom slučaju, ženi otežan razvod braka za razliku od muža. Primjena prava nadležnog suda umjesto izabranog prava omogućila bi tim ženama razvod braka, ali i proizvela određene negativne konsekvence jer ovakav europski razvod braka često ne bi bio priznat u njihovim državama. Ako žena u Evropi ponovno stupi u brak, u svojoj državi smatrat će se bigamistkinjom te će

da se ne primjeni kao mjerodavno npr. islamsko pravo zbog toga što preferira muža u odnosu na ženu iako je žena podnijela zahtjev za razvod braka, odnosno žena je suglasna s razvodom braka, odnosno *talaq*-om.⁶²

Širu pažnju na ovu problematiku skrenuo je predmet o kojem je odlučivao Sud EU u postupku prethodnog odlučivanja na upit Saveznog pokrajinskog suda u *Münchenu*, a vezano uz priznanje sirijske privatne odluke o razvodu braka. Radi se o dvije odluke, koje je u ovom predmetu donio Sud EU: Odluka Suda EU u predmetu C-281/15 od 12. 5. 2016⁶³ i Odluka Suda EU u predmetu C-372/16 od 20. 12. 2017.⁶⁴ Nakon donošenja ovih odluka Sud EU istakao je u svom pripćenju za medije br. 137/17 da je veći broj država članica nakon donošenja Uredbe Rim III u svoje pravne poretke uvelo mogućnost izricanja razvoda bez sudjelovanja državnog organa, te da bi uključivanje privatnih razvoda u područje primjene te uredbe zahtijevalo prilagodbe koje su u nadležnosti jedino zakonodavca Unije.⁶⁵

Tri godine nakon toga uslijedio je Zahtjev za prethodno odlučivanje Saveznog vrhovnog suda Njemačke, vezano za tumačenje čl. 2, tač. 4 i čl. 21 Uredbe 2201/2003, a vezano za priznanje stranog privatnog razvoda braka i odluke Suda Europske unije u predmetu C-646/20. Tom odlukom Sud EU je potvrdio „da je akt o razvodu koji je sastavio matičar u državi članici porijekla, koji sadržava sporazum o razvodu koji su sklopili bračni partneri i koji su oni potvrdili pred tim matičarom u skladu s uvjetima predviđenima propisima te države članice, sudska odluka.“⁶⁶ Ovom odlukom

biti kazneno gonjena, što praktično znači da tamo više neće moći ići. Obvezna primjena *lex fori* nije u stanju izbjeći ovakve kontraproduktivne učinke.

⁶² P. Gruber, *IPRax* 5/2012, 391; P. Finger, *FuR* 6/2013, 310; P. W. Von Mohrenfels, *ZEuP* 4/2013, 714.

⁶³ Odluka Suda EU u predmetu C-281/15 od 12. 5. 2016., ECLI:EU:C:2016:343.

⁶⁴ Odluka Suda EU u predmetu C-372/16 od 20. 12. 2017., ECLI:EU:C:2017:998.

⁶⁵ Sud Europske unije, Priopćenje za medije br. 137/17, Luxembourg 20. 12. 2017. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170137hr.pdf>, 14. 3. 2023.

⁶⁶ Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: Osoba TB, koja ima dvojno državljanstvo, njemačko i talijansko, sklopila je brak 20. 9. 2013. s osobom RD, koja ima talijansko državljanstvo, pred Matičnim uredom Berlin-Mitte, Njemačka. Taj je brak upisan u matične knjige vjenčanih. U martu 2017. godine bračni partneri su se prvi put pojavili pred matičarom u Parmi (Italija) radi pokretanja vansudskog razvoda na temelju čl. 12 Zakonskog dekreta br. 132/2014. Nakon što su u tri navrata pred istim matičarom potvrdili svoje izjave, matičar je 2. 7. 2018. osobi TB izdao potvrdu iz čl. 39 Urebe 2201/2003, kojim potvrđuje njegov razvod braka s RD s učinkom od 15. 2. 2018. Nakon što je osoba TB zatražila od matičnog ureda Berlin-Mitte da upiše razvod braka u matične knjige, taj ured se zbog određenih dilema vezanih za potrebu prethodnog priznanja stranog razvoda braka, obratio Općinskom sudu koji je nadležan za to pitanje. Rješenjem od 1. 7. 2019. sud je odlučio da je upis vansudskog razvoda moguć tek nakon što ga prizna nadležno pravosudno tijelo savezne države. Međutim, zahtjev za priznavanje koji je osoba TB podnijela berlinskom ministarstvu pravosuđa to je tijelo odbilo uz obrazloženje da nije riječ o odluci koja

Sud EU adekvatno je odgovorio na trend privatizacije razvoda braka u Europskoj uniji, omogućujući prohodnost odluka i potvrđujući pravo na slobodno kretanje ljudi.

4. ODLUKE SUDA EU U PREDMETU SAHYOUNI

Sud EU je u dva navrata odlučivao u postupku prethodnog odlučivanja na upit Saveznog pokrajinskog suda u Münchenu, a u vezi sa priznanjem odluke o razvodu braka koju je donijelo vjersko tijelo treće države. Prvi zahtjev odnosio se na tumačenje Uredbe Rim III, a drugi na tumačenje čl. 1 i 10 Uredbe Rim III. Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: R. Mamisch i S. Sahyouni vjenčali su se 27. 5. 1999. u Homsu (Sirija). R. Mamisch je od rođenja sirijski državljanin, a 1977. naturalizacijom je stekao i njemačko državljanstvo. S. Sahyouni je od rođenja sirijska držav-

zahtijeva priznavanje. Osoba TB podnijela je žalbu protiv rješenja od 1. 7. 2019. Visokom zemaljskom sudu u Berlinu, koji je matičnom uredu Berlin-Mitte zabranio da upis ovoga razvoda uvjetuje prethodnim priznanjem berlinskog ministarstva pravosuđa. Tijelo za nadzor matičnih ureda podnijelo je Saveznom vrhovnom sudu Njemačke žalbu protiv te odluke kako bi se ponovno uspostavilo rješenje od 1. 7. 2019. Zbog brojnih dilema vezanih za pojam „sudska odluka“ iz Uredbe 2201/2003, Savezni vrhovni sud Njemačke odlučio je prekinuti postupak i Sudu EU uputiti sljedeća prethodna pitanja: 1. Je li u slučaju prestanka braka na temelju čl. 12 Zakonskog dekreta br. 132/2014 riječ o sudskoj odluci o razvodu braka u smislu Uredbe 2201/2003?; 2. U slučaju niječnog odgovora na prvo pitanje: treba li prestanak braka na temelju ovoga člana tretirati u skladu s odredbom o autentičnim ispravama i sporazumima iz čl. 46 Uredbe 2201/2003? U odgovoru na prvo pitanje Sud EU je odlučio da se čl. 2, tač. 4 Uredbe 2201/2003 treba tumačiti, osobito u svrhu primjene čl. 21, st. 1 te uredbe, na način da je akt o razvodu koji je sastavio matičar u državi članici porijekla, koji sadržava sporazum o razvodu koji su sklopili bračni partneri i koji su oni potvrdili pred tim matičarom u skladu s uvjetima predviđenima propisima te države članice, „sudska odluka“ u smislu tog čl. 2, tač. 4. Svoju odluku Sud EU obrazložio je potrebom za autonomnim i ujednačenim tumačenjem pojmova u pravu Europske unije te poštovanjem načela povjerenja i uzajamnog priznanja odluka. Nadalje, Sud EU se pozvao na definicije sadržane u Uredbi 2201/2003 i mišljenje nezavisnog advokata Collinsa koji je istakao da uredba može obuhvatiti odluke o razvodu donesene nakon sudskog i vansudskog postupka, pod uvjetom da pravo država članica i vansudskim tijelima povjerava nadležnosti u području razvoda (tač. 34–36). Prema tome, ako nadležno vansudsko tijelo nakon ispitivanja merituma odobri sporazum o razvodu, on se priznaje kao „sudska odluka“ u skladu s čl. 21 Uredbe 2201/2003 i čl. 30 Uredbe 2019/1111, dok se ostali sporazumi o razvodu koji imaju obvezujući učinak u državi članici porijekla priznaju, ovisno o slučaju, kao autentične isprave ili sporazumi, u skladu s čl. 46 Uredbe 2201/2003 i člankom 65 Uredbe 2019/1111. To posebno, ako se ima u vidu da je u Italiji matičar tijelo koje je na temelju prava te države članice zakonito uspostavljeno i nadležno za rješavanje razvoda na način koji je pravno obvezujući, a iz čl. 12 Zakonskog dekreta br. 132/2014 proizlazi da matičar nije ovlašten proglasiti razvod ako nije ispunjen jedan ili više uvjeta predviđenih tom odredbom. Odluka Suda EU u predmetu C-646/20 od 15. 11. 2022, ECLI:EU:C:2022:357, Mišljenje nezavisnog advokata Collinsa od 5. 5. 2022. u vezi predmeta C-646/20.

ljanka, a nakon sklapanja braka stekla je i njemačko državljanstvo. Braćni partneri živjeli su u Njemačkoj do 2003., kada su se preselili u Homs. Tokom ljeta 2011. su se zbog građanskog rata u Siriji na kratko vratili u Njemačku, a zatim su od februara 2012. naizmjenično živjeli u Kuvajtu i Libanonu. Tokom tog razdoblja također su u više navrata boravili u Siriji. Trenutno obje stranke ponovno žive u Njemačkoj, ali na različitim adresama. R. Mamisch je 19. 5. 2013. izrazio svoju namjeru da razvede brak tako što je njegov zastupnik izrekao formulu za razvod pred vjerskim šerijatskim sudom u Latakiji (Sirija). Taj je sud 20. 5. 2013. utvrdio njihov razvod. R. Mamisch je 30. 10. 2013. zatražio priznanje odluke o razvodu donesene u Siriji. Odlukom od 5. 11. 2013. predsjednik Višeg pokrajinskog suda u Münchenu prihvatio je taj zahtjev, utvrdivši da su ispunjeni zakonski uvjeti za priznanje odluke o razvodu. S. Sahyouni je 18. 2. 2014. zatražila poništenje spomenute odluke i utvrđenje da uvjeti za priznanje predmetne odluke o razvodu nisu ispunjeni. Odlukom od 8. 4. 2014. predsjednik Suda odbio je zahtjev S. Sahyouni. U spomenutoj odluci istaknuto je da je priznavanje odluke o razvodu uređeno Uredbom Rim III, koja se također primjenjuje na privatne razvode braka. U nedostatku valjanog odabira mjerodavnog prava i zajedničkog uobičajenog boravišta braćnih partnera tokom godine koja je prethodila razvodu, mjerodavno pravo određuje se u skladu s odredbama čl. 8, tač. c navedene Uredbe. Kada oba braćna partnera imaju dvojno državljanstvo, odlučujući faktor je njihovo efektivno državljanstvo u smislu nacionalnog prava. U vrijeme predmetnog razvoda to je bilo sirijsko državljanstvo. Također je navedeno da javni poredak u smislu čl. 12 Uredbe Rim III nije predstavljao prepreku priznavanju predmetne odluke o razvodu. U tim okolnostima Sud u Münchenu odlučio je prekinuti postupak i odlukom od 2. 6. 2015. postaviti Sudu EU sljedeća prethodna pitanja:

1. Primjenjuje li se Uredba Rim III i na privatne odluke o razvodu braka – ovdje: razvod braka pred vjerskim sudom u Siriji na temelju šerijatskog prava?
2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan,
 - a) Primjenjuje li se čl. 10 Uredbe Rim III na sposobnost odluke da bude priznata?
 - b) Ako je odgovor na pitanje pod a) potvrđan,
 - 1) Radi li se o apstraktnom tumačenju norme stranog prava koja braćnim partnerima ne odobrava jednak pristup razvodu na temelju spola,
 - 2) Ili je važenje norme stranog prava ovisno o rezultatu koji u konkretnom slučaju proizvodi dotična norma.

- c) Ako je odgovor na pitanje pod 2. b) potvrđan, je li suglasnost diskriminirane supruge s razvodom – odobren u obliku prihvatanja naknade – razlog da se norma ne primijeni?

Odlukom od 12. 5. 2016. Sud EU se proglasio očito nenadležnim odgovoriti na spomenuta prethodna pitanja zbog toga što se, među ostalim, Uredba Rim III ne primjenjuje na priznanje odluke o razvodu donesene u trećoj zemlji i zbog toga što sud koji je uputio zahtjev nije dostavio nikakav element na osnovu kojeg se može utvrditi da su na temelju nacionalnog prava odredbe te Uredbe postale izravno i bezuvjetno primjenjive na situacije poput one u glavnom postupku. Sud EU je, međutim, istaknuo da sud koji je uputio zahtjev zadržava mogućnost podnijeti novi zahtjev za prethodnu odluku kada bude u mogućnosti dostaviti Sudu EU sve elemente koji će mu omogućiti donošenje odluke.

Na taj korak odlučio se Viši pokrajinski sud u Münchenu koji je uputio novi zahtjev sa sljedećim pitanjima:

1. Jesu li područjem primjene iz čl. 1 Uredbe Rim III obuhvaćeni i slučajevi privatnog razvoda braka, u ovom slučaju razvod braka jednostranom izjavom jednog bračnog druga pred vjerskim sudom u Siriji na temelju šerijatskog prava?
2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, treba li kod primjene Uredbe Rim III u okviru njezina čl. 10 u slučajevima privatnog razvoda braka:
 - a) polaziti od apstraktne ocjene prava mjerodavnog u skladu s čl. 8, ili
 - b) primjenjivost tog pravnog pravila ovisi o tome da primjena *in abstracto* diskriminatornog stranog prava i u pojedinačnom slučaju dovodi do stvarne diskriminacije?
3. U slučaju potvrđenog odgovora na tač. b) drugog pitanja, je li saglasnost diskriminiranog bračnog partnera s razvodom braka – i u obliku odobrenog prihvata naknade – dovoljan razlog za neprimjenjivanje odredbe?

U prilog svom zahtjevu Sud u Münchenu naglasio je da njemački sud provodi ispitivanje valjanosti materijalnih uvjeta za takve razvode u svjetlu Uredbe Rim III, s obzirom na to da su nakon njenog stupanja na snagu, ukinute domaće kolizione norme predviđene za razvod braka. Takvo ukiđanje počiva na činjenici da je njemački zakonodavac, s obzirom na to da su privatni razvodi također obuhvaćeni Uredbom Rim III, ocijenio da je stara norma postala zastarjela upravo zbog postojanja te Uredbe.

U odgovoru na prvo pitanje Sud EU je odlučio da se čl. 1 Uredbe Rim III treba tumačiti na način da razvod na temelju jednostrane izjave jednog

od supružnika pred vjerskim sudom, poput onog u glavnom postupku, nije obuhvaćen materijalnim područjem primjene te Uredbe. Shodno tome, nije potrebno odgovarati na drugo i treće pitanje. Svoj odgovor obrazložio je time što, iako je tačno da privatni razvodi nisu izričito isključeni iz područja primjene Uredbe Rim III, kao što je to istaknuo nezavisni advokat Saugmandsgaarda u svom mišljenju,⁶⁷ upućivanja na sudjelovanje „suda“ i postojanje „postupka“, koja se nalaze u više odredbi te Uredbe, poput čl. 1, st. 2, čl. 5, st. 2 i 3, čl. 8 i 13, te čl. 18, st. 2, pokazuju da se Uredba Rim III odnosi samo na razvode koje izriče državni sud ili javni organ ili organ pod njegovom kontrolom. Uz to, a na temelju Preambule 10 Uredbe Rim III, materijalno područje primjene i odredbe te Uredbe moraju biti u skladu s Uredbom 2201/2003. Nadalje, u pregovorima koji su prethodili donošenju Uredbe Rim III nigdje nije spomenuta njezina primjena na privatni razvod braka te se može zaključiti da je donošenjem Uredbe Rim III zakonodavac Europske unije u obzir uzeo samo situacije u kojima razvod izriče državni sud, javni organ ili organ pod njegovom kontrolom, i da stoga njegova namjera nije bila da se ista Uredba primjenjuje na druge vrste razvoda, poput onih koji se, kao u predmetnom slučaju, temelje na „privatnoj jednostranoj izjavi namjere“ dane pred vjerskim organom. U tom pogledu, iako je tačno da je više država članica nakon donošenja Uredbe Rim III u svoje pravne poretke uvelo mogućnost izricanja razvoda bez sudjelovanja državnog organa, uključivanje privatnih razvoda u područje primjene te Uredbe ipak bi, kao što je to istaknuo nezavisni advokat Saugmandsgaarda, zahtijevalo prilagođavanja koja su u nadležnosti jedino zakonodavca Europske unije.

Odlukom u predmetu *Sahyouni*, Sud EU popustio je šansu da da svoj doprinos u stvaranju unificiranog standarda unutar Europske unije u pogledu privatnog razvoda koji se provodi u skladu sa odredbama šerijatskog prava.⁶⁸ Inače pitanje priznanja *talaq-a* kao privatnog razvoda nije izolovani problem jedne države članice Europske unije, već zajednički problem svih država članica, pa je svrha postojanja jedinstvenih kolizionih pravila Europske unije da ovakva pitanja budu riješena jednoobrazno, a ne različito u ovisnosti od nacionalnih kolizionih normi na snazi u svakoj od njih.⁶⁹ Stoga se s pravom postavlja pitanje: „Ako se Uredba Rim III ne odnosi na privatne razvode braka, koja pravila o sukobu zakona određuju

⁶⁷ Mišljenje nezavisnog advokata Saugmandsgaarda od 14. 8. 2017., E-CLI:EU:C:2017:686.

⁶⁸ Više vid. Z. Meškić *et al.*, “Recognition of talaq in European states – in search of a Uniform Approach”, *Journal of Private International Law* 3/2023, 443–446.

⁶⁹ A. Duraković, J. Alihodžić, Z. Meškić, 8.

mjerodavno pravo prema kojem se utvrđuje dopuštenost, učinkovitost i učinci privatnog razvoda braka⁷⁰.

Nakon ove odluke njemački zakonodavac je uveo novi čl. 17, st. 2 Uvodnog zakona u njemački Građanski zakon (EGBGB), kojim je propisao modificiranu primjenu Uredbe Rim III na privatne razvode braka.⁷¹

5. TALAQ U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

U Bosni i Hercegovini su na snazi tri zakona koja sadrže materijalne norme o razvodu braka: Porodični zakon RS,⁷² Porodični zakon FBiH⁷³ i Porodični zakon BD BiH,⁷⁴ te jedan zakon koji uređuje međunarodno privatnopravne aspekte razvoda braka: ZMPP. Sva tri spomenuta porodična zakona predviđaju sistem teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa, odnosno sistem razvoda kao lijeka,⁷⁵ koji se odvija u sudskom postupku.⁷⁶ Dakle, u našem pravu, jednako kao i u pravima većine drugih europskih država sud ima monopol za razvod braka.

Talaq, kao vrsta privatnog razvoda braka koja podrazumijeva deklaratorno ili samo čisto verifikacijsko učešće nekog vjerskog/administrativnog organa, zahtijeva kolizionopravno, a ne samo procesnopravno priznanje.

Kolizionopravno uređenje razvoda braka regulirano je čl. 35 ZMPP-a, koji polazi od primjene prava zajedničkog državljanstva bračnih partnera u vrijeme podnošenja tužbe, preko kumulativne primjene njihovih nacionalnih prava, ukoliko nemaju zajedničko državljanstvo do domaćeg prava u slučaju da je jedan bračni partner domaći državljanin ili ima prebivalište u Bosni i Hercegovini. Međutim, strano pravo neće se primijeniti ako postoje određeni razlozi za odstupanje od primjene mjerodavnog prava, među kojima je, u kontekstu *talaq*-a, najznačajniji institut javnog poretka: Ne

⁷⁰ Vid. A. Dutta, “Ausländische Privatscheidungen nach Sahyouni”, *FF* 2/2018, 60.

⁷¹ Verzija zasnovana na Zakonu o međunarodnim imovinskim odnosima i izmjeni odredaba međunarodnog privatnog prava od 17. 12. 2018. (BGBl. I S 2573.), stupila na snagu 29. 1. 2019., <https://dejure.org/gesetze/EGBGB/17.html>, 18. 11. 2020. Više o tome vid. R. Hepting, A. Dutta, 304–307.

⁷² Porodični zakon RS, *Sl. glasnik RS*, br. 17/2023.

⁷³ Porodični zakon FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US.

⁷⁴ Porodični zakon BD BiH, *Sl. glasnik BD*, br. 23/2007.

⁷⁵ Porodični zakon RS, čl. 52–55, Porodični zakon FBiH, čl. 41–44, Porodični zakon BD BiH, čl. 39–40.

⁷⁶ Zakon o parničnom postupku FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15, čl. 28; Zakon o parničnom postupku BD, *Sl. glasnik BD*, br. 28/2018, 6/2021, čl. 35; Zakon o parničnom postupku RS, *Sl. glasnik RS*, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – odluka US, 45/2009 – odluka US, 49/2009, 61/2013, 109/2021 – odluka US i 27/2024, čl. 35; Zakon o parničnom postupku BD BiH, čl. 28.

primjenjuje se strano pravo ako bi njegov učinak bio suprotan Ustavom utvrđenim osnovama društvenog uređenja – čl. 4 ZMPP-a.

Priznanje stranih odluka u Bosni i Hercegovini regulirano je čl. 86–95 ZMPP-a. Taksativno su navedene pretpostavke koje strana odluka mora kumulativno ispuniti kako bi bila priznata u Bosni i Hercegovini: međunarodna nadležnost suda koji je donio odluku – čl. 89, pravosnažnost odluke – čl. 87, poštivanje prava na obranu tuženog – čl. 88, nepostojanje ranije odluke domaćeg suda u istoj stvari – čl. 90, suglasnost s domaćim javnim poretom – čl. 91, uzajamnost – čl. 92. Priznanje stranog privatnog razvoda braka ne podliježe samo procesnim normama za priznanje odluka već i kolizionim normama, te je sasvim jasno da će i čl. 35 biti relevantan za ocjenu mogućnosti priznanja *talaq*-a u Bosni Hercegovini.

S obzirom na to da su u Bosni i Hercegovini samo sudovi nadležni za razvod braka, postavlja se pitanje je li moguće priznati *talaq* kao stranu privatnu odluku o razvodu braka. Ključno je pitanje u stvari koje je pravo mjerodavno za ocjenu da li se neki akt može nazvati odlukom suda i o kojoj se vrsti odluka radi. O tome po kojem pravu treba kvalificirati pojam odluke u teoriji se iznose različita stanovišta,⁷⁷ a kao najprihvatljivije smatramo stanovište prema kojem je pravo mjerodavno za kvalifikaciju odluke kao sudske ili kao ekvivalentne sudskoj, pravo države donošenja odluke.⁷⁸ Čl. 86 ZMPP-a govori o odluci drugog organa, osim suda, koja je izjednačena sa sudskom odlukom, s tim da se podrazumijeva izjednačenje u djelovanjima sa sudskom odlukom,⁷⁹ te time predstavlja pravni okvir u kojem se može postaviti pitanje priznanja stranih privatnih odluka o razvodu braka.⁸⁰ Odlučujuće je da li je takva odluka, po pravu države u kojoj je donesena, izjednačena u djelovanjima sa sudskom odlukom u toj državi. Ukoliko bi to bio slučaj s privatnim odlukama o razvodu braka, a posebno kada bi za pravna djelovanja takvih odluka bila potrebna i registracija u matič-

⁷⁷ Neki se zalažu za primjenu prava države priznanja; neki smatraju da se kvalifikacija treba izvršiti u skladu s pravom države donošenja odluke; neki se zauzimaju za kumulativnu primjenu obaju prava. Više o tome vid.: I. Grbin, *Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova*, Zagreb 1980, 20–21.

⁷⁸ Svaka suverena država sama propisuje kako će biti organizirani njezini organi vlasti i posebno koji će od njih obavljati sudsku funkciju i koje odluke oni mogu donositi. Okolnost da načela kojima se u tom pogledu rukovodi država donošenja odluke odstupaju od onih koje primjenjuje država priznanja, ne može nekom aktu države donošenja odluke niti dati niti oduzeti svojstvo sudske odluke. Dakako, iz ovoga ne proizlazi obveza države priznanja da prizna učinke strane odluke koju je donio određeni organ. Naime, države samostalno odlučuju kojim će stranim odlukama dopustiti da djeluju na njezinu području.

⁷⁹ M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 282.

⁸⁰ B. Bordaš, *Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu*, Novi Sad 2000, 117.

nim knjigama ili sudska ovjera, što je često slučaj, moglo bi se smatrati da su strani privatni razvodi, kakav je *talaq*, podobni za preispitivanje, u skladu sa čl. 87–92 ZMPP-a.⁸¹ Sasvim je drugo pitanje da li će ovakve odluke biti i priznate s obzirom na zahtjev za poštivanjem domaćega javnog poretka.

Mogućnost priznanja stranog privatnog razvoda braka – *talaq*-a zavisila bi od toga o kakvoj se privatnoj odluci radi. Naime, možemo praviti razliku između odluka u kojima je neki organ – u ovom slučaju vjerski – određen od strane države sudjelovao konstitutivno ili samo deklaratorno. U prvom slučaju strani organ zaista sudjeluju u donošenju odluke, a u drugom slučaju, dužnost organa jeste da registrira odluku, ali ne da utječe na njen sadržaj. Pored toga, postoje i čisto privatne odluke donesene bez sudjelovanja nekog državnog organa. Kada je u pitanju konstitutivno sudjelovanje organa, smatramo da nema povrede procesnog domaćeg javnog poretka, te bi se privatni razvodi braka mogli priznati, ako su ispunjeni i svi drugi uvjeti. Privatne strane odluke u kojima je organ sudjelovao samo deklaratorno, također bi se mogle priznati u Bosni i Hercegovini, ali ako su ispunjene određene pretpostavke. Tako bismo načelno mogli priznati *talaq* kao validan razvod braka, ali samo pod uvjetom da veza s domaćom državom nije tako snažna, npr. bračni partneri nemaju prebivalište u Bosni i Hercegovini, da njihovo nacionalno pravo ili barem nacionalno pravo jednog od njih poznaje taj način razvoda braka i da žena pristaje na razvod braka, ili u slučaju da ne pristane, da je imala mogućnost da sudjeluje u postupku, da je zadovoljeno načelo obostranog saslušanja stranaka. Čisto privatne odluke ne bi mogle biti priznate u Bosni i Hercegovini. To je u praksi i potvrđeno odlukom Kantonalnog suda u Zenici iz 2016. godine, kojom je *talaq* izrečen u Rijad, Saudijska Arabija, priznat u Bosni Hercegovini.⁸² U ovom slučaju oba bračna partnera živjela su u Rijadu gdje je i sklopljen brak. Muž je obavio dva *talaq*-a nakon čega je došlo do mirenja, a zatim treći i posljednji *talaq* koji je sud u Rijadu registrirao 2015. godine na zahtjev žene. Muž je dobio obavijest o prijavi i nije htio staviti bilo kakav prigovor. Žena je tada zatražila priznanje razvoda – *talaq*-a u Bosni i Hercegovini, a sud je utvrdio činjenicu da je žena bila ta koja je tražila upis u Rijadu i priznanje razvoda u Bosni i Hercegovini, što je bilo dovoljan dokaz da se poštivalo načelo kontradiktornosti, odnosno pravo da učestvuje u postupku i bude saslušana.

Ukoliko bi brak bio razveden u Bosni i Hercegovini od strane nekog drugog organa, a ne suda, takav brak se ne bi smatrao valjano razvedenim.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Rješenjem Kantonalnog suda u Zenici br. 04 0 V 008431 16 V od 11. 7. 2016. priznata je presuda o razvodu braka Suda za personalni status u Rijadu, Kraljevina Saudijska Arabija, br. 361209843 od 28. 4. 2015.

Ako bi naš sud u postupku razvoda braka s međunarodnim obilježjem, shodno čl. 35 ZMPP-a trebao primijeniti kao mjerodavno, strano pravo koje predviđa *talaq*, kao npr. pravo zajedničkog državljanstva bračnih partnera, njegova primjena teško bi mogla biti prihvaćena. Jedan od razloga jeste činjenica da izrečene riječi – „*talaq* – otpuštam te“ koje muž upućuje ženi, ne proizvode konstitutivni učinak u Bosni i Hercegovini. Od mjerodavnog prava bi se eventualno moglo odstupiti pozivom na institut javnog poretka, ako se u konkretnom slučaju utvrdi da je u suprotnosti s osnovnim vrijednostima domaćeg pravnog poretka, npr. načelom ravnopravnosti spolova, zabrani diskriminacije, načelom kontradiktornosti. To, međutim, ne znači da bi bračnim partnerima bio onemogućen razvod braka. Primjena prava suda kao mogućnost predviđena čl. 35, st. 3 i 4 ZMPP-a realna je opcija uzimajući u obzir odredbe o međunarodnoj nadležnosti u bračnim sporovima – čl. 46 i čl. 61–63 ZMPP-a,⁸³ kao i odredbe o mjesnoj nadležnosti.⁸⁴

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Veliki priliv stanovništva iz islamskih u europske države doveo je do određenih problema međunarodno privatnopravne prirode. Razlog tome je drugačija pravna kultura koja je utjecala na oblikovanje brojnih instituta islamskog prava. Jedan od njih je i *talaq* kao vrsta privatnog razvoda braka. Prema klasičnom šerijatskom pravu, *talaq* podrazumijeva jednostrano otpuštanje žene od strane muža. Dakle, samo muž ima pravo na razvod braka. Dovoljno je da tri puta kaže: „*talaq* – otpuštam te“, pri čemu ne mora navesti razloge za razvod, niti je nužna saglasnost žene. Također, ne zahtijeva se učešće nekog državnog ili drugog organa. Iako je u većini islamskih zemalja došlo do „ublažavanja“ *talaq*-a, normiranjem određenih mogućnosti za ženu i uvođenjem nekog državnog organa u sam postupak, jasno je da se ova odredba islamskog prava kosi s temeljnim vrijednostima na kojim počiva pravni poredak Europske unije i Bosne i Hercegovine: jednakost i zabrana diskriminacije. Stoga se s pravom postavlja pitanje mogućnosti priznanja *talaq*-a izrečenog u stranoj državi, kao i primjene kao mjerodavnog stranog prava koje predviđa ovu vrstu razvoda braka.

⁸³ Kao kriteriji se navode prebivalište, državljanstvo ili posljednje zajedničko prebivalište jednog ili oba bračna partnera, u različitim varijantama.

⁸⁴ Međunarodna nadležnost domaćih sudova može proizlaziti i iz pravila o mjesnoj nadležnosti sadržanih u zakonima o parničnom postupku. Naime, u smislu čl. 26 ZPPFBiH (ZPP RS čl. 26 i ZPP BD BiH čl. 21) predviđeno je da je sud u Federaciji (RS i BD BiH) nadležan za suđenje u sporu s međunarodnim elementom kada je njegova nadležnost izričito određena zakonom Bosne i Hercegovine ili Federacije BiH ili međunarodnim ugovorom. Međutim, ako nema izričite odredbe, sud u Federaciji BiH bit će nadležan i kada njegova nadležnost proizlazi iz odredaba ovog Zakona o mjesnoj nadležnosti.

U Europskoj uniji su trenutno na snazi dva pravna izvora koja se bave materijom razvoda braka: Uredba 2019/1111 i Uredba Rim III. S međunarodnog procesnopravnog aspekta materiju razvoda braka uređuje Uredba 2019/1111, a kolizionopravnu problematiku obrađuje Uredba Rim III. Sud EU je u predmetu *Sahyouni* jasno rekao da razvod na temelju jednostrane izjave jednog od bračnih partnera pred vjerskim sudom, poput onog u glavnom postupku, nije obuhvaćen materijalnim područjem primjene Uredbe Rim III. Smatra se da je ovom odlukom, Sud EU popustio šansu da da svoj doprinos u stvaranju unificiranog standarda unutar Europske unije u pogledu privatnog razvoda koji se provodi u skladu sa odredbama šerijatskog prava. Naime, pitanje priznanja *talaq*-a kao privatnog razvoda nije izolovani problem jedne države članice Europske unije, već zajednički problem svih država članica, te je svrha postojanja jedinstvenih kolizionih pravila Europske unije da ovakva pitanja budu riješena jednoobrazno, a ne različito u ovisnosti od nacionalnih kolizionih normi na snazi u svakoj od njih. Za sada su privatne odluke o razvodu braka iz trećih država – *talaq* podvrgnute nacionalnim kolizionim normama.

U pravu Bosne i Hercegovine, jednako kao i u pravima većine drugih europskih država, sud ima monopol za razvod braka, te je sporan status *talaq*-a kao privatnog razvoda braka u našem pravu. Priznanje stranog privatnog razvoda braka – *talaq*-a zavisilo bi od toga o kakvoj se privatnoj odluci radi, je li donesena uz konstitutivno ili samo deklaratorno učešće organa ili bez sudjelovanja nekog državnog organa. Dok bi privatne odluke donesene uz konstitutivno ili samo deklaratorno učešće organa mogle biti priznate pod određenim uvjetima, čisto privatne odluke ne bi mogle biti priznate u Bosni i Hercegovini. Ukoliko bi brak bio razveden u Bosni i Hercegovini od strane nekog drugog organa, a ne suda, takav brak se ne bi smatrao valjano razvedenim. Primjena stranog mjerodavnog prava koje predviđa *talaq* od strane našeg suda, teško bi mogla biti prihvaćena. Naravno, odluka o tome ovisi od svih okolnosti konkretnog slučaja. Od njega bi se eventualno moglo odstupiti pozivom na institut javnog poretka, ako se u konkretnom slučaju utvrdi da je u suprotnosti s osnovnim vrijednostima domaćeg pravnog poretka, npr. načelom ravnopravnosti spolova, zabrane diskriminacije, načelom kontradiktornosti. To, međutim, ne znači da bi bračnim partnerima bio onemogućen razvod braka, jer je kao moguća opcija predviđena primjena domaćeg prava.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Basedow, Jürgen, “Das internationale Scheidungsrecht in der EU, Anmerkungen zur Rom III –Verordnung” u: T. Borić, B. Lurger, P. Schwarzenegger, U. Terlitz, “Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II”, *FS für Willibald Posch*, Wien 2011;
2. Bordaš, Bernadet, *Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu*, Novi Sad 2000;
3. Dika, Mihailo, Knežević, Gašo, Stojanović, Srđan, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991;
4. Duraković, Anita, „Strane vansudske odluke i mogućnost njihovog priznanja u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar 2012;
5. Duraković, Anita, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar 2016;
6. Duraković, Anita, Alihodžić, Jasmina, Meškić, Zlatan, “Europeanization of Public Policy in International Family Law – Overriding National Values or Gradual Harmonization”, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 3/2020;
7. Dutta, Anatol, “Ausländische Privatscheidungen nach Sahyouni”, *FF* 2/2018;
8. Furqan, Ahmad, “Understanding the Islamic law of divorce”, *Journal of the Indian Law Institute*, Family Law Special Issue 3–4/2003;
9. Gärtner, Veronica, *Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Hamburg 2008;
10. Grbin, Ivo, *Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova*, Zagreb 1980;
11. Gruber, Urs Peter, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III Verordnung”, *IPRax* 5/2012;
12. Hau, W, “Zur Durchführung der Rom III – Verordnung in Deutschland”, *FamRZ* 4/2013;
13. Hausmann, Rainer, *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2. Auflage, München 2018;
14. Helms, Tobias, “Reform des Internationalen Scheidungsrecht durh Rom III – Verordnung”, *FamRZ* 21/2011,
15. Henrich, Dieter, *Internationales Scheidungsrecht*, Bielefeld 2005;
16. Hepting, Reinhard, Dutta, Anatol, *Familie ind Personenstand*, Frankfurt am Main 2019;
17. Huntington, Samuel, P, “The Clash of Civilizations?”, *Foreign Affairs* 1993;
18. Karić, Amir, *Muslimani u Evropskoj uniji*, Dobra knjiga, Sarajevo 2015;

19. Korkut, Besim, Prijevod na bosanski jezik, http://www.orbus.be/religion-/islam/kuran_bos/;
20. Kreuzer, Karl, “Clash of civilizations und Internationales Privatrecht”, *RW Heft* 2/2010;
21. Meškić, Zlatan, Duraković, Anita, Alihodžić, Jasmina, Hassan, Shafiqul, Handalić, Šejla, “Recognition of talaq in European states – in search of a Uniform Approach”, *Journal of Private International Law* 3/2023;
22. Mohrenfels, Winkler Von, “Die Rom III-VO, Teilvereinheitlichung des europäischen internationalen Scheidungsrecht”, *ZEuP* 4/2013;
23. Nasir, Jamal J., *The Islamic Law of Personal Status*, Graham & Trotman, London – Boston 1990;
24. Nikolić, Dušan, *Uvod u sistem građanskog prava*, Univerzitet u Novom Sadu, Novi Sad 2006;
25. Papadopoulou, Lina, “Trapped in History: Greek Muslim Women under the sacred Islamic Law”, *Annuaire International des droits de l'homme*, Vol. V/2010, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant 2010;
26. Pintens, Walter, “Entwicklung im europäischen Personen- und Familienrecht 2010. – 2011.”, *FamRZ* 18/2011;
27. Rieck, Jürgen, *Ausländisches Familienrecht*, 2019;
28. Rudolf, C, “Europäisches Kollisionsrecht für Ehescheidungen – Rom III-VO”, *EF-Z* 3/2012;
29. Saltaga, Fuad, *Islam u iskrivljenom ogledalu: Evrocentrizam spram islama*, Sarajevo 2006;
30. Stamatiadis, Dimitrios, Tsantinis, S., “Eherecht in Griechenland” *Eherecht in Europa* (Hrsg. G. Ring, R. Süß, R.), Zerb Verlag, 2006;
31. Topoljak, Sulejman, *Islamsko bračno pravo*, El-Kelimeh, Novi Pazar 2015;
32. Weller, Marc-Philippe, Hauber, Irene, Schulz, Alix, “Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10. Rom – III VO.”, *IPRax* 3/2016.

Pravni izvori

1. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih država u određenim odnosima u Bosni i Hercegovini, *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – 1645, *Sl. list R BiH* 2/92 – 5, 13/94 – 189;
2. Porodični zakon RS, *Sl. glasnik RS*, br. 17/2023;
3. Porodični zakon FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US;
4. Porodični zakon BD, *Sl. glasnik BD BiH*, br. 23/2007;
5. Zakon o parničnom postupku RS, *Sl. glasnik RS*, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – odluka US, 45/2009 – odluka US, 49/2009, 61/2013, 109/2021 – odluka US i 27/2024;
6. Zakon o parničnom postupku FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15;

7. Zakon o parničnom postupku BD, *Sl. glasnik BD*, br. 28/2018, 672021;
8. Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici djece, *Sl. list EU* L 178/1 od 2. 7. 2019;
9. Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, *Sl. list EU* L 338/1 od 23. 12. 2003;
10. Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 o provedbi pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka, *Sl. list EU*, L 343 od 29. 10. 2010;
11. Odluka Suda EU u predmetu C-281/15 od 12. 5. 2016., ECLI:EU:C:2016:343;
12. Odluka Suda EU u predmetu C-372/16 od 20. 12. 2017., ECLI:EU:C:2017:998;
13. Odluku Suda EU u predmetu C-249/19 (ECLI:EU:C:2020:570);
14. Odluka Suda EU u predmetu C-646/20 od 15. 11. 2022., ECLI:EU:C:2022:357;
15. Odluka Suda EU u predmetu C-281/15 od 12. 5. 2016., ECLI:EU:C:2016:343;
16. Odluka Suda EU u predmetu C-372/16 od 20. 12. 2017., ECLI:EU:C:2017:998;
17. Odluku Suda EU u predmetu C-249/19 (ECLI:EU:C:2020:570);
18. Odluka Suda EU u predmetu C-646/20 od 15. 11. 2022., ECLI:EU:C:2022:357;
19. Mišljenje nezavisnog advokata Collinsa od 5. 5. 2022. u vezi predmeta C-646/20;
20. Mišljenje nezavisnog advokata Collinsa od 5. 5. 2022. u vezi predmeta C-646/20.

Associate Professor Anita Duraković, LL.D.

Faculty of Law of the University “Džemal Bijedić” in Mostar

Full Professor Jasmina Alihodžić, LL.D.

Faculty of Law, University of Tuzla

PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF TALAQ IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Talaq, an institute of Islamic law, as a method of private dissolution of marriage, has caused some legal difficulties in the EU member states. From the standpoint of private international and procedural law, particularly problematic is the issue of admitting talaq in the states that do not recognize such a method of dissolving a marriage. Given that neither EU member state (with the exception of one part of Greece) nor Bosnia and Herzegovina admit talaq, the question of recognizing talaq uttered in another state inevitably arises. Furthermore, the application of foreign law that admits this method of dissolving a marriage in cross-border cases is also contentious. Two EU legal instruments currently govern the issue of marriage dissolution: Regulation 2019/1111 and Regulation Rome III. In the past, courts in EU member states grappled with this issue, leading to inconsistent case law. However, the EU Court addressed this issue in the Sahyouni case. Unfortunately, the EU Court did not seize the opportunity to contribute to a consistent approach to this matter within the EU. Given that Bosnia and Herzegovina is a candidate for EU membership, it is crucial that it recognizes the legal solutions for talaq established by EU sources of law and case law, as presented in the paper's final section.

Key words: *Talaq; Regulation 2019/1111; Regulation Rome III; EU Court decisions; Bosnia and Herzegovina, Legal order.*

Professor Luis-Javier Capote-Pérez, LL.D.

Profesor Contratado Doctor Tipo I
Área de Derecho Civil. Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas,
San Cristóbal de La Laguna, en Tenerife, España

ART, ORIGINALITY AND CREATIVITY IN THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW

In this paper, we will explore the notions of art, originality, and creativity, which serve as the foundation for the protection of each author's property rights when their ideas become tangible.

This reflection about extra-legal concepts is, always but especially now, an important point of discussion in the emergence of AI and the possibility of recognizing it some kind of legal capacity.

Key words: Spanish Law; Spanish Constitution; Intellectual Property Law; Cultural property; Art.

1. PROPERTY RIGHTS AND INTELLECTUAL 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

2. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

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.³

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*.

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 centralised Union-wide authorisation, 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 the European Union instruments reflect the Member States’ international

² *Ibid.*, 71.

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, 30th May 2024.

obligations under the Berne Convention.⁴ In the European Union law, intellectual property includes all exclusive rights to intellectual creations.

Focusing on the Spanish Intellectual Property law, according with the art. 10.1 of the 1996 Intellectual Property Act, all original literary, artistic or scientific creations expressed by any medium or embodiment, tangible or intangible, currently known or invented in the future, are protected.⁵ According with the art. 1, the authorship of those kinds of works determines the ownership of the intellectual property right.⁶

From a doctrinal point of view, IP law protects the creations of the human intellect.⁷ 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.⁸ 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 inspiration. Nowadays, machines cannot create because the need of an external prompter and the absence of a real original thought.⁹

This conception of the intellectual property could be considered as a little bit romantic but expresses the intimate relation between Law and Art

⁴ 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.

⁵ 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 [...].**

⁶ 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.**

⁷ C. Martínez de Aguirre Aldaz, “La propiedad intelectual”, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales* (P. de Pablo Contreras), COLEX, Madrid 2014, 237–260.

⁸ 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.

⁹ F. G. 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.

in the evolution of the IP law and the consideration of the legal protection when some kind of works are considered artistic.¹⁰

3. FILLING THE GAP WITH EXTRA-LEGAL CONCEPTS

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.¹¹ This argument is present today and the artistic nature of some disciplines is still subject to debate¹² 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*.¹³

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.¹⁴ This is not a legal debate, but an aesthetic one with legal implications.¹⁵ There is no legal concept of art, and the legal protection is not based on artistic quality, aesthetical conditions or cultural values¹⁶ 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,¹⁷ reflecting the old question of what an author is.¹⁸

¹⁰ R Sánchez García, “La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936”, *Hispania*, LXII / 3, n.º 212, 2002, 995.

¹¹ I. Álvarez Muñiz, “Conversaciones sobre Arte, Filosofía y Derecho”, [2019], unpublished work by courtesy of the author.

¹² 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.

¹³ From the philosophical and semiotic reflections of Umberto Eco about the culture of masses. U. Eco, *Apocalípticos e integrados*, Tusquets Editores, Barcelona 1995.

¹⁴ W. Tatarkiewicz, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experienciéstética*, Madrid, Tecnos 2021, 63-67

¹⁵ W. Tatarkiewicz, *Historia de la Estética, I. La Estética Antigua*, Madrid, Akal 1991, 9.

¹⁶ 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* (I. Expósito Suárez), Lefebvre, Madrid 2024 (in press).

¹⁷ 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.

¹⁸ R. Corman, *How I made a hundred movies in Hollywood and never lost a dime*, Da Capo Press, New York City 1998, 236.

4. CONCLUSIONS

The ideas of creativity and originality is at the basis of Intellectual Property law and copyright protection. Any work must have a minimum of originality to be protected by intellectual property rules and come from the spark of creativity of a natural person. In the process of incorporation of new categories of creative works, the demonstration of the quality of being original has been related to the extra-legal concept of art and with the quality of being artistic. In this scenario, the rule of originality has been explained under the idea of reflecting the author’s creativity, conceiving this as an expression of artistic sense and talent.

LIST OF REFERENCES

1. Calvi, Fernando Gabriel, *I Encuentro sobre Divulgación y Cómic*, San Cristóbal de La Laguna, Aula Cultural de Divulgación de la Universidad de La Laguna, 31th of May of 2024;
2. 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* (I. Expósito Suárez), Lefebvre, Madrid 2024;
3. Corman, Roger, *How I made a hundred movies in Hollywood and never lost a dime*, Da Capo Press, New York City, 1998;
4. Eco, Umberto, *Apocalípticos e integrados*, Tusquets Editores, Barcelona 1995;
5. 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>;
6. Fernández Atienza, Sergio, “Cuando el séptimo arte encontró al noveno”, *IV Seminario “Zona Negativa”, XII Semana del Cómic de La Laguna*, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 6 de diciembre de 2022;
7. Haage, Jaap, Akkermans, Bram, *Introduction to Law*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2014;
8. Lumet, Sidney, *Así se hacen las películas*, duodécima edición, Libros de Cine, Ediciones RIALP, Madrid 2021;
9. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos, “La propiedad intelectual”, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales* (P. de Pablo Contreras), COLEX, Madrid 2014;
10. Muñiz, I. Álvarez, “Conversaciones sobre Arte, Filosofía y Derecho”, 2019, unpublished work by courtesy of the autor;
11. 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);

12. Sánchez García, Raquel, "La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936", *Hispania*, LXII / 3, n.º 212, 2002;
13. 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;
14. Tatarkiewicz, Wladyislaw, *Historia de la Estética, I. La Estética Antigua*, Madrid, Akal 1991;
15. Tatarkiewicz, Wladislaw, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, Madrid, Tecnos 2021.

Проф. др Луис Хавијер Капоте Перез

Катедра за основне правне дисциплине

Универзитет Ла Лагуна, Сан Кристобал де Ла Лагуна,

Тенерифе, Шпанија

УМЈЕТНОСТ, ОРИГИНАЛНОСТ И КРЕАТИВНОСТ У ПРАВУ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Сажетак

Аутор у раду истражује појмове умјетности, оригиналности и креативности, који служе као основа за заштиту имовинских права сваког аутора када њихове идеје постану материјализоване.

Ово размишљање о ванправним концептима је увијек било значајно, а посебно сада, у ери појаве вјештачке интелигенције и расправе о могућности признавања неке врсте пословне способности.

Кључне ријечи: *Шпанско право; Шпански устав; Право интелектуалне својине; Културна добра; Умјетност.*

Associate Professor Mirjana Ristovska, LL.D.

Faculty of Law, University "St. Kliment Ohridski"
Bitola, North Macedonia

FILLING LEGAL GAPS IN NORTH MACEDONIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Legal gaps present intriguing topics for legal theorists, including situations where the legislator has failed to prescribe regulations for specific legal relationships. These gaps can be categorized as axiological, normative, or technical in nature. Within private international law, the potential for legal gaps arises when a particular legal relationship, legal institution, or legal issue cannot be subsumed under an existing legal category as an integral part of a certain conflict norm. Consequently, these legal gaps pose a distinct challenge to judges, who are tasked with rectifying the gaps in individual cases.

This paper will primarily conduct a normative analysis of the provisions governing the resolution of legal gaps in private international law within the Republic of Slovenia, the Republic of Croatia, the Republic of Montenegro, and the Republic of North Macedonia. The primary focus will be on North Macedonian legislation and its application in the judiciary.

The objectives of this paper are twofold: firstly, to provide a comparative examination of the legal provisions found in the private international law acts of the aforementioned states, and secondly, to identify the methodologies prescribed by positive law for filling the legal gaps.

Key words: Legal gaps; Private international law; Legal category; Classification.

1. INTRODUCTION

The notion of legal gaps (*lacunae legis*) describes situations where existing laws or regulations fail to address or cover a specific issue or circumstance. These gaps can emerge due to societal or technological changes that were not anticipated when the laws were originally created.

But the law simply cannot provide for every eventuality and, thankfully one might say, is not intended to do so. By definition the law therefore occasionally exhibits a *casus omissus*, deficiencies, inadequacies, incompleteness, open territory, voids, *lacunae* – that has been the case for centuries and should remain so.¹ Accordingly, it is considered that legal gaps must exist since life is more complex than law, and especially since it always develops and changes faster than law.²

In legal contexts, identifying *lacunae legis* is crucial as it highlights areas lacking legal clarity or guidance. This often prompts lawmakers, legal scholars, and courts to consider how to fill these gaps through new legislation, judicial interpretation, or other measures to ensure the legal system remains comprehensive and effective in regulating societal activities.

In the North Macedonian legal theory, legal gaps are described as social interactions that lack specific regulation under a general legal norm. These gaps represent situations that legislators did not anticipate beforehand. The emergence of legal gaps is primarily attributed to shifts in societal relationships, particularly when the pace of social change outstrips the legislators' capacity to foresee all nuances of their future evolution.³

Legal gaps undoubtedly occur within the Private International Law (hereafter: PIL) as well. Generally, such gaps arise when a specific situation in everyday life, particularly in a civil-law case involving a foreign element, lacks a conflict norm upon which it can be resolved.

The paper consists of five sections: introduction, three main sections, and conclusion. The second section provides a concise overview of the concept of legal gaps in PIL, along with an exploration of different types of legal gaps. The third section conducts a normative and comprehensive analysis of Article 3 of North Macedonian PIL Act, which specifies the sources used to fill these legal gaps. In the fourth section, a comparative analysis between Macedonian PIL Act and its counterparts in Slovenia, Croatia, and Montenegro examines various approaches to filling legal gaps. Finally, the concluding remarks in the last section summarize observations related to the analyzed provisions governing the resolution of legal gaps in PIL.

¹ F. Venter, “Filling Lacunae by Judicial Engagement with Constitutional Values and Comparative Methods”, *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol. 29, 2014, 79.

² Constitutional Court of the Republic of Macedonia, *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*, National Report, XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Skopje, 2007, 2.

³ S. Gaber, *Theory of the State and the Law*, Skopje 1986, 259.

2. A BRIEF OVERVIEW OF THE CONCEPT AND TYPES OF LEGAL GAPS

In general, the legal theory identifies two types of legal gaps: initial, which have existed since the moment of adoption of the corresponding legal norms, which the law creator simply missed to govern, and additional which occur following the adoption of the legal norms, since new relations emerge which the legislator failed to envisage.⁴

According to Stefanović, the term legal gap encompasses various categories, such as: 1) the failure of the legislator to regulate a legal relation in general – a relation that does not belong to the free legal space; 2) insufficient precision in legal provisions (e.g., legal standards); 3) ambiguity due to unclear expressions used in the law; 4) contradictions between provisions of different regulations; 5) technical legal gaps; and others.⁵

Tomić considers that it is difficult to give a unified answer to the question concerning the definition of the term legal gaps. As a result of that, he emphasizes that there is a distinction between at least three concepts of legal gaps: value or axiological gaps, normative or real gaps and technical gaps. In this sense, a normative or legal gap means a relationship that is important for the survival and well-being of society, contains strong conflicts of interest and is externally controlled, which indicates the need for its standardization, but which still remains legally non-standardized or insufficiently standardized.⁶

Jain deems that legal gaps are areas where the law is insufficient, obscure, or imperfect. These are not the typical cases of a mere discord between the abstract rule and the specific facts of the case, which can be resolved through interpretation. Nor they are manifestations of an unsatisfactory legal solution, which are the province of law reform efforts. The law is instead silent, absent, simply unavailable as a means to resolution.⁷

Bajaldziev et al. identify the following types of legal gaps: actual and apparent, initial and additional, foreseen and unforeseen.⁸

Therefore, we affirm our agreement with the view that there is no unified definition of the term legal gap in legal theory, nor is there a unified

⁴ Constitutional Court of the Republic of Macedonia, 2.

⁵ Z. Stefanović, „Identifikacija Pravnih Praznina“, *Pravni zapisi*, Vol. 4, 1 (2013), Pravni Fakultet Univerziteta Union, Beograd, 5–6.

⁶ I. Tomić, „Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XXVIII, 2020, 116–117.

⁷ N. Jain, “General Principles of Law as Gap-Fillers”, *NYU International Law Colloquium*, 4.

⁸ D. Bajaldziev, M. Micajkov, D. Taskovska, *Voved vo pravoto*, Praven fakultet, Skopje 1999, 259.

classification of its types. Consequently, we will not delve into a theoretical discussion on this matter, as it is not the primary focus of our research.

In legal theory and practice, the following methods are commonly cited for addressing legal gaps: the method of analogy,⁹ the method of argumentum a contrario,¹⁰ and the method of application, which involves relying on an existing legal norm.¹¹ The choice of method in a particular case largely depends on the prevailing legal norms or judicial practice within the specific legal system.

In PIL, the court or competent authority may identify a legal gap at the outset of resolving a civil-law relationship involving a foreign element, specifically during the process of qualification. If the court or competent authority determines that the conflict of laws of the jurisdiction in which a legal action is brought (*lex fori*) should apply to the case, a situation may arise where no applicable conflict norm exists to resolve the matter, thereby creating a legal gap.

In this regard, Đorđević explains that a legal gap exists if it is unequivocally established that a certain legal relationship or issue cannot be subsumed under any legal category of conflicting norms in the PIL Act.¹²

According to Cheshire there is a suggested four stage approach to the process of resolving a dispute involving a foreign element when using the multilateral conflict rule. The second stage involves classification or characterization. This is the process by which a court hearing the dispute before it tries to try to fit the dispute into a category specified by a conflict rule as established by common law or statute. The problem arises when no such rules and principles are available for the facts and circumstances of the particular case or where more than one rule and principle applies to the facts and circumstances of the case before the court. The former is referred to as "gap" and the latter "cumulation".¹³

⁹ In principle, there are two types of analogy: statutory analogy (*analogia legis*) and legal analogy (*analogia iuris*). For further details, see: D. Bajaldziej, *Voved vo pravoto*, Praven fakultet, Skopje 2000, 305.

¹⁰ An argumentum a contratio is an argument for different treatment made by negative reasoning from another argument. See: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-243>.

¹¹ This method is applied through either an extensive or restrictive interpretation of the legal norm.

¹² S. Ž. Đorđević, „Telološka redukcija kolizionih normi i popunjavanje pravnih praznina u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2019, 469.

¹³ E. Bazimya, *The 'Gap' problem in Private International Law*, University of Pretoria, 2015, 2.

3. NORMATIVE ANALYSIS OF ARTICLE 3 OF THE NORTH MACEDONIA PIL ACT

If a situation arises where a legal gap in the North Macedonian PIL Act¹⁴ is identified, it should be addressed using the procedures outlined in Article 3, which states:

"If this Law contains no provisions for determining the applicable law on relations stipulated under Article 1¹⁵ of this law, the provisions of this Law and the principles of private international law shall be applied accordingly."

A normative analysis of the mentioned provision reveals several conclusions. Firstly, this provision exclusively pertains to the area of conflict of laws, specifically in determining the applicable law for private law relations with a foreign element by a court or other competent authority. Additionally, the application of Article 3 is excluded in matters of conflict of jurisdictions, such as determining the competence of courts and other authorities to address private law relations with a foreign element, as well as in the recognition and enforcement of foreign judgments and decisions of other authorities. Finally, the legislator has established two methods for addressing legal gaps in the North Macedonian PIL: 1. the provisions of PIL Act and 2. the principles of Private International Law.

This provision of the new PIL Act differs from Article 4 of the previous PIL Act.¹⁶ The earlier article specified that if the PIL Act did not contain a provision on the law applicable on relations described in Article 1, paragraph (1) of the PIL¹⁷ Act, the legal gaps would be filled by applying: (1) the provisions and principles of this law, (2) the principles of the legal order of the Republic of Macedonia, and (3) the principles of Private International Law.

Through Article 3, the legislator essentially provided guidance for courts or competent authorities to identify and fill legal gaps in the application of the PIL Act. This process is both an intriguing task and a particular-

¹⁴ *Official Gazette of the Republic of North Macedonia* No. 32/2020. This PIL Act was adopted and enacted in 2020 and its implementation began in 2021.

¹⁵ Article 1 reads: *"This Law establishes rules for the determination of the applicable law in respect of private law relations having an international element, rules on jurisdiction of courts and other authorities with respect to the said relations and rules for the procedure, as well as rules on the recognition and enforcement of foreign judgment and of decisions of other authorities."*

¹⁶ *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 87/2007. This PIL Act was adopted on July 2007, and came into effect on July 20, 2007.

¹⁷ Article 1 paragraph (1) reads: *"This law establishes rules for determining the applicable law on personal (status), family, employment, property, and other substantive legal relations having an international element."*

ly complex intellectual endeavor. Accordingly, it is clear that the courts and competent authorities, in the process of filling legal gaps, acquire certain elements of the legislative function. However, their actions are invariably constrained by the methods of filling legal gaps explicitly outlined in the Law and by the principle of legality.

In this regard, two essential questions arise. The first concerns whether the order of the specified sources for filling legal gaps should be considered when applying this provision. The second involves the need for a more precise definition of these sources. The following section of the paper will explore and discuss both issues.

Regarding the first question, whether the court or another competent authority, after identifying a legal gap, should first apply the provisions of the PIL Act and then the principles of the PIL there are varying theoretical perspectives. This raises the dilemma of whether these sources should be applied alternatively, cumulatively, or only subsidiary. We agree with the view that there is no need for a restrictive interpretation of this provision; the specified sources should not be applied in a strictly subsidiary manner as stated in Article 3. This broader interpretation aligns with the provision's purpose, which is to facilitate the discovery of appropriate solutions for arising problems. Therefore, expediently filling legal gaps would be better achieved through a broader interpretation and the alternative application of the mentioned sources.¹⁸

Addressing the second question, which concerns the precise definition of the sources for filling legal gaps in the PIL, it can be stated that the first source, the provisions of the PIL Act, is unambiguous and clear: it pertains to all the provisions contained within the PIL Act.

The second source specified in Article 3, the principles of PIL, represents a more complex issue that we will examine in greater detail.

Dworkin provides a broad definition, describing “a principle as a standard that should be observed not because it will promote or ensure a desirable economic, political, or social situation, but because it is a requirement of justice, fairness, or some other dimension of morality”, and Femelgas states, “a general principle stands at a higher level of abstraction than a rule and might be said to underpin more than one such rule.”¹⁹

Jug emphasizes that legal principles are not applied mechanically; instead, they are considered in light of the specific circumstances of each case and within the context of accepted notions of justice and fairness. The

¹⁸ K. Cavdar, K. Cavdar, *Private International Law Act*, Skopje 2008, 39–40.

¹⁹ D. Philippe, *Gap filling on the basis of general principles (article 7.2. of the CISG) and Unidroit Principles*, 6, <https://philippelaw.eu/wp-content/uploads/2021/01/Gap-filling-on-the-basis-of-general-principles-article-7.2.-of-the-CISG-and-Unidroit-Principles.pdf>.

application of these principles, particularly fundamental ones, often involves incorporating the moral values prevalent in a given community. According to Jug, judges (or councils) deciding individual cases should apply the law while also ensuring that their decisions are fair. While it may sometimes be impossible to fully satisfy both legal and just outcomes simultaneously, striving for this balance is crucial. He believes that integrating legal principles into court decisions helps achieve this objective.²⁰

Tur and al., consider that one of the main features of the principles of private international law is their unsystematic nature and normative uncertainty. These principles may either be directly enshrined in legislation or derived and determined from the content of legislation. Currently, there is no widely agreed-upon definition for the term "principles of private international law" within academic circles. Several fundamental principles hold significant importance in the field of private international law: adherence to legal principles, recognition and protection of human rights, non-interference in the internal affairs of other nations, resolving international conflicts through peaceful means, faithfully fulfilling international agreements, upholding the principle of individual autonomy, recognizing the importance of strong connections, promoting cooperation and non-discrimination, and ensuring equality. The system of principles in private international law is complex and can be classified according to different criteria. These principles can be categorized into those that govern the regulation of private law relations and those that govern specific private law relations, commonly known as conflict of laws principles. The principles can be divided into three levels: principles of private law (voluntariness, legal equality, legal protection of private interests, dispositive, coordination); public international law principles that exert a notable influence on the governance of international private legal relationships (including principles like the prohibition of using force or threats, the observance of human rights, non-interference in the internal affairs of foreign states, principles of non-discrimination, equality, and other relevant principles); and the principles of private international law that distinguish it from other legal systems include the principle of the closest connection, the principle of autonomy of will, and the principle of public order.²¹

Dorđević argues that the principles of private international law should encompass the fundamental concepts of this legal field, which serve as the foundation for creating new conflict norms to address legal relations or issues where gaps exist in the Private International Law Act. Since these

²⁰ J. Jug, „Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog Suda Republike Hrvatske“, *Pravna načela u pravnoj teoriji i sudskom odlučivanju*, Rijeka, 2014, 9.

²¹ O. Tur, M. Kravchyk, I. Nastasiak, N. Stetsyuk, "Principles and aims of international private law", *Social & Legal Studios*, 6(4) 2023, 245–246.

principles have not been explicitly defined by legislators, legal scholars and judicial practice are entrusted with this responsibility.²²

According to Deskoski and Dokovski, the principles of private international law include the following: the principle of positivity, the principle of universality and equality, the principle of closest connection and autonomy of will, the principle of fairness, the principle of legal certainty, and the principle of official duty (*ex officio*).²³

According to Yntema, the objectives proposed for the Private International Law are somewhat diverse and, to some extent, artificial. These objectives include: uniformity of legal consequences, minimization of conflicts of laws, predictability of legal outcomes, meeting the reasonable expectations of the parties, uniformity of social and economic outcomes, validation of transactions, relative significance of contacts, recognition of the "stronger" law, cooperation among states, respect for the interests of other states, justice in the final results, adherence to domestic law policies, internal consistency of the substantive rules to be applied, consideration of the location or nature of the transaction, private utility, homogeneity of national law, and ultimate recourse to the *lex fori*. Rather than examining each of these formulations in detail, it is suggested that the key policy considerations unique to conflicts law can be categorized under two main headings: security, which is the primary principle of utility in Bentham's and most other legislative frameworks, and the comparative justice of the final result. The latter refers to the outcome's alignment with the results of comparative research, reflecting the fundamentally equitable aim of conflicts law to tailor the treatment of foreign cases.²⁴

Di Angelo states that within its framework, not only the traditional principles of private international law, but also those pertain to EU law, especially principles concerning the structure and functioning of the internal market and the establishment of the area of freedom, security, and justice, is relevant. The principles in the first group, namely the general principles of private international law, have been developed over centuries by international legal doctrine. Among the most significant are: the principle of international harmony of solutions, the principle of proximity, the principle of effectiveness, consideration of the objectives and legal policies pursued by substantive law rules. The same applies to the general principles of law common to most legal systems. These include, for example: the

²² S. Ž. Đorđević, 476.

²³ T. Deskoski, V. Dokovski, *Megunarodno privatno pravo*, Praven fakultet, Skopje 2021, 36.

²⁴ H. E. Yntema, "The objectives of Private International Law", *The Canadian Bar Review*, Vol.XXX, 1957, 735.

principle of equality, which implies the exclusion of discrimination not based on objective grounds, the principle of proportionality, which the ECJ has frequently identified as a limit on Member States' ability to oppose their domestic laws, including mandatory ones, to the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the founding Treaties, and various principles of legal interpretation.²⁵

Dolinger discusses the evolution of principles in private international law, distinguishing between classical and new principles. In classical PIL, principles are separate from the connecting rules that indicate the applicable law; they merely establish basic criteria that guide legislators and courts or limit the range of choice of law rules. The new principles, however, have a more direct impact on the choice of law. They are gradually either replacing the old rules or being applied alongside them, thus significantly altering the methodology of private international law. Both old and new principles share a variety of sources through which they are expressed. They materialize in court decisions, academic theories, and statutory law. However, principles are not created from nothing; they are not made by statutes, scholarly theories, or innovative court ideas. Instead, principles are inherent in the legal system as underlying notions that evolve according to the needs and circumstances of time and space. Authors, courts, and legislators discover, study, and theorize about them, and use them to adjudicate and legislate. The new principles do not have a uniform nature; they vary in their degree of generality. An American professor, who believed more in rules than any other factor, suggested that the progression from ad hoc decisions to precise rules might start with very general principles and then move toward increasingly specific principles until the time for rule-making is reached. However, the evolution of private international law in the past two and a half decades does not support this prediction. Instead, we have moved from specific rules to general principles. Nevertheless, Professor Reese was correct in noting the existence of different levels of principles in terms of generality and specificity.²⁶

Based on the above discussion, it can be summarized that the principles of Private International Law lack systematic consistency, and there is no universally accepted definition of these principles. In cases where judges or competent authorities identify a legal gap in North Macedonian PIL Act, they are obligated to approach the matter with particular attention and

²⁵ D. Di Angelo, "The Role of General Principles in EU Private International Law and the Perspectives of a Codification in the Field", *Revista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, Vol. 17, 2018, 3.

²⁶ J. Dolinger, "The New Principles of Private International Law", *Resolving Conflicts in Contracts and Torts*, The Hague 2008, 341.

dedication. We endorse Jug's view that PIL principles should not be applied mechanically but should be assessed in the context of each case's specific circumstances and in alignment with recognized principles of justice and fairness. Additionally, we agree with Deskovski and Dokovski's perspective on the categories of PIL principles. It is therefore imperative to consider both the new PIL principles discussed by Dolinger and those derived from EU law as emphasized by Di Angelo.

Another intriguing dilemma that judges and competent authorities might face when identifying a legal gap in the application of the North Macedonian PIL Act is determining how to proceed if there is a conflict or competition between two or more principles. In this context, we concur with Jug's stance that the established Roman legal principles, or criteria, should be applied in such cases: the criterion of time (*lex posterior derogat legi priori*), the criterion of hierarchy (*lex superior derogat legi inferiori*) and the criterion of specialty (*lex specialis derogat legi generali*). In the case of a conflict of legal principles, as a rule, the specialty criterion will be applied in order to apply one of the conflicting legal principles.²⁷

4. ADDRESSING LEGAL GAPS IN THE PIL ACTS OF THE REPUBLICS OF SLOVENIA, CROATIA, AND MONTENEGRO: A COMPARATIVE ANALYSIS

In this section, the focus of normative analysis will be on how legal gaps are addressed in private international law within the legal frameworks of Slovenia, Croatia, and Montenegro for two reasons: primarily, because they share a common legal tradition as successor states of the former Social Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter: SFRY) (along with North Macedonia, Bosnia and Herzegovina, and Serbia); and secondly, because Slovenia and Croatia are members of the EU, while Montenegro and North Macedonia hold candidate status for EU membership. This means that their legal systems are once again shaped by shared principles and norms, now influenced by International and European law.

All of the aforementioned countries, except Bosnia and Herzegovina, have undertaken serious steps for bringing the private international law in line with modern developments and with the *acquis communautaire*²⁸ i.e. to reform their former shared PIL Act, which is the "old" Yugoslav Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other

²⁷ J. Jug, 23.

²⁸ C. Jessel-Holst, "The Reform of Private International Law Acts in South East Europe, with Particular Regard to the West Balkan Region", *Anali Pravnog Fakulteta u Zenici*, 18 (2016), 139.

States in Certain Matters²⁹ (hereinafter: SFRY PIL Act of 1982).³⁰ This shared legislation outlasted the former state and its economic and political system. The SFRY PIL Act remained unchanged for nearly 25 years across all former Yugoslav states, despite the dissolution of its country of origin. This Act is still in force in Bosnia and Herzegovina as well as in Serbia.³¹ According to a renowned scholar from West Germany, the new SFRY PIL Act was the most modern codification of international conflicts and procedural law.³² The SFRY PIL Act was drafted by highly respected scholars and practitioners, who developed legal rules with a high degree of abstraction and quality. As a result, these rules are capable of addressing new potential situations, since one of the Act's core principles was to identify the legal system most closely connected to each legal situation (a principle embedded in its conflict of law rules).

For the situations that are not expressly regulated in the Act, the provision of resolving "legal gaps" was envisaged. Article 2 of the SFRY PIL Act provides that:

*„If this Act contains no provision concerning the law governing any of the cases referred to in Article 1, paragraph 1 of this Act, the provisions and principles of this Act, the principles of a legal order of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and principles of private international law shall apply accordingly.”*³³

The Private International Law and Procedure Act of the Republic of Slovenia (PILPA) was submitted to Parliament on March 4, 1999, and was promulgated in the Official Gazette of the Republic of Slovenia on July 13, 1999. It came into force 15 days later.³⁴ Upon its enactment, the SFRY PIL Act was repealed. Compared to the former SFRY PIL Act, the Slovene PILPA introduced a significant number of new and revised articles. However, in some cases, not only the numbering but also the content of the articles remained nearly identical.³⁵

²⁹ *Official Gazette of the SFRY*, No. 43/1982 and 72/1982.

³⁰ Ž. Matić, "The Yugoslav Act Concerning Private International Law", *Netherlands International Law Review*, 30 (1983), 222.

³¹ V. E. Šaula, "Reform of Private International Law in Countries Successors of the Former Yugoslavia New Legal Challenges v. Legal Tradition", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2019, 1348.

³² P. Šarčević, "The New Yugoslav Private International Law Act", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 33, No. 2, 1985, 283.

³³ V. E. Šaula, 1354.

³⁴ Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, ZMZPP, *Urb. l RS*, No. 56/99, https://www.uaipit.com/uploads/legislacion/files/0000004965_THE_PRIVATE_INTERNATIONAL_LAW_AND_PROCEDURE_ACT_1999_07_13.pdf.

³⁵ K. Puharič, "Private International Law in Slovenia", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 5, 2003, 155–167.

This is evident, for instance, in the provision addressing legal gaps. The Slovenian PILPA in its Article 3 essentially retained the same content as Article 2 of the SFRY PIL Act:

“If this Act contains no provision as to which law shall be used, then the provisions and principles of this Act, the principles of the legal system of the Republic of Slovenia and principles of private international law shall apply accordingly.”

Accordingly, if a matter within the scope of private international law lacks a provision determining the applicable law, either in a separate law or in PILPA, it constitutes a legal gap. Under this provision, such gaps are addressed through analogy, applying the provisions and principles of PILPA as appropriate. If the gap still cannot be filled, the competent authority, typically the judge, should look for a solution in the principles of Slovenia's legal system and the principles of private international law.

As we discussed in the previous section, legal principles once again play a significant role in the understanding and application of laws. In this context, Pavčnik notes that a legal practitioner, such as a judge, must always identify a legal rule and interpret its meaning to base their decision on it in a specific case; but legal principles can provide significant support in this process by guiding how to fill gaps in legal regulations and determining which of several options to choose. These principles play a similar role in scientific (methodical) interpretation, which addresses the content of individual issues and seeks solutions that enhance the quality of legal decision-making in specific cases.³⁶

The new Croatian Private International Law Act of 4 October 2017 entered into force on 29 January 2019 and its adoption marked the end of the application of the SFRY PIL Act. Structurally, the PIL Act remains consistent with its predecessor. However, several provisions have been modified due to national reforms, and even more so through international standardization, as Croatia began adopting various international commitments. The most notable changes stem from multilateral international treaties, particularly those from The Hague Conference on Private International Law, as well as the incorporation of the EU *acquis communautaire*. But, still the legislator has left a legal lacuna concerning preliminary questions, adaptation, and characterization.³⁷

³⁶ M. Pavčnik, “The Importance of Legal Principles”, *Actions, Norms, Values, Discussions with Georg Henrik von Wright* (ed. G. Meggle), Walter de Gruyter, Berlin 1999, 285.

³⁷ M. Župan, “The New Croatian Private International Law Act: Something Old, Something New And Much Borrowed”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 22, 2020/2021, 382, 402.

The Private International Law Act of the Republic of Croatia³⁸ also addresses the issue of filling legal gaps. Article 7 states:

"If this Law does not contain provisions determining the applicable law for legal relations from Article 1, point 1 of this Law,³⁹ the provisions and principles of this Law, the principles of the legal order of the Republic of Croatia and the principles of private international law shall be applied accordingly."

The provision clearly indicates that new Croatian PIL Act has remained aligned with Article 3 of the SFRY PIL Act, just as the Slovenian PILPA has. In other words, the legislator identified the following sources of law to address the legal gaps: the provisions of the PIL Act; the principles of the PIL Act; the principles of the legal order of the state and the principles of private international law.

The new Private International Law Act of Montenegro was passed by the Parliament of Montenegro in December 2013, and came into effect on July 9, 2014, six months after its publication in the Official Journal of Montenegro. The European integration process has significantly influenced Montenegro's national PIL. The new PIL Act either directly incorporates several provisions of EU regulations into national law with minimal adjustments or transposes their core concepts, depending on two factors: the need to protect key national interests through the new codification and the distinct approach required for specific fields and types of legal relations.⁴⁰

In the same manner, as Slovenian PILPA and Croatian PIL Act, the Private International Law Act of the Republic of Montenegro⁴¹ includes a provision addressing the filling of legal gaps in Article 3:

"If this law does not prescribe a rule for determining the applicable law for a relation from Article 1 of this law,⁴² the provisions and principles

³⁸ Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Narodne Novine* NN 101/17, 67/23, https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_10_101_2319.html.

³⁹ Article 1 reads as follows: *"This Law regulates: 1. the applicable law for private law relations with an international character 2. the jurisdiction of the courts and other bodies of the Republic of Croatia in legal matters the subject of which are the relations from point 1 of this article and the rules of procedure 3. the recognition and enforcement of foreign court decisions in legal matters the subject of which are the relations from point 1 of this article."*

⁴⁰ M. Kostić-Mandić, "The New Private International Law Act Of Montenegro", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 16, 2014/2015, 429–430.

⁴¹ *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, No. 1/2014 of 9/1/2014 and 6/2014, entered into force on 17/1/2014, and applies from 9/7/2014.

⁴² Article 1 reads as follows: *"This law regulates the rules for determining the applicable law in private law relations with an international element (hereinafter: conflict norms), the rules on the jurisdiction of courts and other bodies for discussing those relations and the*

of this law, the principles of the legal order of Montenegro and the principles of private international law shall be applied accordingly."

From the provisions in the PIL Acts of Slovenia, Croatia, and Montenegro, we can conclude that there are significant similarities in their approaches to addressing legal gaps. However, all three provisions differ markedly from Article 3 of the North Macedonian PIL Act. Specifically, these provisions outline the following sources for filling legal gaps: 1. the provisions of the Act; 2. the principles of the Act; 3. the principles of the legal order (system) of the country; and 4. the principles of Private International Law.

Accordingly, judges and competent authorities in these countries have the opportunity to apply a wider range of legal sources when they encounter a legal gap under their PIL Acts, compared to those in the Republic of North Macedonia. The North Macedonian PIL Act lacks two sources for filling legal gaps: the principles of the Act and the principles of the country's legal order. In this respect, the provisions in these countries are more similar to Article 4 of the previous North Macedonian PIL Act.

5. CONCLUSION

It is an indisputable fact that legal gaps have existed in legal systems, from Roman law to contemporary law. Legal gaps are an inherent aspect of legal systems, as the evolution of social and technological relations often outpaces the development of law. As a result, it's impossible to entirely eliminate gaps or *non liquet* situations in the law.

In North Macedonian Private International Law, we identified two methods for addressing these gaps: through the provisions of the PIL Act and the principles of PIL. We observed that the principles of PIL represent a notably flexible and vague legal category, which may present challenges for courts or authorities when tasked with filling a legal gap in specific cases.

However, both in legal theory and practice, there are certain universally accepted and applied principles of PIL. Among these, we highlight the following as particularly significant: the principle of positivity, the principle of universality, the principle of equality, the principle of comity, the principle of public policy, the principle of closest connection, the principle of autonomy of will, the principle of fairness, the principle of legal certainty, and so on.

rules of procedure, as well as the rules for the recognition and enforcement of foreign court decisions. and arbitration decisions and decisions of other authorities."

From the comparative analysis of the international private law provisions in Slovenia, Croatia, and Montenegro with Article 3 of the North Macedonian PIL Act, we drew two conclusions: first, that the provisions of these three countries are similar in their approach to filling legal gaps, and second, that they differ in certain respects from Article 3. In this context, Article 4 of the former North Macedonian PIL Act shares more similarities with these provisions than Article 3 of the new PIL Act. In the future, we anticipate that judicial practice will reveal whether the new solution is more pragmatic, rational, and efficient compared to the previous approach outlined in the old PIL Act.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bajaldziev, Dimitar, *Voved vo pravoto*, Praven fakultet, Skopje 2000;
2. Bajaldziev, Dimitar, Micajkov, Miodrag, Taskovska, Dobrinka, *Voved vo pravoto*, Praven fakultet, Skopje 1999;
3. Bazimya, Emmanuel, *The 'Gap' problem in Private International Law*, University of Pretoria, 2015;
4. Cavdar, Kiril, Cavdar, Kimo, *Private International Law Act*, Skopje 2008;
5. Constitutional Court of the Republic of Macedonia, *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*, National Report, XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Skopje 2007;
6. Deskoski, Toni, Dokovski, Vangel, *Megunarodno privatno pravo*, Praven fakultet, Skopje 2021;
7. Di Angelo, Davi, "The Role of General Principles in EU Private International Law and the Perspectives of a Codification in the Field", *Revista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, Vol. 17, 2018;
8. Dolinger, Jacob, "The New Principles Of Private International Law", *Resolving Conflicts in Contracts and Torts*, The Hague 2008;
9. Đorđević, Slavko Ž., „Telološka redukcija kolizionih normi i popunjavanje pravnih praznina u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2019;
10. Gaber, Stefan, *Theory of the State and the Law*, Skopje 1986;
11. Jain, Neha, "General Principles of Law as Gap-Fillers", *NYU International Law Colloquium*, <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-243>;
12. Jessel-Holst, Christa, „The Reform of Private International Law Acts in South East Europe, with Particular Regard to the West Balkan Region“, *Anali Pravnog Fakulteta u Zenici*, 18 (2016);

13. Jug, Jadranko, „Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog Suda Republike Hrvatske“, *Pravna načela u pravnoj teoriji i sudskom odlučivanju*, Rijeka 2014;
14. Kostić-Mandić, Maja, „The New Private International Law Act Of Montenegro“, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 16, 2014/2015;
15. Matić, Zeljko, „The Yugoslav Act Concerning Private International Law“, *Netherlands International Law Review*, 30 (1983);
16. Pavčnik, Marijan, „The Importance of Legal Principles“, *Actions, Norms, Values, Discussions with Georg Henrik von Wright* (ed. G. Meggle), Walter de Gruyter, Berlin 1999;
17. Philippe, Denis, *Gap filling on the basis of general principles (article 7.2. of the CISG) and Unidroit Principles*, <https://philippelaw.eu/wp-content/uploads/2021/01/Gap-filling-on-the-basis-of-general-principles-article-7.2.-of-the-CISG-and-Unidroit-Principles.pdf>;
18. Puharič, Krešo, „Private International Law in Slovenia“, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 5, 2003;
19. Stefanović, Zlatko, „Identifikacija Pravnih Praznina“, *Pravni zapisi*, Vol. 4, 1 (2013), Pravni Fakultet Univerziteta Union, Beograd;
20. Šarčević, Petar, „The New Yugoslav Private International Law Act“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 33, No. 2, 1985;
21. Šaula, Valerija E., „Reform of Private International Law in Countries Successors of the Former Yugoslavia New Legal Challenges v. Legal Tradition“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2019;
22. Tomić, Ivan, „Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XXVIII, 2020;
23. Tur, Olga, Kravchuk, Marta, Nastasiak, Iryna, Stetsyuk, Nataliya, „Principles and aims of international private law“, *Social & Legal Studios*, 6(4) 2023;
24. Venter, Francois, „Filling Lacunae by Judicial Engagement with Constitutional Values and Comparative Methods“, *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol. 29, 2014;
25. Yntema, E. Hessel, „The objectives of Private International Law“, *The Canadian Bar Review*, Vol. XXX, 1957;
26. Župan, Mirela, „The New Croatian Private International Law Act: Something Old, Something New And Much Borrowed“, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 22, 2020/2021.

Legal documents

1. Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other States in Certain Matters, *Official Gazette of the SFRY*, No. 43/1982 and 72/1982;
2. Private International Law Act, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 32/2020;

3. Private International Law Act, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No.87/2007;
4. Private International Law Act, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, No. 1/2014 of 9/1/2014 and 6/2014;
5. Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, ZMZPP, *Urb. l RS*, No. 56/99, https://www.uaipit.com/uploads/legislacion/files/0000004965-THE_PRIVATE_INTERNATIONAL_LAW_AND_PROCEDURE_ACT_1999_07_13.pdf;
6. Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Narodne Novine NN* 101/17, 67/23, https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_10_101_2319.html.

Проф. др Мирјана Ристовска

Правни факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“,
Битољ, Северна Македонија

ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ СЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ

Сажетак

Правне празнине су интригантна тема за теоретичаре права, а подразумевају ситуације у којима законодавац није прописао правила за конкретне правне односе. Те празнине могу да буду аксиолошке, нормативне или техничке природе. У склопу међународног приватног права, могућност постојања правних празнина се јавља уколико одређени правни однос, правна институција или правно питање не могу да се подведу под постојећу правну категорију, као саставни део неке колизионе норме. Сходно томе, овакве правне празнине су посебан изазов за судије, чији је задатак да попуне празнине у појединачним случајевима.

У овом раду се првенствено даје нормативна анализа одредаба које уређују попуњавање правних празнина у међународном приватном праву Републике Словеније, Републике Хрватске, Републике Црне Горе и Републике Северне Македоније. Фокус ће да буде на северномакедонском законодавству и његовој примени у судској пракси.

Циљеви овог рада су двојаки: прво, пружање упоредног прегледа правних одредаба које се налазе у актима наведених држава из сфере међународног приватног права, и друго, идентификовање методологије коју прописује важеће право у вези с попуњавањем правних празнина.

Кључне речи: *Правне празнине; Међународно приватно право; Правна категорија; Класификација.*

Associate Professor Viktorija Haubrich, LL.D.

Associate Professor Marija Vidić, LL.D.

Faculty of Law, University of Mostar

Mirjana Kevo, LL.D.

Municipal Court in Mostar

RELATION BETWEEN BANKRUPTCY AND CIVIL PROCEEDINGS IN TERMS OF SUBJECT MATTER AND TERRITORIAL JURISDICTION: THE NEED FOR ESTABLISHMENT OF COMMERCIAL COURTS IN FBiH

A bankruptcy proceeding is a special type of civil court proceeding and is conducted by the court, which has subject matter and territorial jurisdiction in the area where the registered office of a legal entity or the residence of an individual debtor is located. In this paper, the authors explore the relationship between bankruptcy proceeding and civil proceeding regarding the determination of subject matter jurisdiction and territorial jurisdiction for bankruptcy cases, as well as the attraction of civil proceedings regarding territorial jurisdiction. The paper focuses on the analysis of legal regulations concerning subject matter jurisdiction, general delegation, and comparison with the aim of prescribing de lege ferenda regulations for the establishment of specialized commercial courts for commercial cases and bankruptcy proceedings in the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Key words: Court with subject matter jurisdiction for bankruptcy proceedings; Court with territorial jurisdiction for bankruptcy proceedings; Exclusive territorial jurisdiction in civil proceedings; General delegation.

Viktorija Haubrich, viktorija.haubrich@pf.sum.ba.

Marija Vidić, marija.vidic@pf.sum.ba.

Mirjana Kevo, mirjana.kevo@tel.net.ba.

* * *

Bankruptcy proceeding is a distinct category within civil court proceedings,¹ conducted by the court (the principle of judicial proceeding) for the purpose of collecting and liquidating the entire assets of the bankruptcy debtor. The objective is to ensure collective and proportional settlement of all creditors (the principle of protection of bankruptcy creditors). Reorganization of the bankruptcy debtor, as a type of bankruptcy, is implemented as a priority, for the purpose of maintaining its business operations and preserving jobs.² In addition to basic objectives of the bankruptcy proceedings, one of the objectives is protection of general economic interest, because elimination of economic entity which can no longer perform economic activity preserves economic credibility of the society. Moreover, dissolution of an insolvent company through bankruptcy proceedings is a necessary condition for market competition, specifically, for development of market economy. Effective bankruptcy regulation enhances legal certainty in economic transactions.³ Pursuant to Art. 3 of the Law on Bankruptcy Proceedings of the Federation of Bosnia and Herzegovina (FBiH LBP)⁴ the objectives of bankruptcy proceedings are general execution and reorganization of the bankruptcy debtor, with a new institute of pre-bankruptcy proceeding which is implemented in order to determine the legal position of the debtor and his relation to creditors, for the purpose of continuation of performing its operations. The new Law on Bankruptcy Proceedings of the Republic of Srpska (RS LBP),⁵ as well as the new Law on Bankruptcy of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina (BD LBP)⁶ in Brčko District since 2019 established similar goals.

In objective terms, jurisdiction is the scope of work of a court. In a subjective sense, jurisdiction can be viewed in two ways. From a judicial perspective, jurisdiction is both the duty and the right of a particular court to adjudicate specific legal matter. A court cannot refuse to act in a case

¹ See Art. 2 of the Law on Bankruptcy Proceedings of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of the Brčko District of BiH*, No. 16/19 (BD LBP), Art. 15 of the Law on Bankruptcy Proceedings of Republic of Srpska, *Official Gazette of Republic of Srpska*, No. 16/16 (RS LBP). The same is prescribed in Art. 2 of the new Law on Bankruptcy Proceedings of the Federation of BiH.

² I. Milić, *The Law on Bankruptcy Proceedings*, ILO, 14.

³ B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, *Civil Procedure Law*, Savremena administracija, Beograd 1999, 574.

⁴ The Law on Bankruptcy Proceeding of the Federation of BiH (*Official Gazette of the Federation of BiH*, No. 53/21) replaced in the Federation of BiH the operative FBiH LBC (*Official Gazette of the FBiH*, 29/03, 32/04, 42/06, 4/17 – the Decision of the CC (Constitutional Court) and 52/18, FBiH LBP) which was in force until 15 July 2021.

⁵ *Official Gazette of Republic of Srpska*, No. 16/16.

⁶ *Official Gazette of the Brčko District of BiH*, No. 16/19 and 29/20.

for which it is competent. From the viewpoint of a party, particularly entities approaching the court in pursuit of legal protection, jurisdiction is defined as the right to be tried exclusively by the competent court.⁷

Pursuant to Art. 16 of the Bankruptcy Law of the FBiH, pre-bankruptcy and bankruptcy proceedings are conducted by the court which has subject matter and territorial jurisdiction,⁸ situated within the territory where the registered office of a legal entity or the residence of the individual debtor is located.⁹

In the Republic of Srpska, bankruptcy proceedings are conducted in district commercial courts which are specialised in economic and legal matters. Pursuant to Art. 33 of the Law on Courts, these are the district commercial courts in Banja Luka, Prijedor, Doboј, Bijeljina, Istočno Sarajevo, and Trebinje.¹⁰

In the FBiH, bankruptcy proceedings are carried out in municipal courts which have commercial departments. Pursuant to provision of Art. 27, para. 4, point G), of the Law on Courts in the FBiH municipal courts are located in Bihać, Orašje, Tuzla, Zenica, Goražde, Travnik, Mostar, Široki Brijeg, Sarajevo and Livno.¹¹

In the Brčko District of BiH, bankruptcy proceedings are conducted in the Basic Court of Brčko District.

If a petition is filed with a court which lacks territorial jurisdiction, that court shall immediately issue a decision declaring its lack of jurisdiction and forward the petition to the court with territorial jurisdiction. No appeal of that decision is permitted. Bankruptcy proceedings seem attractive in relation to jurisdiction – complete attractive jurisdiction. The competent court has subject matter and territorial jurisdiction for all disputes arising from bankruptcy and related to it, as well as for the disputes of rebutting legal actions of the bankruptcy debtor. The Bankruptcy Court gains jurisdiction for active litigation (disputes initiated by the bankruptcy adminis-

⁷ B. Čalija, S. Omanović, *Civil Procedure Law*, University of Sarajevo, Faculty of Law, Sarajevo 2000, 116.

⁸ Rules on territorial jurisdiction determine which particular court among the courts that have subject matter jurisdiction will be authorised to discuss and decide in a concrete dispute. *Ibid.*, 126.

⁹ The same is for Croatian law: A. Eraković, "Impact of Bankruptcy Proceeding on Civil and Enforcement proceedings", *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Yearbook 8, Organizator, Zagreb 2001, 153.

¹⁰ *Official Gazette of RS*, No. 37/12, 44/15, 39/16 and 100/17.

¹¹ *Official Gazette of the FBiH*, No. 38/05, 22/06, 63/10, 72/10 – amendment, 7/13 and 52/14.

trator), as well as for cases in which the bankruptcy estate is sued (passive litigation).¹²

Pre-bankruptcy and bankruptcy proceedings are handled by a Bankruptcy Judge as an individual.

Pre-bankruptcy and bankruptcy proceedings against a bankruptcy debtor who has no seat in the Federation of Bosnia and Herzegovina are conducted by the court on whose territory an organizational unit of pre-bankruptcy and bankruptcy debtor is located, provided that conditions prescribed by the Law on Bankruptcy Proceedings are met.¹³

1. BANKRUPTCY PROCEEDINGS AS A TYPE OF CIVIL COURT PROCEEDINGS

Depending on the legal issue presented before the court, legal protection is provided through four types of civil court proceedings: civil proceedings, non-contentious proceedings, enforcement proceedings and bankruptcy proceedings.¹⁴

¹² V. Čolović, N. Milijević, *Stečajni postupak, teoretska razmatranja, zakonski propisi, sudska praksa i obrasci za praktičnu primjenu (The Bankruptcy Proceeding)*, Banja Luka 2004, 38.

¹³ In its act number 08-02-1-462/2017 from 22 February 2017 the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina delivered its Opinion to the law drafting authority the Draft of the law on bankruptcy proceeding, in which is emphasized that the Permanent Committee for Legislature of the High Judicial and Prosecutorial Council, at the meeting held on 22 February 2017 considered the Draft of the law on bankruptcy proceeding, and that it believed that it was necessary to comply Article 16, titled "Subject matter and territorial jurisdiction" with Article 23 of the Law on Courts in the Federation BiH (*Official Gazette of the Federation of BiH*, No. 38/05, 22/06, 63/10, 72/10, 7/13 and 52/14). In addition, they expressed a reservation regarding keeping audit as an extraordinary legal remedy in the bankruptcy proceeding, since litigation already permits audit as a case. Regarding the objections from the abovementioned Opinion, there was an amendment of Article 16 of the Draft law, related to the objection that relates to audit as an extraordinary legal remedy. It should be pointed out that the right to this legal remedy exists only in two cases, namely the decision which reviews the decision of the first instance court and the decision of the first instance court on closure of the bankruptcy proceeding, when an appeal to that decision is permitted. In principle, the Permanent Committee for Legislature supports the fact that the Draft law contains provisions which are aimed at more efficient resolution of bankruptcy proceedings, which are reflected in possibility of achieving bankruptcy settlement and which leads to reduction of initiated court proceedings, in adjudication of the competent bankruptcy court and in disputes arising from and related to bankruptcy, in reduction of time limits for taking and implementing certain actions in the proceeding, which reduces the duration of these court proceedings that are of urgent nature, and in the anticipated monitoring obligation, keeping records and reporting on the status, specifically, the dynamics of termination of these cases in courts.

¹⁴ There is also an opinion that there are only two branches of the civil procedure law. These are civil and non-contentious proceedings. Enforcement and bankruptcy law represent only specific areas of heterogeneous non-contentious proceeding law. S. Triva, V. Bela-

1.1. Relationship between bankruptcy proceedings and civil proceedings

Civil proceedings are a fundamental, standard system for providing legal protection in civil court proceedings.¹⁵ The relationship between bankruptcy proceedings and civil proceedings is set out by the Law on Bankruptcy Proceeding of the FBiH (the Law on Bankruptcy Proceeding of RS, the Law on Bankruptcy Proceeding of BD), because it determined that issues which are not regulated by that law, shall be regulated by the corresponding provisions of the law governing civil proceedings. However, it cannot be inferred from this provision that bankruptcy proceedings are a special type of civil proceedings because subsidiarity of application of the rules of civil proceedings is a legislative technique used both in non-contentious proceedings and in enforcement proceedings,¹⁶ because civil proceedings are the most elaborated proceeding for protection of violated or infringed subjective civil rights.¹⁷

Civil proceedings are applied in all situations where a subjective civil right has been violated or infringed,¹⁸ and the conduct of none of the three remaining civil proceedings is provided for, which means that the scope of application of civil proceedings is not specified. In contrast, the bankruptcy proceedings are initiated against certain legal entities (the bankruptcy debtor), in situations precisely defined by the law (grounds for bankruptcy), and are initiated by individuals who have active legitimation (petition-

jec, M. Dika, *Litigation Procedural Law*, Official Gazette, Zagreb 1986, 43. H. Horak *et al.*, *Introduction into the Commercial Law*, Faculty of Economics and Business Zagreb, Zagreb 2016, 30.

¹⁵ S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 43. B. Kandare, J. Čizmić, *Priručnik iz građanskog parničnog procesnog prava (Handbook of Litigation Procedural Law)*, University of Mostar, Faculty of Law, Mostar 1996, 15.

¹⁶ V. Radović, *Bankruptcy Law*, Book first, University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade 2017, 46.

¹⁷ Civil Procedure Code, *Official Gazette of the FBiH*, No. 53/03, 73/05, 19/06 and 98/15.

¹⁸ Civil proceeding is initiated by a complaint, a petition of a party (plaintiff) who claims that their subjective civil rights have been infringed and/or violated, respectively by the individual who claims to be authorised to seek protection although he/she is not a participant in a legal relationship relating to which legal protection is sought, and against the party (defendant) who is claimed to have infringed or violated the rights protection of which is requested in the procedure. S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 43. In civil proceedings the court has an important role to discuss all important issues, legal and factual, in order to make a decision on the merits of the plaintiff's assertion on the right to a certain legal protection and on providing it. In order to bring a valid decision, the court conducts a proceeding undertaking all activities related to examination of the merits of the lodged claim in which protection of infringed or violated subjective civil right is sought, preparation of the main hearing when all materials are examined in order to bring a final decision on the claim. H. Horak *et al.*, 30.

er).¹⁹ It follows from the above that the scope of application of bankruptcy proceedings is narrowly defined. When these conditions are met, the creditor of the bankruptcy debtor has the option to choose between two protection mechanisms. The creditor can choose whether to file a complaint and thus initiate a civil proceeding or to file a petition to open the bankruptcy proceedings.²⁰

Basically, civil proceedings and bankruptcy proceedings have very little in common, because most of the institutes inherent in bankruptcy proceedings do not exist in civil proceedings. For instance, in civil proceedings, there is no preliminary bankruptcy proceeding, nor a decision to open the bankruptcy proceedings, nor hearing for examination of grounds for bankruptcy nor lodging of a claim.²¹ On the other hand, for instance, in bankruptcy proceedings, there is no complaint, main hearing, judgment, intervener, etc.²²

Differences between bankruptcy proceedings and civil proceedings arise from fundamentally different goals of these proceedings. Civil proceedings are a manifestation of the activities of procedural entities (court, parties) that unfold successively, building upon each other, in order to discuss and decide on the merits of the plaintiff's request for legal protection.²³ In civil proceedings, the prospective plaintiff requests the court to uphold his claim against the defendant. It is a proceeding which involves three parties: the claimant, the defendant and the court. Civil proceedings are characterized by the existence of two opposing parties, and the third entity, as the impartial party, decided on the outcome of the dispute.²⁴

Bankruptcy proceedings are multi-party proceedings in which the parties are the bankruptcy debtor, all his creditors, the bankruptcy court and the bankruptcy administrator.²⁵

¹⁹ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 575. V. Radović, 46.

²⁰ V. Radović, 20.

²¹ Civil proceedings initiated by a claim are conducted in further course *ex officio* until the court brings a decision. In civil proceedings the court issues rulings in the form of a decision and judgement. Parties that are not satisfied with the final decision may file legal remedies against it, in which they can request for examination of its legality and regularity. Horak *et al.*, 30.

²² V. Radović, 20.

As a basic system of providing protection in civil procedure, it is applied as a rule, always when non-contentious proceedings are not intended on a basis of an explicit legal regulation (or considering the nature of legal relationship), (non-contentious in the strict sense, enforcement or bankruptcy). S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 45.

²³ S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 19.

²⁴ V. Radović, 47.

²⁵ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 576.

Regarding the participants, namely the entities, there are visible differences between the bankruptcy proceedings and the civil proceedings.²⁶ However, we can identify some similarities with the preliminary bankruptcy proceedings, in the part where the court assesses the request of the authorized petitioner and when it files a petition to initiate a bankruptcy proceeding. In civil proceedings, the court's focus is exclusively on the claim, whereas in bankruptcy proceedings, the decision to initiate a bankruptcy proceeding is only the beginning, as the main bankruptcy proceedings commence from that moment. In civil proceedings the acceptance of the claim terminates the proceedings, whereas in bankruptcy proceedings, the acceptance of the claim arising from the petition to initiate bankruptcy proceedings terminates only the initial phase of the bankruptcy proceedings.²⁷

Civil proceedings are additional means of protection the rights of parties in an ongoing bankruptcy proceeding, because during the bankruptcy proceeding (and for the purpose of relieving the workload of the Bankruptcy Court) it refers to resolving disputed issues within the litigation process.²⁸

2. JURISDICTION FOR OPENING THE BANKRUPTCY PROCEEDING

2.1. Subject matter jurisdiction

Pursuant to provision of Art. 27 of the FBiH Civ. Proc. Code, in civil proceedings, courts shall adjudicate within the scope of their subject matter jurisdiction, as determined by this law or by another law in the Federation, specifically, the law of the cantons. Subject matter jurisdiction of the courts in the Federation is determined by provisions of the Federation Civ. Proc. Code and other federal laws, namely the laws of the cantons.²⁹ Pursuant to Art. V/6/d of the Constitution of the FBiH, that the legislative cantonal body determines jurisdiction of cantonal and municipal courts, all

²⁶ Bankruptcy proceedings are the only court proceeding in the implementation of which, in addition to the *judicial body* (bankruptcy judge) *non-judicial bodies* also participate. Lj. Hrastinski-Jurčec, *Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima (Legal status of the bankruptcy administrator in bankruptcy proceedings)*, High Commercial Court of the Republic of Croatia, Zagreb, October 2007.

²⁷ V. Radović, 47.

²⁸ B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, 576.

²⁹ Cf. M. Pavlović, "International jurisdiction of the Commercial Court in Certain Disputes", *Informator*, No. 4553, 25 October 1997, 17.

cantons in the Federation brought laws on courts and, *inter alia*, prescribed subject matter, namely functional jurisdiction of the courts in the canton.³⁰

Under the rules on subject matter jurisdiction (*competentia ratione materiae*), as a type of relative jurisdiction, there is a redistribution of authorisation in discussing and deciding in disputes from court jurisdiction between different courts within the framework of a unique court system.³¹ Rules on subject matter jurisdiction demarcate the scope of work between the courts of different types and between the courts of different rank within the same type.³²

In civil matters, municipal courts have subject matter jurisdiction (RS – basic courts), and only exceptionally cantonal courts, provided that it is explicitly prescribed by a separate law. Subject matter jurisdiction of the basic courts in Republic of Srpska is equivalent to subject matter jurisdiction of municipal courts in the Federation. Pursuant to Art. 19 of the BD Civ. Proc. Code from 2000, in the Brčko District the basic court has general subject matter jurisdiction in civil proceedings.

One of the more important essential novelties of new laws is the amendment to the current rules on subject matter jurisdiction. In civil cases, jurisdiction of municipal courts has been established to the maximum extent, because only exceptionally special laws can establish jurisdiction of the higher court in first instance proceeding. The value of the dispute in relation to subject matter jurisdiction is of no relevance. An individual judge shall adjudicate in all cases. This represents complete abandonment of the jury system and introduction of the monocratic trial into the first instance proceedings. Parties are not permitted to determine subject matter jurisdiction through agreement.³³

Pursuant to provision of Art. 17 of the FBiH Civ. Proc. Code the court shall, until the decision becomes final, *ex officio*, have due regard to its subject matter jurisdiction.

Subject matter jurisdiction is regulated by the Law on Courts in the FBiH.³⁴ Provision of Art. 27 of the Law on Courts in the FBiH determines subject matter jurisdiction of municipal courts. The municipal court has

³⁰ See J. Čizmić, A. Husinbegović, V. Haubrich, *Nadležnost sudova u parničnom postupku (Jurisdiction of Courts in Civil Proceeding)*, Privredna štampa, Sarajevo 2021, 35.

³¹ As the unique court system in the Federation of BiH consists of ordinary courts, jurisdictions between courts of different rank within the same type of courts are delimited under the rules on subject matter jurisdiction. See B. Čalija, S. Omanović, 121.

³² S. Triva, M. Dika, *Izvanparnično procesno pravo (Non-Contentious Procedural Law)*, Second Revised and Supplemented Edition, Zagreb 1988, 805.

³³ See Kulenović, Mikulić, Milišić, Veličkovski, Stanišić, Vučina, 53–54.

³⁴ *Official Gazette of the FBiH*, No. 38/05, 22/06 and 63/10, with amendment in 72/10, 7/13 and 52/14.

jurisdiction: In criminal matters: a) to adjudicate in first instance: for criminal offences for which the law prescribes as main punishment a fine or sentence of imprisonment up to 10 years, unless the jurisdiction of another court is prescribed by a separate law; for criminal offences for which the jurisdiction of the municipal court is prescribed by a separate law; for criminal offences for which the Court of Bosnia and Herzegovina transferred its jurisdiction to the municipal court; in all criminal proceedings against juveniles; b) to proceed during the investigation and after bringing of the indictment in accordance with law; c) to decide on extraordinary legal remedies when provided by law; d) to decide on expungement of a conviction and on termination of security measures and legal consequences of a conviction, based on a decision of the court and e) to proceed upon requests for pardon in accordance with law. In civil matters to adjudicate in first instance: a) in all civil disputes and b) in non-contentious proceedings. In minor offence matters to adjudicate in first instance: a) in all minor offence cases and b) to decide on petitions for reopening the minor offence proceedings. In commercial matters in municipal courts with a commercial department adjudicate in first instance: a) in disputes related to the rights and obligations arising from legal transactions involving goods, services, securities, ownership or other property rights in real estate, or the rights and obligations arising from securities, in which both parties in the proceedings are either a legal entity or a physical person who, in the capacity of an independent entrepreneur or in another capacity, performs business or other registered activity as his main or additional profession; b) in disputes related to ships and navigation at sea and inland waters, and in disputes to which maritime law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers; c) in disputes related to airplanes, and in disputes to which aviation law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers; d) in disputes related to copyrights, related rights and other rights of intellectual property; e) in disputes arising from acts alleged to constitute unfair competition or monopolistic agreement; g) in bankruptcy and liquidation proceedings, as prescribed by law, and in all disputes arising during and related to bankruptcy and liquidation proceedings. In other matters: a) to proceed in enforcement proceedings, unless otherwise provided by law; b) to determine security measures, unless otherwise provided by law; c) to adjudicate in special proceedings, unless otherwise provided by law; d) to perform the Land Registry activities in accordance with law; e) to provide legal assistance to courts in Bosnia and Herzegovina; f) to perform tasks related to international legal assistance, except for those tasks that have been assigned by law to the can-

tonal court; g) to perform tasks related to registering legal entities; and h) to perform other activities as prescribed by law.³⁵

Lack of subject matter jurisdiction occurs when a court of a different type or a court of the same type but of a different rank has jurisdiction to resolve a dispute.³⁶ The court shall have, *ex officio*, due regard to its lack of subject matter jurisdiction as well as to its absolute lack of jurisdiction, but the court shall not dismiss the complaint due to the lack of subject matter jurisdiction. Instead, the court shall issue a decision declaring its incompetence. After that decision becomes final, the court shall forward the case to the competent court, which shall continue the proceedings as if they were initiated before that court. (FBiH Civ. Proc. Code, Art. 20). Similarly, throughout the entire proceedings, the parties may raise objections regarding the lack of subject matter jurisdiction. Every court shall, throughout the entire proceedings *ex officio*, have due regard to its subject matter jurisdiction. (FBiH Civ. Proc. Code, Art. 17, para. 1). This provision, which requires every court to have, *ex officio*, due regard to its subject matter jurisdiction throughout the entire proceedings should be interpreted in a manner that it applies to first-instance proceedings, not to second-instance proceedings or audit proceedings, in which the court, *ex*

³⁵ See on subject matter jurisdiction in J. Čizmić, A. Husinbegović, V. Haubrich, 74–80.

³⁶ From older case-law: Rules on the establishment of jurisdiction do not apply on courts of different types (VsH R 154/83, PSP 23/235). Subjective amendment of the complaint may lead to change of subject matter jurisdiction (VsH R 379/86, PSP 33/167). The court to which the complaint has been filed, although that court does not have subject matter jurisdiction, shall declare that it is not competent and forward the case to the court which has subject matter jurisdiction (VsH Gr 236/98, ING-SP 99/8–108). Municipal court shall be competent for the labour dispute between the manager of the company and the company (VsH Gr 134/98, ING-SP 99/8–75). Municipal court shall be competent for the dispute related to the boat purchase contract (VsH Gr 146/98, ING-SP 99/8–52). Municipal court shall be competent for the dispute between the dock worker and the employer for damages at work, when unloading the cargo from the ship and upon entry into the shipyard the worker slipped and fell (VsH Gr 289/98, ING-SP 99/8–94). Municipal court shall be competent for lease dispute in which one party is a person against whom a liquidation proceeding has not been opened but has yet to be opened. (16/1.1.2. g. ZS), (VsH 269/99, ING-SP 99/8–110). Municipal court shall be competent for a dispute in which the plaintiff claims compensation for damage he suffered as a passenger on a ship (16/1.2. k. ZS), (VsH Gr 150/99, ING-SP 99/8–109). Municipal court shall be competent for adjudication between persons who perform commercial activity with the purpose of collecting the costs of removing the vehicle pursuant to the Law on Road Safety (VsH Gzz 65/96, ING-SP 99/8–1). Municipal court shall be competent for adjudication on the request of the Road Administration for payment of fees for extraordinary road use (16/1.2.k ZS), (VsH Gr 319/98, ING-SP 99/8–111). The court can bring a decision on a timely objection of the lack of territorial jurisdiction even after the stages in which the objection may be raised (Žs Bjelovar Gž 1662/97, ING-SP 98/8–30).

officio, does not have due regard to its subject matter jurisdiction.³⁷ The first-instance court can declare the lack of subject matter jurisdiction until it issues a binding decision, or until the judgment is rendered (arg. Federation Civ. Proc. Code, Art. 197, para. 1).

2.2. Subject matter jurisdiction may be determined based on various criteria

a/ It can be determined according to the subject matter of the dispute, following the causal or objective criterion (competentia racione causae). According to this criterion, certain types of disputes, such as commercial disputes, may be transferred to the jurisdiction of specialised courts. This criterion for determining the subject matter jurisdiction of courts in civil proceeding is present in RS, where commercial courts exist as a specialised type of court. Thus, commercial courts previously had subject matter jurisdiction over navigation disputes (with the exception of disputes related to passenger transport) or intellectual property disputes. Ordinary courts handled personal and family disputes, labour disputes, property disputes and other civil disputes involving natural persons and legal entities, unless certain disputes were subject to separate laws governing the activities of municipal courts in commercial law, leading to the establishment of commercial departments within municipal courts. In each canton in the Federation there is one municipal court which has a commercial department. As a rule, that is the court which is located in the same place as the cantonal court. In the Federation BiH, commercial departments are established in Sarajevo, Livno, Mostar, Tuzla, Novi Travnik, Zenica, Široki Brijeg, Bihać, Odžak and Goražde and in Republic of Srpska in Banja Luka, Bijeljina, Doboj, Trebinje and Sokolac.³⁸

Because specialised courts, such as commercial courts or labour courts, have (still) not been established in the Federation, judicial practice related to conflict of subject matter jurisdiction is significantly limited, as all such disputes are adjudicated before municipal courts. As a result, we cannot extensively rely on the previous rich court practice for the delimitation of jurisdiction between municipal and commercial courts, particularly in the case of labour or administrative courts.³⁹

³⁷ See E. Zečević, *Pravila građanskog i porodičnog prava sa sudskom praksom (Rules of civil and family law with case-law)*, Samostalni sindikat službenika organa uprave i sudske vlasti u Federaciji BiH, (Independent union of the officials of administrative bodies and of judicial authority in the Federation of BiH), Sarajevo 2000, 28.

³⁸ See Kulenović, 54.

³⁹ Thus, for instance, citing a decision 'municipal court shall be competent for adjudication in a dispute between a domestic physical person (the agent, the person who performed

b/ According to the value of the dispute, the value criterion (*competentia ratione valoris*). Sometimes, the value of the dispute serves as a criterion for determining subject matter jurisdiction. The value of the dispute is a value of subjective law protected during the proceeding and expressed in monetary terms. The claimant indicated the value of the dispute in the complaint. The following factors depend on the value of the dispute: the procedure conducted according to the rules for the small claims disputes (previously, and the suggestion is that it again depends), the requirement that plenipotentiaries of certain parties possess specific professional qualifications (such as passing the bar exam); the obligation to pay court fees and the entitlement to lawyers' fees, among others.

When determining the value of the dispute, it is essential to take into account the value of the *main claim* – the claim for which the proceeding was initiated. The law stipulates that interest, litigation costs, contractual penalties and 'other ancillary claims' should not be considered unless they constitute the main claim. The request for disbursement of interest shall be qualified as ancillary if it is indicated with the request for disbursement of the principal; if the request for disbursement of interest is the main cause of the litigation, such request shall be qualified as the main request. The Civil Procedure Code classifies the request for reimbursement of litigation costs among ancillary claims, therefore indicating this request together with the main request is not considered an objective cumulation of claims. From the perspective of the process theory, it is unfounded to classify the request for reimbursement of litigation costs as ancillary; it is an independent civil claim which can only exceptionally be pursued in separate litigation, particularly in cases of cost reimbursement for securing evidence, as an indirect subject aspect of the main claim.⁴⁰

an action) and the company' loses its meaning, because determining subject matter jurisdiction in this manner is unquestionable, due to the lack of commercial courts.

⁴⁰ S. Triva, M. Dika, 270. From older case-law: The request for payment of interest, together with the request for payment of the principal from which it arises, shall not be considered when determining the value of the dispute (VsH Rev 96/82, PSP 22/145). The request for payment of interest as the main request shall be considered when determining the value of the dispute (VsH Rev 7/82, PSP 21/185). The costs of the procedure for securing evidence shall not be considered when determining the value of the dispute (VsH Rev 606/82, PSP 22/146). In case when the claims are reduced during the proceeding, the value of the dispute shall be determined in accordance with the final claim (Žs Zagreb Gž 3451/96, IO 1/1997–113). When the claim is expressed in a foreign currency, the value of the dispute shall be determined in accordance with the dinar equivalent of the claimed amount of the foreign currency at the exchange rate valid on the day of filing the complaint (VsH Rev 762/87, PSP 38/109). When the claim is expressed in a foreign currency, the value of the dispute shall be determined in accordance with the dinar equivalent of the claimed amount of the foreign currency at the exchange rate valid on the day of filing the complaint, even in the case when during the proceeding, instead of the foreign currency, the

plaintiff requested a payment of its dinar equivalent at the exchange rate on the day of the payment (VsH Rev 67/88, PSP 42/70). The party is not entitled to compensation of the costs of the award for the plenipotentiary for the audit composition, if in audit proceeding it failed with respect to the main claim and it succeeded only in respect of interest on the awarded amount of costs. (VsH Rev 436/95, IO 2/1998-98). When the claim refers to the future recurring payments, the value of the dispute determined by the plaintiff in the complaint shall not be applicable, rather, it should be determined by applying the provision 36 of the Civ. Proc. Code (VsH Rev 1037/79, PSP 16/202). The value of the dispute in objective cumulation shall not be determined by the sum of values of the required claims if the complaint consists of more claims which are based on the same legal basis but on different factual basis (VsH Rev 1644/87, PSP 40/91). The value of the dispute in objective cumulation shall not be determined according to the sum of values of the required claims if the complaint consists of more claims which arise from various basis (VsH Rev 486/87, PSP 36/94). The value of the dispute in objective cumulation shall not be determined according to the sum of values of the required claims if one of the required claims refers to the applicable law for the contracts and the other refers to the applicable law for proprietary rights (VsH Rev 2419/86, PSP 35/149). The value of the dispute in objective cumulation shall not be determined according to the sum of values of the required claims which arise from two consumer credit agreements (VsH Rev 263/88, PSP 44/153). The value of the dispute in objective cumulation shall not be determined according to the sum of values of the requested claims, if the claim requests declaration of invalidity of the testament and determination that certain movables are included in the inheritance (VsH Rev 3559/93, IO 1/1997–87). Request for declaration of invalidity of the apartment purchase agreement and for eviction of the defendant as the buyer from that agreement consists of two requests based on the same factual and legal basis (VsH Rev 465/99, ING-SP 99/8–105). The value of the dispute for each of the two requests when the plaintiff indicated the value in one amount, shall be determined in a manner that the indicated amount is divided by two (VsH Rev 1260/89, PSP 51/171). When several plaintiffs request in a single complaint declaration of existence of a certain right, the value of the dispute shall be determined for each plaintiff separately (VsH Rev 987/89, PSP 47/127). Determination of the value of the dispute by addition of the requests is not applicable in subjective cumulation whereas in objective cumulation it is applicable (VsH Rev 1489/83, PSP 25/170). The value of the dispute shall be determined according to the one-year lease or rent when the object of the dispute is an apartment or business premises, regardless of the realised content of the relationship between parties regarding the same object, regardless of the fact if it is the use of the apartment which has recognised method of acquisition pursuant to the law as the legal basis (Legal opinion of the session (1/80) of the Civil section VsH from 15 February 1980. PSP 17/139). One-year lease or rent shall be calculated in a manner that the amount which is determined for one month is multiplied by twelve (VsH Rev 1771/90, PSP 52/102). When the value of the dispute is determined in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code, the value of the dispute indicated by the plaintiff is not decisive (VsH Rev 1564/90, PSP 52/103). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code and after the preliminary hearing or after the beginning of the discussion at the main hearing (VsH Rev 1564/90, PSP 52/103). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in order to fulfil the contract on the exchange of apartments, where the lease for the apartment the delivery of which is requested is relevant (VsH Rev 451/90, PSP 52/101). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute over the eviction from the apartment of the person who has been using the apartment without a legal basis (VsH Rev 1330/79, PSP 16/176). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute over the emptying of business premises and

In Bosnia and Herzegovina, this criterion holds no significance in relation to determining subject matter jurisdiction. In our previous civil pro-

their delivery to the plaintiff after the termination of the lease agreement (VsH Rev 1290/79, PSP 16/177). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute over the eviction of a person to whom the apartment was given for temporary use (VsH Rev 1885/81, PSP 21/186). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute from tenant relations (VsH Rev 1359/82, PSP 22/147). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute over the eviction of the tenant who has not agreed with the occupant that he would pay the sublease and he did not pay it. The highest one-year amount of the sublease which had to be agreed under the regulations for the premises used by the tenant shall be relevant in such situation (VsH Rev 292/85, PSP 29/132). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute for determination of the right of the occupancy of a member of a family household acquired after the death of the occupant (VsH Rev 585/87, PSP 35/116). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute for eviction of tenants after termination of the occupant's right of occupancy (VsH Rev 1790/86, PSP 35/134). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute over emptying the garage (VsH Rev 727/91, IO 1993/243). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute for eviction from the apartment for official needs of the members of the family household of the occupants who continued to use the apartment after the eviction of the occupants (VsH Rev 363/87, PSP 36/74). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute over eviction of the person who uses certain premises for dwelling without the authorisation of the person who approved the use of the apartment (VsH Rev 2475/86, PSP 36/82). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute for declaration of invalidity of the agreement of exchange of apartments and related to that, of the apartment use agreement (VsH Rev 1211/87, PSP 38/96). The court shall determine the value of the dispute in accordance with Art. 38 of the Civ. Proc. Code in a dispute on the right of exchange of apartments (VsH Rev 320/79, PSP 15/236). The parties may not agree upon the value of dispute different than the one indicated by the plaintiff in a complaint (VsH Rev 157785, PSP 27/120). Not even at the preliminary hearing, or it was not held, at the main hearing before the beginning of discussion on the major issue, when the defendant has not lodged an objection to the value of the dispute indicated in the complaint, after the mentioned stage the court shall not be authorised to check the accuracy of that value (VsH Rev 2175/85, PSP 30/106). The value of the dispute does not necessarily need to match the equivalent of the asset which is the subject of the dispute (VsH Rev 2836/90, IO 1993/244). The court is authorised to check the accuracy of the indicated value of the dispute only if subject matter jurisdiction of the court, composition of the court or the right to declare an audit depend on it (Os Zaadar Gž 3/92, PSP 52/100). Provisions of Art. 40 of the Civ. Proc. Code shall not be applied when the value of the dispute needs to be determined pursuant to 38 of the Civ. Proc. Code (VsH Rev 1564/90, PSP 52/103). When the complaint is expanded to a new defendant, the plaintiff is not authorised to modify the indicated value of the dispute in the complaint (VsH Rev 62/94, IO 2/1995–115). If the plaintiff objectively amends the complaint, he is authorised at the same time but not later, to indicate the new value of the dispute (VsH Rev 1724/89, PSP 51/172). Once the value of the dispute has been indicated, the plaintiff may change it only when he objectively amends the complaint (VsH Rev 2352/94; Rev 2669/94, ING-SP 99/8–16).

ceeding legislation, this criterion determined whether first-instance civil proceedings would be presided over by an individual judge or a judicial council. However, it is now inconsequential, as an individual judge acts in a first-instance civil proceeding.⁴¹

c/ According to the individual of the processing entities, personal criterion (*competentia razione personae*). For example, the legislator in SRBIH previously categorised courts into those with general jurisdiction and those with specific jurisdiction. As a result, commercial courts, for instance, had subject matter jurisdiction to adjudicate disputes in which both parties were companies. Since the courts of general jurisdiction represent *lex generalis*, and the courts of specific jurisdiction represent *lex specialis*, subject matter of specific courts takes precedence over subject matter jurisdiction of specific courts, in this case, precedence over subject matter jurisdiction of regular courts. According to this criterion, subject matter jurisdiction is determined based on the parties in the litigation. Therefore, RS determined the jurisdiction of district commercial courts in litigation, civil proceedings, and in non-contentious proceedings related to rights and obligations arising from legal transactions involving goods, services, securities, ownership and other rights on real estate, as well as the rights and obligations arising from securities. This jurisdiction applies when both parties in the proceeding are legal entities or natural persons who, whether as independent entrepreneurs or in another capacity, engage in economic activities or other registered professions.⁴²

d/ Attraction criterion (*forum attractionis*). Attraction of jurisdiction is a special method of determining both subject matter and territorial jurisdiction in specific legal matters. A court competent under the rules on attraction may be electively, exclusively and subsidiary competent for resolving a particular dispute, and international jurisdiction may be established as well. Jurisdiction of a court, under the rules on attraction, is established based on the fact that before a specific court or within its territory, proceeding is either ongoing or initiated, and this proceeding is in a certain connection with the litigation that is just being initiated. Determining jurisdiction according to attraction leads to efficiency of the proceeding, as well as the principle of uniform application of the law. Application of rules of attraction causes change of jurisdiction, subject matter and territorial, or both of them at the same time. Determining rules on attraction – *attraction* – is justified by expectation that process economy will be realised, that complex resolution will enable the liquidation of all disputed

⁴¹ *Ibid.*, 177.

⁴² *Ibid.*, 178.

relations between parties and, in the end, that the principle of uniform application of the law will be achieved.⁴³

The attractiveness of an initiated proceeding is sometimes such that it affects only the change of provisions on *territorial* jurisdiction – the so-called *incomplete attraction*. In certain other cases the attraction has even stronger effect and it influences the change of *subject matter jurisdiction* – the so-called *complete attraction*. However, the effect on subject matter jurisdiction is not always the same. Attraction is sometimes *stronger*, consequently, lower courts attract cases from jurisdiction of higher courts, whereas higher courts attract cases from jurisdiction of lower courts, and courts competent for one type of cases attract cases from jurisdiction of courts of another type. In certain other cases the attraction is *weaker*, and only higher courts attract the cases from the jurisdiction of lower courts while lower courts do not attract cases from the jurisdiction of higher courts. Quite exceptionally, the power of attraction is so compelling that it effects the change of jurisdiction.⁴⁴

A court competent under the rules on attraction may be electively, exclusively and subsidiary competent for resolving a particular dispute.

Therefore, attraction may be:

a/ Incomplete attraction – attractive force of an initiated proceeding affects only the change of provisions on territorial jurisdiction.

In disputes arising during and in connection to the enforcement proceedings, for which the competent court is the court within whose territory enforcement, specifically, the Bankruptcy Court is located, jurisdiction is determined according to the value of the dispute and attraction is incomplete. For adjudication in inheritance disputes, which arise while inheritance proceeding has not been definitively closed, the court on whose territory the inheritance court is located shall have territorial jurisdiction, in addition to the court of general territorial jurisdiction. Therefore, attraction is incomplete.

b/ Complete attraction – attractive force of the initiated proceeding is such that it affects the implementation of provisions on territorial and subject matter jurisdiction.

c/ Stronger attraction – attractive force on the initiated proceeding affects only the provisions on subject matter jurisdiction in a way that lower courts attract cases from jurisdiction of higher courts, whereas higher

⁴³ S. Triva, M. Dika, 282. Concentration of proceedings under the decision of a court within one court is still not possible only because civil suits are pending at different courts between the same parties (Ss Grs 203/75 – ZSO 1/77 – 149).

⁴⁴ *Ibid.*

courts attract cases from jurisdiction of lower courts, and courts of one type attract cases from jurisdiction of other types of courts. For resolving the complaint of the so-called main interference which is submitted to the court of the ongoing litigation between the parties of the original litigation, the court where the original litigation is being handled shall have the territorial jurisdiction; therefore, that is the complete attraction of a stronger type.

d/ Weaker attraction – attractive force on the initiated proceeding affects the provisions on subject matter jurisdiction in a way that only higher courts attract cases from jurisdiction of lower courts, while lower courts do not attract cases from jurisdiction of higher courts. The court which resolves marital, specifically, paternity dispute is competent for resolving legal maintenance disputes which are conducted simultaneously with marital and paternity disputes. Hence, this is the weaker-type attraction. In cases involving disputes with material co-litigants, if the same court does not have jurisdiction over all the material co-litigants, the court with territorial jurisdiction over any one of the defendants shall be competent to adjudicate. Therefore, this is the attraction of the weaker type. For cases which are initiated by a counter-claim, competent court shall be the court where the original litigation is pending, if that court has subject matter jurisdiction or it is a higher court; therefore, it is the weaker-type attraction. In cases where between the ongoing litigation and litigation which is just being initiated there is a certain connection regarding the subject matter of the dispute, for efficiency reasons the same court is requested to adjudicate, the rules on the so-called attraction jurisdiction shall be applied. The rules on attraction jurisdiction allow jurisdiction of a court which under the rules on general and specific jurisdiction would not be competent. For instance, such jurisdiction is stipulated for counter-claim, for main intervenor's claim, for disputes which arise during and in relation to the enforcement proceedings and during inheritance proceedings, as well as at material co-litigants, and at cumulation of claims. *"When several claims are stated in one complaint (objective cumulation), attraction of jurisdiction occurs with the purpose of improving the efficiency of the proceeding, hence territorial jurisdiction for all claims shall be determined according to jurisdiction for any of those claims in the plaintiff's choice."*⁴⁵

Unlike the agreement of parties on territorial jurisdiction, agreement of parties on subject matter jurisdiction is not permitted. Parties are not authorised to derogate by their agreement the application of rules on subject matter jurisdiction. The existence of subject matter jurisdiction of the court to which the complaint has been filed represents a positive procedural re-

⁴⁵ SS, Grs – 87/79, 5 July 1979, published in M. Dika, J. Čizmić, 92.

quirement, which the court must consider throughout the entire proceedings. Parties may also specify the subject matter jurisdiction to the court. Contrary to the absolute lack of jurisdiction, when the complaint is rejected, defect concerning subject matter jurisdiction shall be remedied by submitting the complaint to the competent court. Due to absolute lack of jurisdiction, all previously undertaken procedural actions shall be annulled. Consequences of the lack of subject matter jurisdiction do not lead to annulment of undertaken procedural actions only because they were conducted by the court which lacks subject matter jurisdiction, nor do they cause rejection of the complaint. The court which has subject matter jurisdiction and to which the case is submitted, decides whether or not to accept undertaken procedural actions. If the court which has subject matter jurisdiction accepts them, the proceedings shall continue as if it were initiated at that court.⁴⁶

An example of the attraction of jurisdiction is in *Disputes in enforcement and bankruptcy proceedings*. The court within the territory of which the enforcement or bankruptcy court is located, shall have the exclusive jurisdiction for adjudication in disputes which arise during and in relation to the *court* enforcement proceeding or bankruptcy proceeding. For adjudication in disputes which arise during and in relation to the administrative enforcement, the court within whose territory the execution is conducted shall have the exclusive jurisdiction. Attraction is incomplete within court jurisdiction but establishes jurisdiction for courts in cases that fall within the basic jurisdiction of administrative bodies.⁴⁷

3. PROVISIONS ON DELEGATION OF JURISDICTION AND EXCLUSIVE SUBJECT MATTER JURISDICTION IN FBiH Civ. Proc. Code

3.1. Delegation of jurisdiction

Delegation of jurisdiction (*forum delegationis*) is transfer of jurisdiction from a court that is legally competent to another court, accomplished through a decision issued by a higher court.

Delegation is permitted solely between courts of the same type and with the same subject matter jurisdiction, as only territorial jurisdiction can be derogated. Rules on determining territorial jurisdiction relate only to

⁴⁶ More details on that in M. Dika, J. Čizmić, 91–94.

⁴⁷ J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine* (Comment of the Civil Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina), Sarajevo 2016, 133–138.

jurisdiction of the court of first instance.⁴⁸ Delegation is only permissible for individual cases,⁴⁹ a limited number of cases, and it may be requested only while the proceeding is still in progress.⁵⁰

The law does not contain explicit provisions regarding the parties' right to appeal against the decision on the delegation of jurisdiction. However, as the decision on the delegation of jurisdiction is not a judicial litigation action but rather an act of judicial administration, it is our opinion that a separate appeal against that decision is not permitted.

Delegation of jurisdiction derogates in a specific case the legal rule on territorial jurisdiction that should have been applied in that particular case.

Delegation may be necessary and functional. Delegation occurs when a court which has territorial jurisdiction by law, cannot adjudicate a specific case⁵¹ – necessary delegation, or when it is more functional that another court of the same type handles a specific case instead of a court which is competent by the law – functional delegation, or when it is necessary to ensure adjudication in a reasonable time – general delegation.⁵²

3.2. General delegation

It is important to mention that there are institutes which resemble delegation and ordering of jurisdiction in terms of terminology and effects, but they do not cause a change of legally established territorial jurisdiction based on a decision of the higher court (general delegation), or the decision of a higher court does not change the jurisdiction of a legally determined court in a specific dispute but applies to a specific category of cases (often referred to as individual presidential delegation of territorial jurisdiction).⁵³

⁴⁸ J. Čizmić, "A Higher Court's Ruling on Territorial Jurisdiction in Civil Proceedings", *Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka*, Vol. 33, No. 1, Rijeka 2021, 291–311.

⁴⁹ See J. Čizmić, (2016), 127.

⁵⁰ See the decision of the VSH, R – 103/83, PNZ 24/84–129.

⁵¹ See E. Zečević, 242–243.

⁵² See S. Triva, M. Dika, 281. See *Novelties in civil proceedings*, 79.

⁵³ Individual presidential delegation of territorial jurisdiction – Judges and councils are assigned tasks according to the schedule established for each year. However, the president of the Supreme Court of the Republic of Croatia may determine that another court which has subject matter jurisdiction adjudicates in certain type of cases, if it can be justifiably concluded that the court which has territorial and subject matter jurisdiction by law, due to the large number of cases that it has, and considering the number of judges and other work conditions, can not adjudicate these cases within a reasonable time and bring a decision (The Law on Courts, *Official Gazette*, No. 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 122/10, 27/11, 57/11 and 130/11, hereinafter – LC, Art. 10, para. 2). When determining 'another court which has subject matter jurisdiction' the president of the Supreme Court should evaluate that another court will be able to adjudicate the forwarded cases and bring a

decision within a reasonable time or at least in a shorter period than the one in which the court which is competent for that case by law could do it. Although the Law on Courts does not contain the provision of the previous Law on Courts (*Official Gazette*, No. 3/94, 100/96, 115/97, 131/97, 129/00, 67/01, 5/02, 101/03, 117/03 and 17/04) pursuant to which the president of the Supreme Court of the Republic of Croatia when making a decision on which cases shall be assigned for adjudication to another court which has subject matter jurisdiction, took into consideration that it should be primarily the cases in which no procedural actions had been taken, or those in which only first actions had been taken, like a response to a claim etc.; reasons of process economy and efficiency argue in favour that the president of the Supreme Court should also consider that issue when making a decision. When he deems necessary that another court which has subject matter jurisdiction adjudicates in certain type of cases, he will determine by a decision which cases are to assigned for adjudication to another court which has subject matter jurisdiction (LC, Art. 10, p. 3). He should determine in the decision the criteria for assigning cases to a specific court or to specific courts, therefore such a decision would have the meaning of a regulation of a kind, general legal act. Cf. S. Triva, M. Dika, 283. The court that assigns the case shall notify the parties by a letter, namely, their plenipotentiaries or representatives (LC, Art. 10, para. 4). The parties would not be entitled to legal remedy against the decision of the president of the Supreme Court on delegation of territorial jurisdiction. When it is decided by a decision which cases will be assigned for adjudication to another court which has subject matter jurisdiction, the parties and their plenipotentiaries are entitled to the right to reimbursement of costs of public transport. Lawyers are entitled to reimbursement of costs for absence from the office during the travel and reimbursement of transportation costs determined by the Tariff for reward and compensation for work of lawyers. It may be concluded that in situation when a case is forwarded to another court, the parties are not expected to engage new lawyers, who have an office in the territory of the court to whose jurisdiction the case has been forwarded, as plenipotentiaries. The abovementioned costs should be paid at the expense of the state budget, if these costs are higher than the costs the parties would have if the proceeding was conducted at the court which has territorial jurisdiction (LC, Art. 10, p. 5). It is obvious that disbursement of the abovementioned costs does not stipulate and is not connected with the success of the parties in litigation, because these costs incurred due to the state's fault, respectively its incapability to regulate and ensure efficient providing of legal protection. The decision on material costs from this article should be brought together with the decision on the costs of proceeding (LC, Art. 10, p. 6.). Although it is not explicitly determined, it is considered that the parties should certainly have to bear other increased costs caused by presidential delegation of jurisdiction, like the costs for witnesses who would have to go to the centre of the delegated court, under the rules on the reimbursement of the costs of proceeding. See S. Triva, M. Dika, 284.

Devolution of territorial jurisdiction (related to the possibility of relieving the courts) – Civil procedural law no longer recognises the institute of jurisdiction of the first instance court (devolution of jurisdiction), which was regulated by the laws on organisation of people's courts from 1945 and 1946, which is not the case with certain other proceedings. For instance, for administrative proceeding see in M. Šikić, "Issues on Governing and Application of Legal Protection to Prevent Administrative Silence in the Republic of Croatia", *Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka*, (1991) Vol. 29, No. 1, 491–521 (2008); according to these rules, the higher court could take the case from jurisdiction of the lower court for first instance resolution or it could forward it to another court of a higher degree. This was done in an effort to provide a possibility that a higher quality court, specifically, a specialised court adjudicates in a particular case. Due to numerous objections, devolution of jurisdiction was neglected in civil procedural law, with arguments

Although general delegation is (currently) not prominent (it is regulated by the FBiH Civ. Proc. Code) in the Federation, it is certainly worth mentioning.

The rules on the so-called **general legal delegation** represent a special type of determining subject matter jurisdiction. These rules assign adjudication in certain type of disputes only to a specific court(s) of a specific type and rank, and not to every such court. Consequence of the legally determined general delegation is that within the courts of the same type and the same rank (hence, municipal courts and commercial courts) there are courts of different subject matter jurisdiction (standard and narrowed, specifically, standard and expanded. At the same time, in a case where there are courts of standard and narrowed subject matter jurisdiction, territorial jurisdiction of courts of standard subject matter jurisdiction is expanded in a manner that they gain territorial jurisdiction for resolving disputes of a specific type and for area of other courts of the same type but of narrowed subject matter jurisdiction. In contrast, in a case where there are courts of standard and expanded subject matter jurisdiction, courts of expanded subject matter jurisdiction have territorial jurisdiction over the area of the entire country for resolving disputes which are in their expanded subject matter jurisdiction.⁵⁴

Although this institute contains the term "delegation", it should be distinguished from delegation of jurisdiction (as well as from ordering of jurisdiction), because that is not delegation of jurisdiction in the sense of provision which regulates necessary and functional delegation. Specifically, in general delegation there is no ordering, nor change of territorial jurisdiction by a decision of a higher court; instead, derogation from the rules on territorial jurisdiction is determined in advance and under the law

that it provided possibility of arbitrary deprivation of parties of their basic right to file legal remedies against court rulings (even the complete, if that authorisation was used by the highest court), which is guaranteed by international legal regulation and by the Constitution of the Republic of Croatia, specifically, that devolution undermines the right to the so-called legal (natural) judge, who would, according to objectively determined criteria in advance, be authorised to adjudicate the case. Cf. Devolution of jurisdiction, *Pravni leksikon* (Dictionary of Legal Terms), Zagreb 2007, 210; S. Triva, M. Dika, 281. The laws on organisation of people's courts from 26 August 1945, in addition to basic organisation, established subject matter jurisdiction of courts. County courts were first instance courts (exceptionally second instance) whose subject matter jurisdiction was resolution of cases in most common civil matters and summary offences which were assigned to them by separate law. More detail in M. Gulić, "Organization and Responsibilities of District/Municipal courts of the City/District of Zagreb 1945–1970", *Arhivski vjesnik (Archival journal)*, year 51 (2008), 275–292. More detail on that issue in J. Čizmić, "A Higher Court's Ruling on Territorial Jurisdiction in Civil Proceedings", *Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka* (1991), Vol. 33, 2012., Number 1, 291–308–309.

⁵⁴ S. Triva, M. Dika, 267.

in specific types of disputes, in a manner that in those cases jurisdiction is assigned to courts of specific rank or type. General delegation determines jurisdiction for specific types or groups of legal matters, in contrast to delegation and ordering which are precisely determined for the precisely defined legal matter.⁵⁵

General delegation (or concentration of jurisdiction) can only be established only by law. The law assigns handling of certain cases to jurisdiction of courts of a specific rank and type. For instance, in the Republic of Croatia, for the handling of disputes concerning ships and navigation and disputes to which the regulations of maritime law are applied, with the exception of disputes concerning the transport of passengers, commercial courts in Osijek, Rijeka, Split and Zagreb are assigned. Provisions of this article govern the institute known as necessary delegation of jurisdiction, specifically, provisions of this article handle the cases when the competent court is unable to adjudicate due to legal reasons, such as exemption of (the only) judge or all judges at that court. If the competent court cannot adjudicate in a concrete matter, due to the exemption of the judges, it shall notify the immediately higher court of that fact, and the higher court shall assign another court from its territory which has the subject matter jurisdiction to adjudicate in that case.⁵⁶ The immediately higher court should be guided by the principle of economy, namely, it should assign the court which shall resolve the dispute as quickly as possible and with the lowest possible costs, considering the parties' domicile or residence, and the place where the submitted evidence are located. For the sake of procedural efficiency, it is common practice in such cases to assign the nearest court to handle the proceedings at the lowest possible costs.⁵⁷

Rules on general delegation represent a distinctive method of determining subject matter jurisdiction, wherein the law centralises jurisdiction due to the need for greater expertise or specialization of judges in specific areas, particularly for certain types of disputes. They differ from delegation and ordering of territorial jurisdiction, because in general delegation there is no ordering, nor change of territorial jurisdiction by the decision of a higher court. Instead, based on law, in specific types of disputes deviation from the rules on territorial jurisdiction is determined in a manner that jurisdiction in these disputes is assigned to the courts of specific rank or type.⁵⁸ Rules on general delegation assign adjudication in certain types of disputes only to a specific court or to specific courts of a certain type, and

⁵⁵ J. Čizmić, (1991), 308.

⁵⁶ VTSH, Pž-2588/96 from 17 December 1996., published in M. Dika, J. Čizmić, 132.

⁵⁷ E. Zečević, 56.

⁵⁸ See J. Čizmić, (1991), 306.

not to all such courts.⁵⁹ As a rule, it is established in cases where greater expertise of judges or specialization for certain areas or for certain types of disputes is required, and jurisdiction is centralised in specific courts. General delegation or the concentration of jurisdiction can only be established only by law.

It is important to highlight that there are cases of **absolute delegation** for specific types of disputes to only one court that has subject matter jurisdiction of a specific type.⁶⁰

3.2.1. Commercial departments in the FBiH

Art. 1 of the Law on Courts in the FBiH regulates the organisation, jurisdiction, financing, judicial administration and other matters significant for organisation and functioning of Municipal Courts, County Courts and the Supreme Court of the FBiH. Provision of Art. 1 of the Law on Courts in Republic of Srpska regulates organisation, jurisdiction and operation of the Basic Courts, District Courts and the Supreme Court of the Republic of Srpska. Within the Federation of Bosnia and Herzegovina, there are no specialised courts dedicated to specific areas. Instead, specialised departments are established within ordinary courts. Pursuant to provision of Art. 23, paragraph 1 of the Law on Courts in the FBiH, Municipal Courts with established commercial departments have territorial jurisdiction over commercial matters over the territory of the entire canton. Commercial departments are established in Municipal Courts located in Bihać, Orašje, Tuzla, Zenica, Goražde, Travnik, Mostar, Široki Brijeg, Sarajevo and Livno (Art. 23, para. 2 of the Law on Courts in the FBiH). Pursuant to Art. 24 of the Law on Courts in the FBiH, the tasks related to registering legal entities are assigned to Municipal Courts in Bihać, Orašje, Tuzla, Zenica, Goražde, Travnik, Mostar, Široki Brijeg, Sarajevo and Livno, for the territory of the respective canton. Provision of Art. 27 of the Law on Courts of the FBiH regulates the subject matter jurisdiction of the Municipal Courts,

⁵⁹ See the sentence of the decision: "the County court which does not have territorial jurisdiction for adjudication in a specific case, shall be competent to decide on the appeal against the first sentence judgement when the president of the Supreme Court of the Republic of Croatia determined that in specific cases another court which has subject matter jurisdiction shall adjudicate, instead of a court which by law has subject matter and territorial jurisdiction, is not able to resolve them within, a reasonable time due to a large number of cases". The decision VSRH No. Revr 656/2008 – 2, 25 March 2012, *Informator*, No. 6058, Zagreb, 2012.

⁶⁰ V. Haubrich, "Delegation and Ordering of Jurisdiction in Civil Procedure", The Twelfth International Conference, *Collected Papers Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Law Faculty of the University of Mostar, Mostar 2014, 416–427.

and paragraph 3 stipulates that in commercial matters, municipal courts with a commercial department shall adjudicate in first instance: a. in disputes related to the rights and obligation arising from legal transactions involving goods, services, securities, ownership or other property rights, or the rights and obligations arising from securities, in which both parties in the proceedings are either a legal entity or a physical person who, in the capacity of an independent entrepreneur or in another capacity, performs business or other registered activity as his main or additional profession; b. in disputes related to ships or navigation at sea or inland waters, and disputes to which maritime law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers; c. in disputes related to airplanes or disputes to which aviation law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers; d. in disputes related to copyrights, related rights and other right relating to intellectual property; e. in disputes arising from acts alleged to constitute unfair competition or monopolistic agreements; f. for economic offences and g. bankruptcy and liquidation proceedings, as prescribed by law, and all disputes arising during and related to bankruptcy and liquidation proceedings.

3.2.2. Commercial Courts in the Republic of Srpska

In the Republic of Srpska, the Law on Courts established District Commercial Courts and the High Commercial Court. Pursuant to Art. 27b of the RS Law on Courts, District Commercial Courts have a first instance jurisdiction: a. in civil and non-contentious disputes related to the rights and obligations arising from legal transactions of goods, services, securities, ownership and other property rights in real estate, as well as rights and obligations arising from securities, in which both parties in the proceedings are either a legal entity or a physical person, who in the capacity of independent entrepreneur or in another capacity, performs business or other registered activity, as his main or additional profession; b. in disputes related to ships and navigation at sea and inland waters, and disputes to which maritime law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers; c. in disputes related to airplanes or disputes to which aviation law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers; d. in disputes related to copyrights, related rights and industrial property rights; e. in disputes arising from acts alleged to constitute unfair competition or monopolistic agreements; f. in bankruptcy and liquidation proceedings, as prescribed by law, and all disputes arising during and related to bankruptcy and liquidation proceedings; g. in tasks related to registration of legal entities and sole proprietors, regulated by the Law on Registration of Business Entities in the Court Registry; h. in enforcement proceedings, on the basis of the final, enforceable judicial deci-

sions of Commercial Courts; i. in determining security measures; j. in providing legal assistance to courts in the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina, within its jurisdiction; k. tasks related to international legal assistance within its jurisdiction; l. in disputes arising from foreign investments; m. in other activities as prescribed by law. Provisions of Art. 27v of the Law on Courts of the RS establish subject matter jurisdiction of the High Commercial Court which has jurisdiction over the following matters: 1. to decide on appeals against decisions of District Commercial Courts, and in first instance also on other matters as determined by law; 2. to decide on conflicts of jurisdiction and of transfer of jurisdiction of District Commercial Courts; 3. to determine legal opinions for the purpose of unified application of laws from jurisdiction of the District Commercial Courts; 4. to perform other activities as prescribed by law.

3.2.3. *Commercial Courts in the Republic of Croatia*

In the Republic of Croatia, the following Commercial Courts are established for resolving disputes related to ships and navigation at sea and inland waters, and disputes to which maritime law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers, disputes related to airplanes or disputes to which aviation law applies, with the exception of disputes related to the transport of passengers, as well as disputes related to use and protection of industrial property, copyrights, related rights and intellectual property rights, protection and use of inventions and technical improvements and company name, unless otherwise provided for by this law: Commercial Court in Osijek, Commercial Court in Split for the territory of Commercial Court in Zadar, Commercial Court in Zagreb for the territory of Commercial Court in Bjelovar and Varaždin, Commercial Court in Rijeka.⁶¹

3.2.4. *Commercial Courts in Serbia*

In the Republic of Serbia, the Law on Organisation of Courts⁶² established Commercial Courts and the Commercial Appellate Court. Pursuant to provisions of Art. 25 of the Law on Organisation of Courts in the Republic of Serbia, Commercial Court shall adjudicate in disputes between domestic and foreign companies, in disputes arising between commercial entities and other legal entities relating to conduct of business activities of commercial entities, in disputes related to industrial property rights, in

⁶¹ See the Territories and Seats of Courts Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 144/10, 84/11.

⁶² See the Law on Organisation of Courts, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13.

disputes resulting from application of the Law on Companies and other related regulation, in disputes relating to foreign investments, ships and aircrafts, navigation at sea and inland waters, liquidation and bankruptcy. Commercial Court conducts the proceeding for entry of legal entities and other subjects into the court register. Commercial Appellate Court decides on appeals against decisions of commercial courts and other authorities, and on conflicts of jurisdiction and transfer of jurisdiction of commercial courts.

3.3. Territorial jurisdiction

Rules on territorial jurisdiction rules determine which court, based on its location, and which has subject matter jurisdiction based on its type and rank, shall be competent and obligated to adjudicate in a specific claim (*competentia ratione loci*).⁶³ Provisions on territorial jurisdiction⁶⁴ are inspired by the effort to address the immediate interests of the parties. Therefore, the law sometimes permits the selection of the competent court (*forum electivum*), and both parties are allowed to determine by agreement which court shall have territorial jurisdiction over their litigation (*forum prorogatum*).⁶⁵ There are many types of territorial jurisdiction, including general territorial jurisdiction (*forum generale*) where interest of the defendant is protected, and special territorial jurisdictions, where interests of the defendant are intertwined with other interests (*forum speciale*).⁶⁶

“Territorial jurisdiction and functional in civil proceedings are determined by the provisions of the procedural law of the Federation of BiH,

⁶³ Relatively weak public interest for determining subject matter jurisdiction leads to constraints, respectively to rapid loosening of court's official attention on the rules of territorial jurisdiction, which leads to a possibility that the court which by the rules on territorial jurisdiction is not competent becomes competent (*prorogatio tacita*). See S. Triva, M. Dika, 271.

⁶⁴ Territorial or relative jurisdiction of courts is the issue in deciding which of the district or commercial courts in the state shall adjudicate a legal dispute in a concrete case. See D. Arandelović, *Civil Proceedings Law of the Kingdom of Yugoslavia I*, Belgrade 1932, 6.

⁶⁵ *“Territorial court shall be established, as a rule, for each individual municipality, commercial, political, exceptionally the government shall establish one common territorial court for two or more municipalities and determine its seat.”* The Law datem 3 October 1876. on territorial courts and the procedure before it, promulgated in piece XXXII of the Collected Papers in year 1876, number 87. See J. Šilović, A. Rušnov, *Tumač gradjanskomu parbenomu postupniku*, Tisak edition of the bookshop Lav Hartman (Kugli and Deutsch), Zagreb 1894, 719.

⁶⁶ V. Haubrich, “Prorogation of jurisdiction in civil proceeding in Bosnia and Herzegovina”, the Ninth International Conference, *Collected Papers Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Law Faculty of the University of Mostar, Mostar 2011, 338–361.

*whereas subject matter jurisdiction is generally determined by the provisions of the Law on Courts enacted by the cantons.*⁶⁷

3.3.1. Exclusive territorial jurisdiction

These rules sometimes exclude the possibility of a compliant being submitted to any other court except the court to which a special rule refers – exclusive territorial jurisdiction (*forum exclusive*). In cases where two different courts have exclusive territorial jurisdiction based on two criteria, case law supports the plaintiff's right to choose to which court with territorial jurisdiction he will file a complaint.⁶⁸ Application of the rules on exclusive territorial jurisdiction may not be eliminated by an agreement on prorogation between the parties. The court shall, *ex officio*, have due regard to this jurisdiction.⁶⁹ Exclusive jurisdiction shall be applied in disputes on real estates, disputes on aircraft and ship, in enforcement and bankruptcy proceeding.⁷⁰

3.3.2. Exclusive territorial jurisdiction in disputes on enforcement and bankruptcy proceeding

Pursuant to provision of Art. 45 of the FBiH Civ. Proc. Code, for adjudication in disputes which arise during and as a result of judicial or administrative enforcement proceedings, or during and as a result of bankruptcy proceedings, the court in the territory where the enforcement or bankruptcy proceedings are being conducted shall have exclusive territorial jurisdiction. Provisions of this article determine territorial jurisdiction for adjudication in disputes which arise during and as a result of judicial or administrative enforcement proceedings (for instance the so-called enforcement counterclaims – oppositional or exclusion lawsuit), or during and as a result of bankruptcy proceedings, in a manner that in these cases, the court which shall have the exclusive territorial jurisdiction shall be the court in whose territory the court which is conducting enforcement or bankruptcy proceedings is located, specifically the court on whose territory the administrative decision is being implemented.⁷¹

⁶⁷ See the decision of the Supreme Court of the FBiH, No. Rev – 21/00, 28 April 2000 – published in the Bulletin of the Court of the FBiH, 1/00.

⁶⁸ See the decision of the Higher Commercial Court in Belgrade, P.245/02, 12 November 2001, *Journal Sudska praksa, domaća i strana* (Case-law, Domestic and Foreign), Privredna štampa, No. 1, Sarajevo 2004, 91.

⁶⁹ See S. Triva, M. Dika, 277.

⁷⁰ See Art. 42–46 of the FBiH Civ. Proc. Code from 2003 and Art. 41–46 of the RS Civ. Proc. Code from 2003 and Art. 27 of the BD Civ. Proc. Code from 2000.

⁷¹ VPSH, Pž-339/80 from 11 March 1980, published in M. Dika, J. Čizmić, 128.

Therefore, the previously established territorial jurisdiction of another court cannot be altered due to subsequently initiated enforcement or bankruptcy proceedings, regardless of their mutual connection. In addition to the rules on territorial jurisdiction, this article also includes provisions governing exclusive international jurisdiction in enforcement and bankruptcy disputes. It should be noted that in disputes arising from this article, there is also exclusive jurisdiction of the court in the Federation within the meaning of the provision of Art. 47 of the Law on Resolving Conflicts of Laws with Regulations of other Countries and in connection with Art. 27 of the Federation Civ. Proc. Code. *If a dispute did not arise as a result of bankruptcy proceedings, such dispute does not have a character of a dispute for which, pursuant to provision of Art. 7, para. 4 of the Law on Bankruptcy proceeding, the bankruptcy court has subject matter and territorial jurisdiction.*⁷²

*“There is no place for application of the rules on attraction jurisdiction within the meaning of provisions of Art. 56 of the Federation Civ. Proc. Code if bankruptcy proceeding was opened against the defendant after initiation of litigation.”*⁷³

*However, not even “when a bankruptcy proceeding is opened against the defendant, application of provisions of Art. 56 of the Federation Civ. Proc. Code is out of question, if a dispute was initiated before opening a bankruptcy proceeding.”*⁷⁴

*The court of general jurisdiction decides on continuation of the proceeding which is conducted related to the assets of the bankruptcy debtor, and where the bankruptcy debtor is a plaintiff, when the bankruptcy administrator notifies the court before which the proceeding is conducted that he has overtaken the proceeding, in accordance to the provision of Article 89, para. 1 of the Law on Bankruptcy. Since it is the proceeding related to bankruptcy, the court which is conducting the bankruptcy proceeding shall have subject matter jurisdiction for resolving it.*⁷⁵

*“Rules on attraction jurisdiction do not apply within the meaning of provisions of Art. 56 of the FBiH Civ. Proc. Code, if a bankruptcy proceeding has been opened against the defendant after the litigation has been initiated.”*⁷⁶

⁷² The decision of the Cantonal Court in Bihać, Number: 23 0 Mal 042927 20 Gž, 21 August 2020.

⁷³ VSBiH, R-70/82 from 8 April 1982, published in M. Dika, J. Čizmić, 129.

⁷⁴ VSBiH, Pž-683/80 from 27 February 1981, published in M. Dika, J. Čizmić, 129.

⁷⁵ The decision of the Higher Court in Novi Sad, business No. Gž. 2509/12, 4 October 2012.

⁷⁶ VSBiH, R-70/82 from 8 April 1982, published in M. Dika, J. Čizmić, 29.

*However, not even "when the bankruptcy proceeding is opened against the plaintiff, application of Art. 56 of the Federation Civ. Proc. Code is out of question if the dispute has been initiated before opening the bankruptcy proceeding".*⁷⁷

4. CONCLUSION

Analysing the issue of the bankruptcy proceedings and its connection with the civil proceedings, through the provisions of the federal Civil Procedure Codes, the Law on Bankruptcy Proceeding and the Law on Courts in the Federation of Bosnia and Herzegovina and in the Republic of Srpska, there is a need for certain proposals *de lege ferenda* for general delegation. Separate specialised courts are not established in the Federation of Bosnia and Herzegovina, namely, jurisdiction for specific disputes is not concentrated by law through institute of general delegation. The Republic of Srpska has recognised the need for different approach and has established district commercial courts and High commercial court. Specialised courts are established in different types⁷⁸ and they are established when there is a need to relieve the ordinary courts of disputes which have certain common features, and for the resolution of which a systematic preparation and the study of a specific legal issue is needed. Within the Council of Europe, through the Consultative Council of European Judges the need for specialisation of judges and establishment of separate specialised courts or departments is being considered. Within the context of the Opinion (2012) No. 15 of the Consultative Council of European Judges on specialisation of judges,⁷⁹ a specialised judge is a judge who deals with a limited field of law or handles cases related to a specific factual situation in specific areas. A higher level of professionalism and efficiency, the required knowledge and experience within their competence, greater expertise that enhances the authority of the court, and the consistency of court decisions in the context of concentrating cases that lead to legal certainty are all cited as potential advantages of judge specialisation.

⁷⁷ VSBiH, Pž-683/80 from 27 February 1981, published in M. Dika, J. Čizmić, 129.

⁷⁸ The most common specialised courts in many European countries are: Family courts, Administrative courts, Commercial courts, Labour courts, Bankruptcy courts, Arbitral courts, Military courts, Small claims courts. The Law of the European Union prescribes establishment of specialised courts or departments in certain legal areas like trademarks of the Union (Community trademarks courts Art. 90 of the Regulation (EC) No 40/94 of the Council of 20 December 1993 on trademarks of the Community) and industrial design of the Community (Community design court Art. 80 of the Regulation (EC), No 6/2002 of the Council of 12 December 2001 on Community design).

⁷⁹ The opinion was adopted at the 13th plenary session CCEJ (Consultative Council of European Judges) in Paris, on 5–6 November 2012.

Recognising the fact that the Consultative Council of European Judges proposes establishment of specialised courts and that specialised courts have already been established in the Republic of Srpska (the Commercial Court and the High Commercial Court), the author suggests *de lege ferenda*, establishment of a separate specialised court (the Commercial Court) and the high specialised court (the High Commercial Court).⁸⁰

Our opinion is that the current solution – separate commercial departments within the ordinary courts – can no longer meet the challenge of resolving complex and specific disputes. Therefore, specialised adjudication should be implemented through the establishment of both first-

⁸⁰ The author decided for the proposal for the name of the specialised court – Commercial court and High Commercial court – because that terminology is more appropriate to the standardised subject matter jurisdiction of the economy department that it would take over. Term economy law had been used for many years as a synonym for commercial law. However, along with commercial law, economy law has developed in the world as a separate branch. We can trace the development of economy law after the First World War, when countries brought numerous regulations after war destruction, in order to restore economy and encourage economic relations. In addition to commercial law, economy law developed as a separate branch of law, which is a part of legal group of public law. See in H. Horak, K. Dumančić, B. Preložnjak, Z. Šafranko, *Introduction into the Commercial Law*, Zagreb 2011, 58–59. In relation to company law, commercial law regulates relations which a company achieves through its business operations and when those activities are considered commercial transactions, while economy law is a set of regulations through which the state intervenes, mostly using coercive rules, in economic life, regulating relations of entrepreneurs towards the market and the state. More on that issue in M. Džidić, *Gospodarska društva, pravni položaj gospodarskih subjekata (Companies, Legal Status of Companies)*, Mostar 2010, 38–39. "Commercial court is a specialised court which adjudicates in disputes that are explicitly assigned to its jurisdiction, in enforcement and bankruptcy issues, which keeps court registries and implements certain non-contestious proceedings". See *Dictionary of Legal Terms*, Zagreb 2007, 1628.

In modern sense, commercial law is a branch of law which relates to the rights and obligations arisen from delivery and providing of services, and legal institutes which improve and enable further conduction of commercial transaction. In wider sense, commercial law comprises all institutes like bill of exchange, cheque and securities in general, bankruptcy, liquidation, arbitration, industrial property. It is necessary to delimit commercial law from economy law (term economy law was used for many years in our region for commercial law) fundamental differences between commercial and economy law would be: 1. Commercial law is a reflection of the principle of entrepreneurial freedom and autonomy of parties, whereas economy law is the law in which the state conducts certain state interventions in the economy, 2. commercial law regulates mutual relations between persons involven in commercial law, whereas economy law regulates relation of subjects towards the state, 3. commercial law is mostly regulated by dispositive norms, whereas economy law is regulated by coercive norms, 4. commercial law is private law, whereas economy law is an integration of public and private law. Economy law is a set of public and private legal norms which the state uses and shapes economic system thus creating conditions for free market competition, keeps it under control and determines relations between economic entities. See in V. Gorenc, *Commercial Law – Contracts*, Zagreb 1997, 6–9.

instance and second-instance specialised courts. The first-instance commercial court should assume subject matter jurisdiction of commercial departments as designated in Art. 37, para. 3 of the Law on Courts in the FBiH and keep the registers of legal entities. Recognising the fact that in Republic of Srpska, as well as in neighbouring countries (the Republic of Croatia and the Republic of Serbia) the High Specialised Commercial Court serves as the second-instance court, *de lege ferenda*, the Law on Courts in BiH should standardise the subject matter jurisdiction of the High Commercial Court as a second-instance court.

We can conclude that the rules on general delegation are the result of the statement that adjudication in disputes of a specific type requires specific, deep knowledge of a certain branch of law; that there are few specialised experts among professional judges; that it is appropriate that some types of disputes are resolved in centres where legal transactions take place in relationships from such disputes arise.⁸¹

In order to secure efficient and fast implementation of bankruptcy proceedings, it is necessary to undertake all actions because the bankruptcy effects business environment, investments, legal certainty, protection of creditors and public revenues. One of the measures is specialisation of court employees and of the bankruptcy judges so as to maximise dedication to the issue of bankruptcy law. Formation and establishment of specialised commercial courts in the FBiH would significantly contribute to efficiency of the bankruptcy proceedings, especially because all disputes arising from bankruptcy proceedings and disputes related to the asset that constitutes the bankruptcy estate could be faster resolved.

Mutual understanding of the roles of all bodies and institutions which directly participate in bankruptcy proceedings or have specific competencies related to bankruptcy proceedings, which can be achieved through institutional dialogue and multidisciplinary education, would be more effectively implemented through a specialised court. This would certainly contribute to greater harmonisation of case law as well as the practices of administrative bodies and financial institutions.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Arandelović, Dragoljub, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije I*, (*Civil Proceedings Law of the Kingdom of Yugoslavia I*), Belgrade 1932;

⁸¹ S. Triva, M. Dika, 284.

2. Čalija, Branko, Omanović, Sanjin, *Civil Procedure Law*, Faculty of Law, University of Sarajevo 2000;
3. Čizmić, Jozo, Husinbegović, Alena, Haubrich, Viktorija, *Nadležnost sudova u parničnom postupku, (Jurisdiction of Courts in Civil Proceeding)*, Privredna štampa, Sarajevo 2021;
4. Čizmić, Jozo, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, (Comment of the Civil Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina)*, Sarajevo 2016;
5. Čizmić, Jozo, "A Higher Court's Ruling on Territorial Jurisdiction in Civil Proceedings", *Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka* 1991, Vol. 33, No. 1, 2012;
6. Čolović, Vladimir, Miljević, Nedeljko, *Stečajni postupak, teoretska razmatranja, zakonski propisi, sudska praksa i obrasci za praktičnu primjenu (The Bankruptcy Proceeding)*, Banja Luka 2004;
7. Džidić, Miroslav, *Gospodarska društva, pravni položaj gospodarskih subjekata (Companies, Legal Status of Companies)*, Mostar 2010;
8. Eraković, Andrija, "Impact of Bankruptcy Proceeding on Civil and Enforcement proceedings", *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Yearbook* 8, Organizator, Zagreb 2001;
9. Gorenc, Vilim, *Trgovačko pravo – ugovori (Company Law – Contracts)*, Zagreb 1997;
10. Gulić, Mirjana, "Organisation and Responsibilities of District/Municipal courts of the City/District of Zagreb 1945–1970", *Archival journal*, year 51, 2008;
11. Haubrich, Viktorija, "Delegation and Ordering of Jurisdiction in Civil Procedure", The Twelfth International Conference, *Collected Papers Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Law Faculty, University of Mostar, Mostar 2014;
12. Haubrich, Viktorija, "Prorogation of jurisdiction in civil proceeding in Bosnia and Herzegovina", the Ninth International Conference, *Collected Papers Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Law Faculty of the University of Mostar, Mostar 2011;
13. Horak, Hana *et al.*, *Introduction into the Commercial Law*, Faculty of Economics and Business Zagreb, Zagreb 2016;
14. Horak, Hana, Dumančić, Kosjenka, Preložnjak, Barbara, Šafranko, Zvonimir, *Introduction into the Commercial Law*, Zagreb, 2011;
15. Hrastinski Jurčec, Ljiljana, *Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima (Legal status of the bankruptcy administrator in bankruptcy proceedings)*, High Commercial Court of the Republic of Croatia, Zagreb, October 2007;
16. Kandare, Boris, Čizmić, Jozo, *Handbook of Litigation Procedural Law*, University of Mostar, Faculty of Law, Mostar 1996;
17. Milić, Ivan, *The Law on Bankruptcy Proceedings*, ILO;

18. Pavlović, Mladen, "International jurisdiction of the Commercial Court in Certain Disputes", *Informator*, No. 4553, 25 October 1997;
19. Poznić, Borivoje, Rakić-Vodinelić, Vesna, *Civil Procedure Law*, the fifteenth revised edition, Savremena administracija, Beograd 1999;
20. Radović, Vuk, *Bankruptcy Law*, Book first, University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade 2017;
21. Šikić, Marko, "Issues on Governing and Application of Legal Protection to Prevent Administrative Silence in the Republic of Croatia", *Collected Papers of the Law*, Faculty of the University of Rijeka, (1991) Vol. 29, No. 1, 2008;
22. Šilović, Josip, Rušnov, Adolfo, *Tumač građanskomu parbenomu postupniku*, Tisak edition of the bookshop Lav Hartmana (Kugli and Deutsch), Zagreb 1894;
23. Triva, Siniša, Belajec, Velimir, Dika, Mihajlo, *Litigation Procedural Law*, Official Gazette, Zagreb 1986;
24. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Izvanparnično procesno pravo (Non-Contentious Procedural Law)*, Second Revised and Supplemented Edition, Zagreb 1988;
25. Zečević, Enver, *Pravila građanskog i porodičnog prava sa sudskom praksom (Rules of civil and family law with case-law)*, Samostalni sindikat službenika organa uprave i sudske vlasti u Federaciji BiH (Independent union of the officials of administrative bodies and of judicial authority in the Federation of BiH), Sarajevo 2000.

Legal documents

1. Civil Procedure Code, *Official Gazette of the FBiH*, No. 53/03, 73/05, 19/06 and 98/15;
2. The Territories and Seats of Courts Act of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 144/10 and 84/11;
3. The Law on Bankruptcy Proceeding of the Federation of BiH, *Official Gazette of the Federation of BiH*, No. 29/03, 32/04, 42/06, 4/17 – the Decision of the CC (Constitutional Court) and 52/18, FBiH LBP);
4. The Law on Bankruptcy Proceedings of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of the Brčko District of BiH*, No. 16/19 and 29/2020;
5. The Law on Bankruptcy Proceeding of the Federation of BiH, *Official Gazette of the Federation of BiH*, No. 53/21;
6. The Law on Bankruptcy Proceedings of Republic of Srpska, Official Gazette of Republic of Srpska, No. 16/2016;
7. The Law on Courts, *Official Gazette of the FBiH*, No. 38/05, 22/06, 63/10, with amendment in 72/10, 7/13 and 52/14;
8. The Law on Courts, *Official Gazette of Republic of Srpska*, No. 37/12, 44/15, 39/16 and 100/17;

9. The Law on Organisation of Courts, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11 and 101/13.

Prof. dr. sc. Viktorija Haubrich

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Prof. dr. sc. Marija Vidić

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Mirjana Kevo, sutkinja

Općinski sud Mostar

ODNOS STEČAJNOG I PARNIČNOG POSTUPKA NA STVARNU I MJESNU NADLEŽNOST – POTREBA USTROJAVANJA TRGOVAČKIH SUDOVA U FBIH

Sažetak

Stečajni postupak je posebna vrsta građanskog sudskog postupka i provodi ga stvarno i mjesno nadležni sud na čijem se području nalazi sjedište pravne osobe ili prebivalište dužnika pojedinca. U radu autorice obrađuju odnos stečajnog i parničnog postupka po pitanju određivanja stvarne i mjesne nadležnosti za stečajne postupke i atrakciju parničnih postupaka po pitanju mjesne nadležnosti. U radu se stavlja fokus na analizu zakonskih rješenja o stvarnoj nadležnosti, generalnu delegaciju i komparaciju s ciljem propisivanja *de lege ferenda* rješenja o uspostavi specijaliziranih trgovačkih sudova za gospodarske predmete i stečajni postupak u Federaciji Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: *Stvarno nadležni sud za stečajni postupak; Mjesno nadležan sud za stečajni postupak; Isključiva mjesna nadležnost u parničnom postupku; Generalna delegacija.*

Проф. др Дамјан Даниловић

Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву

СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ – „CONDITIO SINE QUA NON“ ПОСТОЈАЊА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕ- КАТА И ТРЖИШНЕ ЕКОНОМИЈЕ

Аутор у раду анализира институт солидарне облигације у контексту правних односа у којима се налазе и у које редовно улазе привредни субјекти. Неки од њих су императивне природе, док се други заснивају на добровољној основи. У том оквиру се солидарна одговорност према повјериоцима разматра из неколико аспеката. У оквиру права привредних друштава разматрају се случајеви солидарне одговорности код статусних промјена, одговорности чланова друштава лица, те пробоја правне личности. Са становишта пословног права се у различитим уговорима успоставља солидарни вид одговорности. Најзад, код хартија од вриједности успостављају се односи солидарне одговорности што побољшава положај повјерилаца. Аутор доказује да без овог института у одређеним случајевима никако не би могла да функционише тржишна економија, тиме ни привредни субјекти, док би у другим случајевима непостојања солидарне одговорности привредни систем био сведен на рудиментарну форму у односу на постојећи ниво због недостатка потребне правне сигурности.

Кључне ријечи: Солидарна облигација; Статусне промјене; Уговорни односи; Хартије од вриједности; Правна сигурност.

1. УВОД

Код одређивања појма привредног субјекта наш правни систем прихвата субјективно-објективну концепцију, по којој је привредни субјект оно лице које кроз регистровану форму обавља привредну дјелатност, односно производњу и промет роба и вршење услуга, односно, не признаје такав статус нерегистрованим лицима која обављају те исте послове. Привредни субјекти су основни носиоци прив-

редног развоја. Своје пословно-правне односе обављају на тржишту. Преко тржишта егзистирају и остварују своје развојне потенцијале, доприносећи укупном привредном развоју. Тржиште се обично сматра мјестом сусрета понуде и потражње, тако да можемо разликовати локална тржишта, регионална, тржишта унутар држава, укрупњавајући све до јединственог свјетског тржишта. У свим наведеним нивоима се поставља питање шта је то кључно у тржишним односима? Кључан је тржишни принцип, а то је услов да све стране у пословним односима буду независне и равноправне.¹ Ширим тумачењем тржишног принципа, са становишта привредних субјеката није битна само могућност равноправног и независног статуса, већ је битна правна сигурност, односно постојање високог степена хармоничности и предвидивости исхода у пословним односима. Без значајног степена извјесности извршавања обавеза од стране дужника према привредним субјектима повјериоцима, нити један од њих не би ступао у пословно-правне односе. Стога је основно начело уговорних односа „*Pacta sunt servanda*“, тј. да се уговори требају поштовати. Закон поставља опште начело нормирајући да су учесници у облигационим односима дужни да извршавају своје обавезе и одговорни су за њихово испуњење.² У пракси се дешава непоштовање уговорних односа, било из објективне немогућности, било из намјерних или преварних разлога. У сваком од ових случајева институт солидарности омогућује повољнији положај привредним субјектима, јер им се појачава извјесност извршења дужничке чинидбе.

Друштвено одговорно понашање привредних субјеката има више-струке бенефите за друштво и државу у цјелини,³ али тамо гдје оно недостаје солидарна одговорност има велику улогу. Неопходан услов за функционисање тржишне економије јесте постојање одређеног степена повјерења,⁴ чијем остваривању доприноси солидарна одговорност, што ћемо анализирати кроз неколико различитих правних ситуација. Само по себи, јасно је да нити један привредни субјект не би улазио у пословно-правне односе са другим субјектима ако не би имао преовлађујући степен повјерења да ће исти бити извршени на начин који га неће угрозити, односно да ако то изостане њему правни

¹ *Dictionary of economic terms*, Austrian Economics Center, Vienna 2011, 231.

² Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/1993, 3/1996, 37/2001 – др. закон, 39/2003 и 74/2004, чл. 17.

³ Љ. Рајновић, *Уговори у привреди са освртом на екстерне утицаје на уговорни однос*, Београд 2021, 79–80.

⁴ R. Anderson, *Risk Management and Corporate Governance*, OECD, Paris 2010, 5.

систем нуди одговарајућу правну заштиту којом ће се заштитити његови правни интереси.

Солидарне облигације су оне које на страни субјеката имају мношину субјеката и правно недјељиву радњу.⁵ Ако се на повјерилачкој страни налази више лица онда свако од њих може тражити од дужника испуњење цјелокупне обавезе. Ако је множина субјеката у истој облигацији на дужничкој страни, онда је сваки дужник на захтјев повјериоца дужан да изврши цјелокупни износ дуга. Управо се правна недјељивост огледа у чињеници што сваки од повјерилаца има право тражити од сваког дужника извршење цјелокупне обавезе. Без обзира на чињеницу што у конкретном случају повјериоци међусобно могу имати уговор којим регулишу расподелу цјелокупног дуга, или дужници неки другачији омјер сношења дуговања, са становишта односа између дужника и повјериоца важи дефинисани принцип. Посматрајући становиште повјериоца недвосмислено закључујемо да је његова позиција повољнија у односу на ситуацију када иста облигација не би била солидарна. У солидарној облигацији на дужничкој страни постоји више дужника, који су потенцијално солвентнији него да је ријеч о једном дужнику.

Законима се у одређеним случајевима на императивним принципима уводе односи солидарних облигација. У одређеним случајевима овакве односе је могуће искључити, а у другима није. Код уговорних односа се најчешће успостављају на добровољним односима, али се у прописаним случајевима солидарност унапријед претпоставља.

2. СОЛИДАРНОСТ У ПРАВУ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Солидарна одговорност у оквиру права привредних друштава ће бити разматрана у неколико случајева. Прво, код статусних промјена привредних друштава, затим код одговорности чланова у друштвима лица за обавезе друштва, те у случајевима злоупотреба друштава супротно њиховим циљевима када правни системи остављају могућност повјериоцима да кроз пробој правног лица уђу на терен неограничене солидарне одговорности чланова друштва за обавезе самог друштва.

Постоји неколико врста статусних промјена, али случај неограничене солидарне одговорности се тиче углавном статусне промјене подјеле и одвајања. Код статусних промјена припајања долази до спајања биланса/имовина два друштва тако да дотадашњи повјериоци оба друштва бивају повјериоци новооснованог, односно повјериоци друштва коме се припаја. Код подјеле, привредно друштво престаје

⁵ Б. Морант, *Облигационо право*, Бањалука 2010, 71–74.

да постоји, од њега настају нова привредна друштва, док код одвајања привредно друштво наставља да постоји, али се из њега издваја одређена имовинска цјелина која постаје самосталан субјекат или се припаја другом постојећем друштву. Правни оквир треба добро конципирати у смислу заштите како самих акционара/чланова друштва, тако и повјерилаца. Стога процедура статусне промјене започиње од приједлога управе друштву према чланском органу, усвајањем одлуке о статусној промјени квалификованом већином уз прецизно раздвајање биланса друштава која ће настати подјелом, уз услов да су финансијски извјештаји претходно потврђени од стране вањског ревизора. Када у статусној промјени од једног привредног друштва настане два или више нових привредних друштава или се комбинује настајање нових друштава уз припајање дијела имовине постојећем, законодавац мора одговорити на питање шта бива са дотадашњим повјериоцима друштва које се дијели? Ако би била усвојена концепција да диобом друштва долази до диобе повјерилаца између друштава која учествују у статусној промјени онда постоји опасност да једно од друштава буде солвентно и његови повјериоци не би били угрожени, док друго може бити несолвентно, тиме и угрожени његови повјериоци. Акционари друштава би могли врло лако да се „отарасе“ повјерилаца тако што би спровели подјелу или одвајање на начин да друштву са „лошом“ имовином оставе крупне повјериоце, а другом „солвентном“ друштву преостале повјериоце. У таквом систему би за привредна друштва повјериоце било врло неизвјесно пословање јер би у сваком тренутку могли доћи у ситуацију немогућности намирења потраживања, а дужници би могли често посезати за мјером редуковања својих повјерилаца кроз статусне подјеле, па чак и одвајањем незнатног дијела имовине.

Сами повјериоци друштва које престаје и не знају на које новонастало друштво је пренесена њихова обавеза док о томе не буду обавијештени, стога, закон Хрватске уређује да је главни дужник оно друштво на које је пренесена обавеза повјериоца, а остала друштва која учествују у статусној промјени солидарни дужници до вриједности пренесене имовине.⁶ Законодавац Републике Српске такође уводи солидарну одговорност друштава стицалаца за обавезе друштва које престаје подјелом, а које су настале у периоду до регистрације подјеле и њеног објављивања, сем ако са појединим повјериоцима није

⁶ Д. Јурић, „Заштита вјеровника при домаћим и прекограничним подјелама друштава капитала“, *Зборник ПФЗ* 3/2022, 829–830.

другачије уговорено.⁷ Тумачењем одредаба закона уочавају се двије чињенице. Прво, ријеч је о свим обавезама које настају до тренутка регистрације статусне промјене. Дакле, све обавезе, па и оне настале након усвајања одлуке о статусној промјени обавезују сва друштва која учествују у подјели. Тако се може десити да друштво стицалац одговара и за оне обавезе за које није знало да постоје у тренутку усвајања одлуке о статусној промјени. Домаћи законодавац то сматра прихватљивим ризиком, јер у суштини не пролази много времена до коначне регистрације статусне промјене. Друга чињеница јесте могућност да се са појединим повјериоцима постигне споразум којим се регулише изузеће од солидарне одговорности једног или више друштава која учествују у статусним промјенама. Овакав уговор, по природи ствари, код подјеле уз припајање може бити склопљен унапријед и прије регистрације статусне промјене, гдје се повјерилац или више њих унапријед одриче права на солидарну одговорност према друштву стицаоцу. Са друге стране, код подјеле и одвајања уз оснивање новонастала привредна друштва не постоје, па се искључење њихове солидарне одговорности може уговорити тек по њиховом оснивању, или друштво које се дијели уговара са повјериоцима ограничење одговорности новонасталих друштава и прије њиховог настанка.

Повјериоцима у статусним промјенама припадају одговарајућа права на обезбјеђење недовољно заштићених потраживања, најчешће су то мјере давања јемства, гаранција, хипотеке, одвојеног управљања имовином из које се намирују повјериоци и друге мјере стављања у равноправан положај са осталим повјериоцима, а наведене мјере у неким упоредним правима терете сва друштва која учествују у статусним промјенама.⁸ Истини за вољу, законодавац донекле непрецизно регулише да се то односи само на оне повјериоце који нису довољно заштићени, односно оне који у стечају имају право првенственог намирења, што оставља простор за различита тумачења.⁹ Дакле, овдје се уочава посебан облик солидарне одговорности друштава која учествују у статусној промјени, не само у смислу намирења потраживања, већ претходног пружања обезбјеђења недовољно заштићеним повјериоцима. Овај вид одговорности се односи на све случајеве статусних промјена, не само на подјеле и одвајања. Обавеза даваоца обезбјеђења

⁷ Закон о привредним друштвима Републике Српске – ЗОПД, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 и 17/2023, чл. 408 и 412.

⁸ М. Радовић, „Право повериоца да захтева добијање одговарајуће заштите у случају статусне промене друштва – дужника“, *Право и привреда*, 4–6/2018, 657–663.

⁹ З. Васиљевић, В. Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци 2023, 185.

потраживања да намири потраживање може настати уколико главни дужник, тј. друштво које је првобитни дужник према сада обезбијеђеним повјериоцима не изврши уговорене обавезе, што је несумњиво вид солидарне одговорности.

Почетну фазу развоја привредних друштава карактерише преовлађивање личних елемената у друштву. Чланови су најчешће били појединци или чланови истих породица. Они су оснивали друштва, руководили истим и одговарали за све потенцијалне обавезе друштва. Међутим, стварање форми друштва капитала је условило напуштање оваквог концепта и увођење ограничења одговорности чланова за обавезе друштва. И не чуди став Адама Смита који је један од највећих противника правног ограничења одговорности чланова друштва, објашњавајући да је неморално користити све бенефите друштва од стране чланства, а да истовремено они који воде друштво и одговорни су за лоше стање у друштву пребаце сву одговорност на повјериоце друштва. Можемо се и сложити са оваквим ставом ако у друштву преовлађују лични елементи, међутим, данас постоје сложена привредна друштва у оквиру којих нема личних елемената, гдје су раздвојене надлежности чланске од управљачке сфере друштва, у којима чланови не воде послове друштва. Истина, и у данашњим друштвима капитала могу превладати лични елементи, у једночланим друштвима се дешава да исто лице обавља и чланску и управљачку функцију, али се истовремено постављају посебни стандарди одговорности. Само су друштва капитала способна за велику акумулацију капитала кроз улоге бројног чланства, а то би све било немогуће уколико се не би ограничила одговорност чланства за обавезе друштва.

Дакле, економија обима и способност великих компанија да ефикасно уз значајне уштеде производе добра и врше услуге је утицала на данашњу легислативу привредних друштава. Ипак, у тзв. формама друштава лица задржала се неограничена одговорност за обавезе друштва. Тако, ортаци у ортачком друштву и комплементари у командитном друштву одговарају неограничено солидарно за све обавезе према друштву. Карактеристике ове одговорности јесу да је ријеч о примарној, а не супсидијарној одговорности, повјерилац може прије постављања захтјева према друштву исти упутити једном или свим члановима, оваква одговорност члана је акцесорна на начин да и по садржају и по обиму одговара обавези друштва.¹⁰ Подразумијева се да начело акцесорности у својој основи подразумемијева и правну ваљаност самог потраживања.

¹⁰ З. Грбо, *Увод у право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву 2017, 118.

Правни оквир Републике Српске и Федерације БиХ се битно разликују по могућности искључења одговорности ортака и комплементара за обавезе друштва, али одредбе могу оставити простора за различита тумачења. Законодавац Републике Српске је регулисао такође да је ријеч о неограниченој солидарној одговорности, ако са повјериоцем није другачије уговорено.¹¹ Штавише, истим чланом се инсистира на немогућности спречавања ограничења одговорности у смислу да су ништавне одредбе уговора ортака које би прописивале супротно. Јасно је да у друштвима лица не долази до раздвајања чланске и управљачке функције, те да су за евентуалне пропусте у управљању одговорни ортаци и комплементари, па је логично да сnose пословне ризике друштва. Стога, сматрамо да одредбе о ограничењу одговорности треба тумачити на начин да ограничење одговорности не би могло бити у конкретном друштву регулисано општим условима пословања или уговором ортака, тако да се односи на ограничење у погледу свих ортака и комплементара, те да се односи на све повјериоце. Слиједи закључак да би се ограничење одговорности морало стриктно уговарати у сваком појединачном случају. Законодавац Федерације БиХ нема одредаба о ограничењу одговорности ортака и комплементара. Узимајући у обзир природу друштва, одредбе о неограниченој солидарној одговорности се сматрају императивним, те не постоји могућност њиховог искључења и ограничења.¹² Имајући у виду изложено, сматрамо да би законодавци требали прецизирати одредбе о ограничењу одговорности како не би била остављена могућност различитих тумачења.

Друга страна медаље коју је показало ограничење одговорности јесте могућност злоупотреба друштва, гдје је најчешћи клише да чланови „извуку“ новац из друштва рачунајући на ограничење одговорности, те све губитке пребаце на повјериоце. Само по себи је јасно шта би значило потпуно ограничење одговорности, то би у пракси повећало број превара, те би услед недостатка правне сигурности и тржишног повјерења привредно пословање постало немогуће. И заиста, прва законодавства нису била адекватно креирана са становишта додатне заштите повјерилаца, инсолвентност друштва, ма и преваром постигнута, лишавала је повјериоце било какве могућности наплате према члановима друштва. Одвојени субјективитет друштва је био непремостива баријера.

Пробој правне личности се примјењује најчешће на затворене форме привредних друштава, јер се у њима може идентификовати

¹¹ ЗОПД, чл. 48, ст. 3.

¹² М. Трифковић *et al.*, *Пословно право*, Економски факултет у Сарајеву 2014, 376.

акционар који одлучујуће утиче на пословање друштва, а није примјенив на ситуације великог броја акционара у јавним акционарским друштвима па и нема оваквих случајева у страним судским праксама.¹³ У упоредним законодавствима се кумулативно захтијева постојање доминантног акционара/члана, те оштећење повјерилаца како би се могао користити пробој правног лица. У правном систему Републике Српске овај институт је уведен посљедњим законом о привредним друштвима 2008. године, који је у примјени од 2010. год. Командитори, чланови друштва са ограниченом одговорности и акционари одговарају повјериоцима неограничено солидарно ако злоупотребе привредно друштво за преварне и незаконите активности, или располажу са имовином друштва као са сопственом имовином на начин као да привредно друштво као правно лице не постоји.¹⁴ Језичким тумачењем норме могло би се закључити да и у акционарским друштвима са уситњеним акционарством може доћи до примјене пробоја правног лица, а додатно је компликовано непостојањем судске праксе. Предност домаће легислативе јесте у томе што омогућује одговорност у оним ситуацијама у којима заиста може доћи до удруживања више лица у обављању противправних дјелатности „кријући се“ иза форме привредног друштва, што на први поглед погодује начелу правне сигурности и спречавању злоупотребе права. Практично, пак, не би имало великог значаја због врло тешког доказивања постојања заједничког удруживања ради злоупотреба.

Значајна је и правна ситуација одговорности матичног привредног друштва за друштво кћерку у контексту кршења антимонополског законодавства. Злоупотребе тржишног положаја могу изазвати разноврсне поремећаје на тржишту које имају негативне привредне ефекте. Стога је јако битно антимонополско законодавство конципирати на начин да спречи злоупотребе матичне компаније у смислу да она сама не узрокује директно повреду антимонополског законодавства, већ то чини путем зависних друштава/кћери кријући се иза чињенице да се ради о одвојеним правним субјективитетима. Одвојеност субјективитета је на прву руку препрека одговорности неког другог лица. Међутим, јасно је да матично друштво због посједовања већине акција у зависном друштву јесте у стању да бира већину чланова управе зависног друштва и да остварује или намеће своје пословне политике, у крајњем да одреди и његово тржишно понашање. Ако би се питање одговорности рјешавало примјеном доктрине јединствене економске цјелине, онда бисмо све кћерке и матичну компанију посматрали пра-

¹³ М. Радовић, „Утицај англосаксонског права на српско компанијско право“, *Страни правни живот* 2/2019, 41.

¹⁴ ЗОПД, чл. 15.

вно одвојеним али економски јединственим, па би за кршење антимонополског законодавства поред матичне одговарале и друге кћерке компаније које ништа нису скривиле јер су дио исте економске цјелине, а ако би се користила доктрина одлучујућег утицаја онда долази до одговорности искључиво матичне компаније која остварује одлучујући утицај на зависно друштво.¹⁵ Анализирајући антимонополске прописе закључујемо да домаћа концепција у потпуности омогућује неограничену солидарну одговорност матичног друштва за повреду прописа коју је изазвало зависно друштво.¹⁶

Посебни видови солидарне одговорности се могу јављати у друштву са ограниченом одговорношћу и акционарском друштву у вези са обавезом уношења новчаних улога. Дозвољено је да се улози у новцу могу извршити у износу 50% до оснивања друштва, а преостали износ у року од двије године од оснивања друштва. У случајевима дјелимичног уношења улога, члан/акционар који није у потпуности уплатио уговорени унос удјела одговаран је повјериоцима ограничено солидарно до висине неунесеног улога.¹⁷ Основ ове одговорности јесте у њиховој уговореној обавези према друштву, што све спада у могућа потраживања повјерилаца. Такођер, у случајевима преноса удјела ортака и комплементара на трећа лица, за све обавезе друштва до тог тренутка одговарају и преносилац и стицалац.¹⁸ Ако би се преносилац удјела ослобађао одговорности преносом удјела, то би се повјериоци могли ставити у лошији положај ако би пренос удјела био извршен на инсолвентна лица, тако да их закон штити у овом погледу.

Сви привредни субјекти јесу порески обвезници. Пореска дисциплина је јако битна за пуњење државног буџета који је полазна основа државних политика. Ради предупредјења одређених злоупотреба и обезбјеђења сигурније наплате пореза, законодавства предвиђају солидарне дужнике у измирењу пореских обавеза.¹⁹ Суштина наведеног принципа јесте да она лица која врше злоупотребе, што за последицу има пореску евазију, бивају солидарно одговорна за износ пореског дуга. Без овог вида одговорности би била отворена врата вели-

¹⁵ C. Kersting, “Liability of Sister Companies and Subsidiaries in European Competition Law”, *ECLR* 41/2020, 125.

¹⁶ Закон о конкуренцији БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 48/2005, 76/2007 и 80/2009, чл. 2, ст. 2.

¹⁷ ЗОПД, чл. 99, ст. 3 и чл. 179, ст. 3.

¹⁸ Д. Даниловић, Р. Јотановић, *Основи пословног права*, Економски факултет УИС 2021, 197–198.

¹⁹ D. M. Dunn, “Joint and several Liability: a common arrangement with uncommon tax consequences”, *Tax analytics* 2005, 1021–1038.

ком броју злоупотреба, што би неминовно довело до урушавања тржишта.

Закон о пореском поступку Републике Српске предвиђа тзв. „секундарне пореске обавезе“, што су доспјеле а неизмирене пореске обавезе другог пореског обвезника, а односе се на законске заступнике који свјесно или без дужне пажње пропусте да изврше обавезу плаћања; лица која приликом руковођења злоупотребљавају своје позиције, што за последицу има немогућност плаћања пореза; лице које доприноси или помаже у избјегавању плаћања пореског дуга за неисплаћени порески дуг; физичко лице које је одговорно лице у правном лицу, које обрачунава и плаћа порез, а не плати порез на износ тог пореза који није плаћен, у случајевима када се утврди да то лице није поступало са дужном пажњом; лице које је примило средства, ствари или права из имовине пореског обвезника трансакцијом без накнаде или уз накнаду која је нижа од цијене која је могла да се оствари на тржишту, у периоду од пет година прије дана доспјелости пореза; обавеза која није плаћена за пореског обвезника за износ неплаћеног пореза, а највише до вриједности примљене имовине умањене за износ који је то лице за њу платило; лице које у своју корист или у корист другог лица умањује имовину пореског обвезника, или доприноси или помаже пореском обвезнику да смањи своју имовину, и др.²⁰

3. СОЛИДАРНОСТ У УГОВОРНИМ ОДНОСИМА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА

Уговорни односи настају на добровољној основи, сагласношћу изјава воља. Било на страни дужника, било на страни повјерилаца, може доћи до укључивања више лица у уговорни однос. Најчешће тако и настају обавезе солидарних дужника. Међутим, у односу на грађанскоправне уговоре, пословноправни се разликују у низу начела. Једно од њих јесте начело солидарности. Код ове категорије уговора долази до успостављања солидарних односа ако се на дужничкој страни појављује више привредних субјеката, осим ако околности не указују другачије.²¹ Солидарност се у оваквим односима може искључити једино уколико се то учини изричито навођењем клаузула о независности обавеза на дужничкој страни, или су уговорне обавезе

²⁰ Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 78/2020 и 37/2022, чл. 44 и 45.

²¹ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, UNIDROIT 2016, 374–375; 300, чл. 413.

за сваког дужника дефинисане на такав начин да из самог уговора проистиче да је ријеч о обавезама појединих дужника.

У сваком случају, типични односи солидарности се јављају код банкарских гаранција, документарних акредитива гдје је солидарност саставни дио њихове природе, али и у бројним другим уговорима у привреди. Банкарске гаранције су значајне због своје бројности. Издају се управо због тога што у одређеним пословноправним односима једна од страна није сигурна да друга уговорна страна може одговорити својим обавезама, тако да у суштини настанак таквог односа бива управо везан за издавање банкарске гаранције. Уколико гаранција не буде издата, неће настати ни њихов пословноправни однос. Уговором о банкарској гаранцији обавезује се банка кориснику (примаоцу) гаранције да ће у случају да му дужник не измири обавезу о доспјелости измити обавезу ако буду испуњени услови из гаранције.²² Дакле, поред дужника из основног посла паралелно долази до одговорности банке по основу издате гаранције. Са становишта налогодавца из основног посла ријеч је о кредитном односу, а са становишта корисника гаранције долази до успостављања самосталног облигационоправног односа.²³ Кориснику гаранције дужничку чинидбу дугује дужник из основног посла, а на основу гаранције такође има права на исплату одређеног новчаног износа од стране банке. Наравно да нема право кумулације оба захтјева, јер је то супротно сврси гаранције. Банкарска гаранција води поријекло од института јемства, али њена предност у односу на само јемство јесте у чињеници независности од основног правног посла, мада у складу са начелом диспозитивности уговорне стране могу уговорити акцесорност обавезе.²⁴ Независност од основног правног посла омогућује за корисника гаранције ефикаснију наплату јер је искључена могућност стављања приговора правне неваљаности основног посла, као и приговора неизвршења обавеза од стране уговарача гаранције, тј. уговорне стране из основног посла поводом кога је гаранција издата. Једино банка може стављати приговоре кориснику гаранције, али само за чињенице у вези конкретне гаранције, тј. њене пуноважности и услова наплате гарантованог износа. У односу на друга персонална средства обезбјеђења предност банкарске гаранције јесте чињеница да се банке појављују као дужници, које су по правилу врло сигурни и солвентни дужници. Управо

²² ЗОО, чл. 1083.

²³ В. Козар, „Обезбеђење потраживања банкарском гаранцијом у Републици Србији и земљама региона“, *Страни правни живот* 3/2011, 191.

²⁴ Б. Пајтић, „Банкарска гаранција у српском и европским правним системима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015, 1127.

због тога се банкарске гаранције и издају ради обезбјеђења послова велике вриједности.

У зависности од услова за остваривање банкарске гаранције може бити супсидијарна или гаранција на први позив. Ако је услов реализације банкарске гаранције немогућност корисника да се наплати од главног дужника, или да му дужник не измири уговорене обавезе, прво је потребно да се покуша са наплатом од главног дужника, односно предузимање других правних радњи како би му дужник извршио одговарајућу дужничку чинидбу. У оваквим случајевима ријеч о супсидијарној обавези банке. Овакве гаранције су потенцијално мање ефикасне због потребе доказивања додатних чињеница за реализацију гаранције и потребног времена да се те радње претходно спроведу прије захтјева према банци.

Ради предупређивања свега наведеног и побољшања ефикасности са нивоа међународног права су уведене банкарске гаранције на први позив, односно безусловне гаранције. Механизам реализације у пракси функционише на начин да корисник гаранције као услов реализације треба да банци поднесе захтјев за исплату. Ријеч је о типичној солидарној облигацији у којој се исплата од банке може захтијевати прије или истовремено са обавезом дужника из основног посла. Реализација банкарске гаранције се врши подношењем захтјева у коме се само наведе да дужник није извршио своју обавезу, или се уговори да се детаљније специфицира неизвршење уговорних обавеза, подношење судске или арбитражне одлуке, или одговарајућих докумената.²⁵ Могућности банке да одбије реализацију гаранције на први позив су врло сужене, тако да овај тип гаранција може бити подложен злоупотребама, нпр. корисник гаранције поднесе захтјев за исплату наводећи да није извршен основни посао иако у пракси јесте извршен и сл. У упоредним правима се јављају два концепта ради предупређивања оваквих ситуација, а то су институт преварног понашања и институт злоупотребе права, који суштински омогућавају банци да одбије плаћање ако има јасне и недвосмислене доказе да корисник поступа преварно или злоупотребљава права, нпр. банка има доказе да је основни посао уредно извршен, или да посао није извршен усљед више силе, али је врло битна чињеница да је корисник гаранције свјестан да преварно поступа.²⁶ Приговор непуноважности основног посла не би могао спријечити реализацију гаранције, али приговори банке на захтјев за исплату због неизвршења обавеза могу суспендовати реализа-

²⁵ И. Тодоровић, „Одбијање плаћања по гаранцији на први позив“, *Право и привреда* 4–6/2018, 700.

²⁶ *Ibid.*, 703–704.

цију гаранције јер се тичу директно услова гаранције, под условом да је ријеч о злоупотреби права и кршењу начела савјесности и поштења од стране корисника гаранције. Дакле, иако је ријеч о солидарној обавези банке, може доћи до наведених ограничења у реализацији права повјериоца.

Акредитив као посебан правни посао такође има значајну улогу, поготово када је ријеч о међународном пословању. Он је настао као инструмент плаћања, али и као инструмент обезбјеђења плаћања. Посебно је погодан у ситуацијама када долази до плаћања по основу извршавања уговора у привреди ако је случај да се уговорне стране не познају. Исплатом путем акредитива предупрјеђују се преваре и једне и друге уговорне стране. Док се банкарске гаранције могу уговорати по различитим основима, као што су враћање аванса или зајма, уредно извршење правних послова и сл., акредитив се уговара искључиво ради извршења обавезе плаћања једне уговорне стране другој. Конструкција правних односа у погледу заштите уговорних страна се обезбјеђује уговарањем исплате путем акредитива, тако да страна која је у обавези плаћања издаје налог да се отвори акредитив у корист повјериоца. Да повјерилац не би био преварен у смислу да испоручи робу или изврши услугу, а да остане неисплаћен, отварањем акредитива од стране банке добија на правној сигурности и тек тада испоручује робу. Са друге стране, и налогодавац за издавање акредитива може бити преварен у смислу да не добије адекватну робу или услугу, тако да тек слањем докумената кориснику акредитива може бити наплаћен акредитивни износ. Дакле, јасно је да и овдје поред дужника из основног посла кориснику акредитива дугује акредитивна банка. Акредитиви слично као и гаранције могу бити условни, али и безусловни. Код потоњих је довољан прост захтјев за исплату, али су због тога подложнији потенцијалним злоупотребама. Код документарних акредитива је потребно подношење саобразних докумената, управо оних које налогодавац испоручује кориснику. Са становишта корисника акредитива погодност је то што овдје важи принцип пословања документима, а не робом,²⁷ банка провјерва искључиво саобразност докумената, а не испуњеност услова из основног посла. Уосталом, акредитив је правно независан од основног посла. Међутим, у англо-америчком праву се отишло корак даље увођењем *stand by* акредитива, тако да умјесто постојања обавезе банке само према повјериоцу

²⁷ Р. Вукадиновић, „Доктрина строге саобразности код документарног акредитива и меке клаузуле“, *Право и привреда* 4–6/2014, 373.

обавезе плаћања, банка може бити одговорна и једној и другој страни у случају неуредног извршења чинидбе која јој се дугује.²⁸

У бројним другим уговорним односима се успостављају односи солидарности као што су солидарна одговорност више превозилаца за штету на роби, одговорност пројектанта и извођача радова према наручиоцу и стицаоцу грађевине, код гаранције за исправно функционисање ствари давалац гаранције и продавац солидарно одговарају купцу робе, код *del credere* комисиона комисионар одговара за треће лице. Код извршавања обавеза из услужних правних послова дужници могу ангажовати трећа лица за извршавање послова, тако да поред одговорности за избор, надзор и давање упутстава може бити подразумијевана или уговорена одговорност за њихов рад,²⁹ тако да опет на дужничкој страни постоји више лица. Код осигурања од одговорности, поред штетника оштећеном лицу дугује и осигуравач. Средства обезбеђења извршења уговора су такођер заснована на односима солидарности. Општи је принцип да када више штетника причине штету истом лицу бивају солидарно одговорни, уз њих и подстрекач и помагач, такође, солидарност постоји код причињавања штете трећим лицима од стране правног лица, при чему правно лице одговара за радње својих органа, тако да оштећени може осим од штетника тражити одштету од правног лица.³⁰ Поред наведених постоје и бројни други случајеви.

4. СОЛИДАРНОСТ У ПРАВУ ХАРТИЈА ОД ВРИЈЕДНОСТИ

Чекови и мјенице као најчешће кориштене хартије од вриједности дају значајне погодности повјериоцима у облигационим односима. Ријеч је о вјеродостојним исправама, на основу којих повјерилац може покренути извршни поступак. Међутим, и прије и након покретања извршног поступка из истих произилазе непосредни и самостални односи повјериоца према једном или више дужника, који су у положају солидарних дужника, који су готово идентично регисани у обје врсте хартија.³¹ На овај начин се појачава сигурност повјериоцима да ће наплатити чековне и мјеничне суме. Чекови служе као инструменти плаћања, у којима банка по налогу издаваоца исплаћује чековни износ доносиоцу. Поред главног дужника акцептанта, који је

²⁸ М. Дукић-Мијатовић, Д. Ђорђевић, „Standby акредитив као средство обезбеђења у међународним уговорним односима“, *Право – теорија и пракса* 4/2023, 1–16.

²⁹ С. Јанковић, „Одговорност за избор у уговорима у привреди – посебан осврт на уговор о организовању путовања и шпедицији“, *Право и привреда* 7–9/2017, 138–142.

³⁰ ЗОО, чл. 206 и 172.

³¹ Закон о чеку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 32/2001, чл. 26.

увијек банка, ималац се може наплатити и од издаваоца, индосаната и авалиста.³²

У мјеници се трасант/издавалац обавезује да по наредби ремитента исплати мјенични износ, или позива трасата да по наредби ремитента изврши плаћање. Најчешће се обезбјеђење плаћања мјеничног износа постиже авалирањем, авалиста одговара за главног мјеничног дужника или за неког другог солидарног мјеничног дужника. Авалирање потиче од установе јемства, идентичан им је формални карактер и кауза, тј. обезбјеђење потраживања из основног посла, али је разлика у томе што је авал пуноважан и онда када је потраживање чијем обезбјеђењу служи непуноважно.³³ Поред авалисте повјерилац се може наплаћивати од низа других солидарних дужника као што је издавалац акцептиране мјенице, интервенијента (који спријечава регресну наплату од других дужника), домицилијанта (који мјеницу плаћа у другом мјесту у односу на главног дужника), индосанте (преносиоце мјеничних потраживања) који нису искључили своју одговорност, све у складу са начелима самосталности.³⁴

5. ЗАКЉУЧАК

Нормални тржишни токови захтијевају одговарајући ниво правне сигурности, чији је најважнији сегмент уредно испуњавање обавеза од стране једних лица према другим лицима. Без тога привредни субјекти не би могли правно нити тржишно егзистирати. У том смислу, солидарна одговорност као одговорност више субјеката за исту обавезу у великој мјери утиче на сигурност повјерилачке стране. Солидарност је у одређеним случајевима уведена императивним законским нормама, најчешће у домену статусне регулативе привредних субјеката. С друге стране, у оквиру уговорних односа се неријетко преузимају овакве врсте обавеза.

Довољно би било сагледати наведене примјере у раду па закључити о веома широкој примјени наведеног института, тиме и његовом значају. Солидарна одговорност је у одређеним случајевима толико битна да би без ње тренутно уређено тржиште одмах било претворено у анархију. Ријеч је о случајевима статусних промјена привредних друштава, пробоја правног лица, одговорности матичног привредног

³² Закон о чеку Републике Српске, чл. 22.

³³ Б. Пајтић, „Однос уговора о јемству и сродних института привредног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015, 154.

³⁴ Закон о мјеници Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 32/2001, чл. 44–64.

друштва за друштво кћер и наведене случајеве у оквиру пореског надзора.

По процјенама, око 90% извозних послова свјетске привреде јесу под одређеним обликом обезбјеђења, тј. неког облика солидарне облигације, а такође су бројни у унутрашњим правним оквирима. Јасно је да би без њих привредни системи били неупоредиво неразвијенији. Код банкарских гаранција и акредитива увијек долази до паралелне одговорности банке према повјериоцу, такође и у бројним другим уговорима у привреди и одређеним институтима облигационог права везаних за обезбјеђивање потраживања. Солидарна одговорност у праву хартија од вриједности такође значајно подиже повјерење у пословање са хартијама од вриједности, без чега би готово изгубиле на значају, поготово у земљама са недостатком правне сигурности.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Anderson, Richard, *Risk Management and Corporate Governance*, OECD Paris 2010;
2. Васиљевић, Зоран, Радовић, Вук, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци 2023;
3. Вукадиновић, Радован, „Доктрина строге саобразности код документарног акредитива и меке клаузуле“, *Право и привреда* 4–6/2014;
4. Грбо, Зинка, *Увод у право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву 2017;
5. Даниловић, Дамјан, Јотановић, Раденко, *Основи пословног права*, Економски факултет УИС 2021;
6. *Dictionary of economic terms*, Austrian Economics Center, Wiena, 2011;
7. Дукић-Мијатовић, Маријана, Драган, Ђорђевић, „Standby акредитив као средство обезбјеђења у међународним уговорним односима“, *Право – теорија и пракса* 4/2023;
8. Dunn, M. Daniel, “Joint and several Liability: a common arrangement with uncommon tax consequences”, *Tax analytics* 2005;
9. Јанковић, Светислав, „Одговорност за избор у уговорима у привреди-посебан осврт на уговор о организовању путовања и шпедицији“, *Право и привреда* 7–9/2017;
10. Јурић, Дионис, „Заштита вјеровника при домаћим и прекограничним подјелама друштава капитала“, *Зборник ПФЗ* 3/2022;
11. Kersting, Christian, “Liability of Sister Companies and Subsidiaries in European Competition Law”, *ECLR*, 2020;

12. Козар, Владимир, „Обезбеђење потраживања банкарском гаранцијом у Републици Србији и земљама региона“, *Страни правни живот* 3/2011;
13. Мораит, Бранко, *Облигационо право*, Бањалука 2010;
14. Пајтић, Бојан, „Однос уговора о јемству и сродних института привредног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015;
15. Пајтић, Бојан, „Банкарска гаранција у српском и европским правним системима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015;
16. Радовић, Мирјана, „Утицај англосаксонског права на српско компанијско право“, *Страни правни живот* 2/2019;
17. Радовић, Мирјана, „Право повериоца да захтева добијање одговарајуће заштите у случају статусне промене друштва-дужника“, *Право и привреда* 4–6/2018;
18. Рајновић, Љиљана, *Уговори у привреди са освртом на екстерне утицаје на уговорни однос*, Београд 2021;
19. Тодоровић, Иван, „Одбијање плаћања по гаранцији на први позив“, *Право и привреда* 4–6/2018;
20. Трифковић, Милош, Симић, Милић, Тривун, Вељко, Махмутџеџић, Ведад, Новалија, Фатима, *Пословно право*, Економски факултет у Сарајеву 2014;
21. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, UNIDROIT 2016.

Правни извори

1. Закон о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 и 17/2023;
2. Закон о конкуренцији БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 48/2005, 76/2007 и 80/2009;
3. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/1993, 3/1996, 37/2001 – др. закон, 39/2003 и 74/2004;
4. Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 78/2020 и 37/2022;
5. Закон о чеку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 32/2001;
6. Закон о мјеници Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 32/2001.

Associate Professor Damjan Danilović, LL.D.

Faculty of Economics, University of East Sarajevo

JOINT AND SEVERAL LIABILITY—"CONDITIO SINE QUA NON" OF THE EXISTENCE OF BUSINESS ENTITIES AND THE MARKET ECONOMY

Summary

In this paper, the author examines the concept of joint and several liability within the context of legal relationships that business entities frequently engage in. Some of them are mandatory in nature, while others are based on a voluntary basis. In this framework, joint and several liability towards creditors is considered from several aspects. The law of commercial companies encompasses instances of joint and several liability during status changes, the liability of individual company members, and the lifting of the corporate veil, among other aspects. From the point of view of business law, joint liability is established in various contracts. Ultimately, the establishment of joint and several liability relations in the case of securities enhances the standing of creditors. The author demonstrates that without this institution, the market economy, and consequently the economic entities, would not be able to function at all. In other scenarios, the absence of joint responsibility would cause the economic system to deteriorate to a primitive state, lacking the essential legal assurance.

Key words: *Joint and several liability; Status changes; Contractual relations; Securities, Legal certainty.*

Виши асистент Ђорђе Перишић, мр

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ОПШТЕГ ПРЕВОЗИОЦА РОБЕ (*COMMON CARRIER*) У ОПШТЕМ ПРАВУ (*COMMON LAW*)

Општи превозилац, енг. Common carrier, је превозилац који јавно нуди превоз неодређеном броју лица. Ријеч је о једном специфичном правном концепту који се појавио око 1700. године и без дилеме има истакнуто мјесто у англосаксонском саобраћајном праву. Свој статус изводио је из општег права (common law), а касније је прилагођаван уговором о превозу и одредбама закона. Иако се током претходних, више од три вијека, овај концепт мијењао судским одлукама и законском регулацијом, у мјери да данас скоро и не постоји, има смисла изучавати његове карактеристике и домете. У раду је објашњено како се стицао статус општег превозиоца и које су биле правне посљедице тог статуса. Акцент је стављен на особине његове одговорности за штету на роби коју је превозио и обавезу прихватања превоза. Превозничка одговорност у савременом саобраћајном праву има много сличних особина коју је имала одговорност општег превозиоца, па је инспирацију за нека будућа правна рјешења, могуће наћи у концепту common carrier.

Кључне ријечи: *Common carrier*; Јавна служба; Објективна одговорност; Неправичне уговорне одредбе.

1. УВОД

Општи превозилац је читав један правни концепт који се огледао у особеном правном положају превозилаца који су јавно нудили превоз, а који се наметао у *common law*. Имао је велики практични значај у свим правним јурисдикцијама које су своју основу имале у општем праву. До средине 20. вијека он је скоро формално нестао, законодавном активношћу, судским одлукама, појединачним уговорима, али

његови принципи још одзвањају одлукама виших судова.¹ Суштина је у томе да је он задржао положај јавне службе, карактеристичан за средњевијековно право, кога су се други тржишни учесници успјели ослободити развојем привреде и трговине, након пада феудализма и наступањем индустријске револуције. Како је задовољавао јавни интерес, општи превозилац је имао двије велике дужности које произлазе из његовог статуса: прихватања на превоз робе за све који то траже и строга одговорност за губитак или оштећење робе коју превози. С друге стране, имао је право на разумну накнаду. Он је био подвргнут обавезама које су проистекле, не из споразума са корисником превоза, већ из статуса, односно идеје да је у интересу заједнице да, они који су јавно понудили услуге, треба да покажу пажњу, вјештину и поштење у свом пословању.

Пошто су превозиоци били трговци, стално су уводили новине у своје пословање, покушавајући да олакшају свој положај. Тако су, у појединачне уговоре, уносили разне одредбе и објављивали обавјештења за јавност, смањујући круг лица са којима морају закључити уговор и олакшавајући своју одговорност, пошто су је у неким случајевима искључивали, а у неким ограничавали. Због тога је била неопходна реакција и судске и законодавне власти, да би се одредила граница превозничке аутономије воље и ограничила нарасла тржишна моћ превозилаца, чиме се концепт општег превозиоца константно мијењао.

Приватни превозилац (*private carrier*) није дјеловао јавно и односе са корисником превоза уређивао је појединачним уговором, тако да је могао одбити закључење уговора из било ког разлога и блаже је одговарао за штету на роби коју превози, јер је то била одговорност за немар (*negligence*). Он је могао бирати са ким ће пословати и, у произвољно одређеним ситуацијама, одбити да превози. Ако би закључивао уговоре, није имао ограничења у одређивању њихове садржине, па ни граница у искључењу или умањењу своје одговорности за проузроковану штету на роби.

Иако је мало остало од некадашње садржине појма општег превозиоца, значај овог концепта у англосаксонском праву је и данас велики. Без његовог разумијевања, мало тога би било могуће схватити у савременом саобраћајном праву, технички термини који се данас користе воде поријекло из обичајног права, а и дан-данас се примјењују неки принципи у општем праву. Због тога и савремена литература саобраћајног права у разрађивању појединих института полази од

¹ B. Harris, *Ridleys Law of the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, Sweet and Maxwell, London 2010, 54.

концепта *common carrier*. За континенталне правнике, значај овог концепта је у томе што се могу повући паралеле између два правна система и боље схватити разлози настанка одређених појава и института саобраћајног права, попут објективне одговорности за штету, а нарочито ради лакшег разумијевања одређене терминологије у међународним конвенцијама и начина размишљања англосаксонских правника, који су много утицали на садржај конвенција. Осим тога, питање који превоз је јавни, а који приватни, не губи ни данас на значају. Појављују се нови пословни модели превоза које треба правно објаснити и оцијенити са аспекта допуштености, па повратак у прошлост може бити врло користан.

2. КО ЈЕ ОПШТИ ПРЕВОЗИЛАЦ?

Општи превозилац је онај који превоз нуди неодређеном броју лица (*public offer / public employment*) и има право на превознину (*for hire*). Није било сумње да је то превозилац који путем јавног оглашавања нуди превоз, али статус се могао стећи и без тога, ако се јавности, доступност превоза емитује на било који подобан начин, рецимо на упит.² Статус општег превозиоца стицао се једнострано, понашањем, без обавезе да се то формално стилизује, јер се није захтијевала формална писана потврда, већ су понашање и навике биле довољне да га квалификују као таквог. Дакле, процјена је била објективна, на основу карактера посла превоза кога је превозилац предузимао. Тако се дешавало да у једном случају он буде општи, а у другом приватни превозилац, с обзиром на то да ли дјелује у јавности или не.³ Исто тако, за стицање статуса није била битна врста превозног средства које се користи, ни релација на којој се превоз обавља. Због тога су се под овај појам могле убројити све врсте жељезница, камионски превозиоци, водени превозиоци и сл. Често су превозиоци, ради олакшавања сопственог положаја, у својим општим условима превоза исти-

² У случају *Belfast Ropeworks Co. v Brushell* је речено: „Да ли је оптужени, док је позивао све и за сваку робу да га ангажује у превозу, задржао за себе право да прихвати или одбије њихове понуде за превоз, без обзира на то да ли су његови камиони пуни или празни, руководећи се у својој одлуци привлачношћу или супротношћу одређене понуде, а не својим другим ангажманима? Ако превозник задржи ово право он није општи превозилац, али, ако он, у ствари, превози за све и сваку робу онда не може никога одбити“. Н. Barrs Davies, F. M. Landau, *The Right and Duties of Transport Undertakings*, Sir Isaac Pitman and Sons, London 1932, 2.

³ У случају *Hissem v. Guran* превозилац је камионом превозио сопствене ствари, али је један дио каросеријског простора нудио јавно за превоз робе. Пошто постоји дјелимична употреба имовине у јавне сврхе, превозник је стекао статус општег превозиоца. L. Gorton, *The Concept of the Common Carrier in Anglo-American Law*, Goetheburg 1971, 85–86.

цали да они нису општи превозиоци, али та обавјештавања нису имала било какав утицај на одређење њиховог статуса, ако су они због свог понашања били јавни. У дефиницијама јавног превоза, у тренутно важећим јавноправним законима Републике Српске и Србије, може се приметијети да су јавност понуде превоза и накнада за превоз, његова основна обиљежја, исто као код *common carrier*.⁴

3. ПОРИЈЕКЛО

Концепт општег превозиоца настао је и развијао се у оквиру права закупа, тзв. *bailment*. *Bailment* подразумијева све правне ситуације у којима се по неком правном основу предају одређене покретне ствари другом лицу у државину.⁵ Систем општег права нема развијену теорију уговора и нема разрађене уговоре са финим нијансама права и обавеза уговарача као што има континентално право. Због тога се континентални уговори о закупу, складиштењу, остави, послузи, поправци робе, превозу и сл. квалификују једним термином општег права, *bailment*.

Међутим, од памтивијека у општем праву, однос имеђу даваоца и примаоца ствари није имао основу у уговору, противчиндби, сагласности воља. Тај однос произлазио је из статуса који је, на основу општег права, имао прималац ствари, јер је био занатлија или трговац. Права, обавезе и одговорност оба лица овог односа били су унапријед дефинисани општим правом и дуго се нису могли мијењати. У једном тренутку, поједини превозиоци почињу се сматрати за специфичне примаоце ствари, другачији од осталих прималаца, али и генерално другачији од осталих учесника у облигационом праву, јер им се намећу строже обавезе. Прави се разлика на оне превозиоце, тј. држаоце ствари који дјелују јавно, према свима, и оне који дјелују приватно, само према неким лицима. То је први пут учињено у случају *Southcote* из 1601. године у коме је направљена разлика између обичног и јавног чувара. Током 17. вијека статусни односи из *bailmenta* почињу да се преображавају у уговор. Како је растао утицај закона наспрам општег права, што је била посљедица јачања парламента у Енглеској, тако је уговор односио побједу над статусом. Тада се појављује, и све више

⁴ Закон о превозу у друмском саобраћају, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 47/17, 17/23 чл. 2, ст. 2; Закон о превозу терета у друмском саобраћају, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 68/15, 41/18, чл. 2, тач. 2); Закон о железници, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 41/18, 62/23, чл. 2, тач. 21).

⁵ О уговору о поверавању (држању) ствари у англосаксонском праву више: Н. Јовановић, *Увод у Common Law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2015, 217–281.

заузима мјесто, теорија противчинидбе (*consideration*).⁶ Однос између превозиоца, тј. примаоца ствари и пошиљаоца, тј. онога ко ствар предаје, схвата се као сагласност воља, уговор. У том периоду мијења се и правни лијек којим се остварује заштита права из овог односа, посесорни захтјев (*detinue*) мијења облигациони, тужба (*case*). Ова идеја општег, јавног дјеловања поново је афирмисана у превозу у случају *Coggs v. Bernard*⁷ из 1703. године, у којој је поново направљена разлика између обичног чувара и оног који обавља јавни позив. Ту је прокламована обавеза закључивања уговора и строга одговорност општег превозиоца. Вјероватно најзначајнији случај за разумијевање концепта општег превозиоца је *Niagara v. Cords*⁸ из 1858. године. У овом случају је дефинисано да општи превозилац мора узети на превоз робу свих који траже превоз, осим ако је попуњен капацитет возила или није уобичајено да превози робу за коју се превоз захтијева, или ако се тражи превоз опасне робе.

4. ОБАВЕЗА ПРИХВАТАЊА ПРЕВОЗА И ПРАВО НА РАЗУМНУ НАКНАДУ

Општи превозилац је био обавезан да прихвати на превоз робу свих који то траже, ако је његово возило било доступно за превоз. То је била посљедица њиховог јавног дјеловања, односно положаја јавне службе.⁹ У средњем вијеку, бављење занатском или трговачком дјелатношћу није било слободно, већ је то била привилегија одређеног круга лица која су се удруживала у цехове или еснафе. Цехови су имали своје статуте и обичаје и чланство у њима значило је одређени статус. Тај статус је универзално подразумевао да припадници једне професије имају одређен ниво знања, способности и вјештина које

⁶ Вид. Н. Јовановић (2015), 30–34.

⁷ Лорд Холт (*Holt*) је у овом случају истакао: „критеријум је да ли он превози само за одређена лица или за све, ако превози за свакога онда је јавни, а ако превози само за себе онда је приватни превозилац“. A. Dobie, *Bailments and Carriers*, Sant Paul 1914, 302.

⁸ L. Gorton, 20.

⁹ У случају *Lane v Cotton* из 1701. године, лорд Холт (*Holt*) образлаже: „Ко год да на себе преузме повјерење јавности, он је *ipso* обавезан служити било ком субјекту у свим стварима које су у домету и разумијевању такве функције, под пријетњом тужбе против њега. Ако на путу падне потковица са мог коња и дођем код ковача да је поново стави, а ковач то одбије да уради, тужба ће бити против њега, јер је он по професији трговац и дјелује у јавном интересу, односно свих краљевих поданика који га ангажују. Ако гостионичар одбије да угости госта, гдје кућа није пуна, тужба ће бити против њега, а самим тим и против превозиоца чији коњи нису натоварени, а он одбије да узме пакет на превоз...“. F. Green, *Cases on the Law of Carriers*, West Publishing Company, St. Paul 1910, 16–17.

они морају да гарантују својим муштеријама. Посљедица статуса је била да су они јавни дјелатници, који имају обавезу да своје вјештине пруже свима који то траже и којима су потребне. За те своје услуге могли су да наплате само разумну и недискриминишућу накнаду за коју су, као професионалци, знали колико износи и како се наплаћује.

Пошто је приступ новим учесницима на тржишту био ограничен, јер је био условљен чланством у еснафима или цеховима, онда се трговцима и занатлијама наметала обавеза прихватања и обављања посла за све који то траже. То је имало смисла јер конкуренција није била функционална, па је број понуђача од којих се могла добити роба или услуга, био ограничен. То је и данас случај у комуналним дјелатностима, у којима се даваоцима тих услуга даје истакнут или монополски положај на тржишту, ради очувања квалитета или економске одрживости услуге, али заузврат имају обавезу закључивања уговора са свима. Дакле, обавеза закључивања уговора постоји за законске монополе, који су такав статус стекли правном нормом, али не и за фактичке монополе. Међутим, већ током 17. вијека долази до ревидирања концепта јавне службе и већина трговаца и занатлија губи тај статус. То је вријеме када слобода уговарања и аутономија воље постају основни принципи облигационог права и, сходно томе, обавеза прихватања посла, односно закључења уговора постаје изузетак, а не правило.

На општег превозиоца се наставило гледати као на вршиоца јавног позива, иако то није био случај са осталим држаоцима туђе ствари.¹⁰ То значи да превозилац није могао да бира коју или чију робу ће превозити, осим ако је имао оправдан разлог да одбије пријем. Нека роба је тежа за превоз, нпр. због своје масе, осјетљивости или због тога што је неуредна, па узрокује веће трошкове и потрошњу возила, или потрошњу животиња које су тада вукле кола. Рецимо, теже је превозити сирову даску од врећа сунцокрета. Сунцокрет је неупоредиво лакши и једноставнији за руковати, а већа цијена превоза даске често није сразмјерна већој потрошњи коју узрокује. Тако се обавеза прихватања ствари на превоз, преобратила у обавезу закључивања уговора, али никада до краја уговор не може замијенити статус, што

¹⁰ Историјски гледано, превоз се увијек доживљавао као грана привреде и људског дјеловања прожета јавним интересом. Римљани су били велики градитељи путева којима се брзо кретала војска и превозила роба. Они су одговорност за штету регулисали 200 година п.н.е. врло слично данашњем праву, а римско право је основа континенталног права, а има своје примјесе и у англосаксонском. Јавни превозилац је остао јавна служба све до краја 19. вијека када обичајно право мијења регулаторни режим. Више вид. Р. S. Dempsey, “Transportation: A Legal History”, *Transportation Law Journal* 2002/2003.

се није догодило до данас, јер су и у континенталном праву неке обавезе наметнуте принудним прописима, што је, заправо, статус.

Ипак, обавеза превозиоца да прихвати превоз, тј. да закључује уговоре, није била апсолутна. Прво, он је могао да одбије превоз робе ако је попуњен капацитет возила. Временом је то правило постало неприкладно за развој привреде уопште, па се захтијевало да превозилац обезбиједи довољно капацитета да задовољи тражњу на страни корисника превоза, која се разумно могла очекивати, што се посебно односило на жељезницу.¹¹ Затим, могао је одбити превоз опасне робе, затим, ако роба није добро упакована или ако пошилалац неће да му саопшти особине које роба има, па тако скоро да не зна шта превози. Оправдано је било одбити превоз робе која се није налазила у складишту или на неком другом погодном мјесту, као и превоз кроз предјеле захваћене ратом, природним катастрофама и сл.¹²

Осим што је имао обавезу прихватања превоза, тј. закључивања уговора, општи превозилац није смио правити било какву дискриминацију међу корисницима. Дискриминација постоји ако се поступа различито у приближно истој ситуацији. У том смислу, није се смјело погодовати или дискриминисати кориснике у погледу времена и мјеста испоруке, доступности возила за превоз, превозне руте и сл. Према томе, пошилалац не само да је имао право да захтијева услугу превоза од општег превозиоца, већ и да та услуга мора бити једнако доступна и непристрасна за све. У погледу цијене, дискриминација није била забрањена, али је морала бити разумна.

5. ПРАВО НА НАКНАДУ

Јавни превоз је био наплатан. Ако би превоз који се редовно може сматрати за јавни, био бесплатан у конкретном случају, онда би та пошиљка била приватни превоз. Накнаду је дуговао првенствено пошилалац робе, јер се претпоставља да је он власник робе, осим ако се зна да је само посредник у послу. У одсуству лица коме се превозилац може обратити за плаћање превознине, превозилац је то могао захтијевати од пошилаоца јер је са њим закључио уговор. Накнада може бити у новцу или натури, изричито одређена или прећутно. Превозилац је могао наплатити само разумну цијену, а шта се под тим сматрало зависило је од сваког конкретног случаја. Разумно је било наплатити већу цијену за испоруку два пакета на два различита одређишта, него за два пакета на једно одређиште, или ако се превоз оба-

¹¹ A. Dobie, 286.

¹² Више вид. В. Harris, 59.

вља у опасном крају, гдје су честе крађе.¹³ Ако би превозилац инсистирао на неоправдано високој превознини, онда би се то могло оцијенити као одбијање закључења уговора, што је повлачило одговорност за штету. Разумна цијена је, такође, старо обичајно правило које је, заправо, облик цјеновног ограничења, а у то вријеме је било потребно, као и обавеза прихватања превоза, јер је конкуренција била ограничена због баријера за улазак на тржиште. Трговци и занатлије су могли одредити високе цијене, на које би њихови корисници морали пристати, јер нису имали избора. Правило је било да превозилац цијену наплаћује унапријед, што је било облик обезбјеђења да цијена неће остати неисплаћена. Тог права превозилац се могао одрећи, изричито или конклюдентно, али се плаћање требало обавити до трутка предаје робе примаоцу.¹⁴

Превозилац је имао право да задржи робу (*lien*) коју је превозио све док корисник превоза не исплати превознину и стицао га је на основу обичајног права. То није било заложно право, које данас превозиоци стичу на основу закона, тако да он није могао продати робу и намирити своје потраживање, а наравно ни користити робу. За право задржавања је важило начело конекситета, па је обезбјеђење служило само ради наплате потраживања из уговора о превозу који је управо извршен. Превозилац није имао право да обезбјеђује потраживања трошкова вагања или складиштења робе, осим ако складиштење није било обавезно по закону, као ни потраживања према кориснику превоза која је имао из неких ранијих уговора о превозу.¹⁵

6. ОДГОВОРНОСТ ЗА ГУБИТАК ИЛИ ОШТЕЋЕЊЕ РОБЕ

По правилу, у англосаксонском праву се одговара субјективно, за непажњу (*negligence*), без обзира на то да ли је штета настала из уговора или ван уговора. То значи да се штетник може ослободити одговорности доказом одређеног степена пажње, тј. да се понашао онако како је ситуација захтијевала и да је предузео неопходне мјере да штета не настане. Тако су одговарали сви примаоци туђе ствари осим јавног превозиоца, који се, дакле, по томе издвајао од осталих *bailee*. Он је сматран за осигуравача (*insurer*) повјерених ствари и за штету

¹³ *Ibid.*, 58.

¹⁴ У закону о жељезници из 1873. захтијевано је од жељезничких компанија да своје тарифе ставе на увид јавности на свим жељезничким станицама и да одвоје накнаду за превоз од трошкова које су плаћали корисници, док су законима о жељезници и каналском саобраћају из 1888. године и 1894. године биле регулисане максималне цијене за одређене услуге. J. Leslie, *The Law of the Railway*, Barry Rose, London 1980, 283.

¹⁵ В. Harris, 64.

на њима је одговарао строго (*strict*), без обзира какву пажњу је уложио у обављању превоза. Он је морао предати ствари примаоцу у оном стању у коме их је добио на превоз. Подразумијевало се да превозилац има возило којим се може обавити ефикасна и сигурна вожња, да ће обавити безбједан утовар и истовар робе и да ће пазити на ствари током превоза. Његова обавеза је била обавеза резултата. Ослобађао се одговорности доказом да постоје неки од изузетака од одговорности за штету, али никакав доказ пажње му није био од помоћи. За ову строгу одговорност кључно је било схватање лорда Холта у поменутој одлуци *Coggs v. Bernard* и одлука у случају *Niagara v. Cordes*.¹⁶

Постоји неколико теорија о поријеклу те строге, неуобичајене, одговорности превозиоца: 1) старо германско право са континуитетом постојања од Норманског освајања (1066. година), 2) правило изведено из преторијанског едикта у вези са одговорношћу власника бродова, 3) креација правника елизабетанског доба.¹⁷ Старо германско обичајно право познавало је објективну одговорност за једну врсту *bailment* са накнадом. Ово правило је са норманским освајањем постало саставни дио општег права на острву и успјело је преживјети читав средњи вијек све до индустријске револуције. Ипак, мало је вјероватно да је то поријекло строге одговорности превозиоца робе као осигуравача. Нема јасних доказа да је то правило опстало кроз средњи вијек јер је одговорност из *bailment* субјективна, по основу кривице.

¹⁶ Сам случај није занимљив због чињеничног стања: оптужени претпоставио да би требало да премјести бурад са брендијем из једног подрума у други, што је учинио без накнаде, али је био немаран у премјештању па је једно буре оштећено. Међутим због значаја који је имао за јавност, судије су изнијеле своја мишљења од којих је, много пута у литератури наведено, излагање лорда Холта о посебној врсти држаоца ствари који дјелује јавно и који строго одговара за проузроковану штету на стварима које су му повјерене: „питање строге одговорности је политички установљено, осмишљено да пружи безбједност свих лица чије их потребе приморавају да вјерују оваквим особама како би биле безбједне у свим начинима поступања, јер би превозници могли да их преваре, удружујући се са лоповима, чинећи то на тајан начин, који је немогуће открити“. В. Harris, 60; E. G. M. Fletcher, *Carriers Liability*, Stevens and Sons, London 1932, 145. *Niagara v Cordes* „...Према обичајном праву, копнени превозник је у природи осигуравач (*insurer*) и дужан је да безбједно чува робу која му је повјерена и одговоран је за све губитке и у сваком случају, осим ако може да докаже да се губитак догодио од дјела Бога, или јавног непријатеља, или дјела власника добара. Водени јавни превозници, као и јавни превозници копном, у недостатку било каквих законских одредаба које прописују другачије правило, такође су, генерално, осигуравачи и одговорни су у свим случајевима и за сваки губитак или штету, без обзира на повод, осим ако се не деси Божијим дјелом, или краљевим непријатељем, или неким другим узроком или несрећом, без икакве кривице или немара од стране превозника...“ L. Gorton, 20–21.

¹⁷ E. Fletcher, увод XI.

Класично римско право је познавало строгу одговорност помораца, гостионичара и ималаца штала. У свом раду, они су морали показати највећи степен пажње (*exactissima diligentia*).¹⁸ Највјероватније је да је строга одговорност креација правника викторијанског доба. Услови живота захтијевали су пооштрење одговорности јавног превозиоца. То је било опасно вријеме и превозилац се могао лако удружити са разбојницима који би му, фиктивно отели робу, па би је онда подијелили или је продали, јер би крађа била довољан разлог да превозилац буде ослобођен одговорности. Ни данас није ништа другачије пошто пошилалац не прати робу и тешко би му било доказати зашто и како је роба уништена или оштећена, за разлику од превозиоца који често зна узрок штете. Зато се уводи претпостављена субјективна и најчешће објективна одговорност превозиоца, чиме се постиже равнотежа интереса у уговору.

Историјски, у старим правима објективна одговорност је постојала због примитивних доказних средстава. У савременом праву, ситуација је, може се рећи, иста. Објективна одговорност се и у континенталном праву појавила након индустријске револуције, након вијекова у којима је кривица била једини основ одговорности, као последица немогућности да се открије узрок штете или да се утврди кривица, било чија, за насталу штету у великом броју случајева. Афирмацији одговорности без обзира на кривицу највише је допринијела француска судска пракса и посебни закони о одговорности за штету од жељезнице у Њемачкој и Аустрији у којима је прописивана строга одговорност жељезнице, а касније и власника, односно корисника аутомобила. Потискивање кривице, као основа одговорности за штету, може се оцијенити као нека врста ретроградних процеса, али, до сада није понуђено боље рјешење. Тако се, у ствари, може констативати да је разлог установљавања строге одговорности општег превозиоца био онај исти који се појавио и у континенталном праву развојем индустрије, а то је немогућност да се утврди кривица било кога за насталу штету. Пошто су ти случајеви били све чешћи, неправедно би било да оштећени не добије накнаду зато што се не може открити узрок штете и кривица штетника.

6.1. Ослобађајући разлози

Одговорност за штету општег превозиоца није била апсолутна, јер су постојали ослобађајући разлози. То су били: Божије дјело (*An act of*

¹⁸ Вид. В. Круљ, *Промењене околности и уговорна одговорност (немогућност испуњења, виша сила, клаузула rebus sic stantibus)*, Институт за упоредно право, Београд 1967, 101.

God), дјела краљевих непријатеља (*King's/Queen's Enemies*), мјере јавне власти (*The Act of Public Authority*), мане робе (*Inherent vice*), пропуст пошиљаоца робе (*Fraud or fault of the Owner or Consignor*). Да би било који од ослобађајућих разлога могао дјеловати, тј. ослободити превозиоца одговорности за штету, неопходно је да превозилац није био немаран, односно крив, за његово наступање, што значи да га није могао спријечити, избјећи или отклонити. Ако се покаже да је био немаран, онда ће се сматрати да је немар, тј. кривица, узрок штете, а не ослобађајући разлог. Та примјеса субјективног у објективној одговорности је неопходна за оправдану примјену ослобађајућег разлога. Терет доказивања да постоји ослобађајући разлог био је на превозиоцу, али је тужилац онда могао доказивати да је превозилац био немаран у погледу ослобађајућег разлога. Иначе, тужилац је почетно, у тужби, доказивао да је ствари неоштећене предао на превоз и да је претрпио штету, али је претходно морао доказати да је конкретан превозилац општи превозилац.¹⁹

По тзв. „пасивној теорији“ Божија дјела укључује све појаве које су последица природних узрока без интервенције људског фактора, док ужа „активна теорија“ се ограничава на више или мање насилне поремећаје сила природе и не укључује постепене мање или више сређене промјене у физичком свијету.²⁰ Појам Божије дјело је ужи од појма „неизбјежна несрећа“ јер је ограничен само на природне појаве, док није обухватао људске радње и силе које је произвео човјек. Ако би дошло до мијешања природне и људске силе, онда није била могућа примјена овог ослобађајућег разлога. Божија дјела била су: удари вјетра²¹ или грома, земљотреси, поплаве, али не и пожари који нису проузроковани ударом грома, због дјеловања људског фактора. Божије дјело није узрок штете ни ако се брод насукао на остављено сидро на ријечном дну, јер остављено сидро није дјело природе.

Јавни или краљеви непријатељи су били организована војна или поморска сила са којом је држава у рату²² или су то пирати, као зајед-

¹⁹ A. Dobie, 324.

²⁰ *Ibid.*, 347.

²¹ Случај *Amies v. Stevens*: брод је преврнуо јак удар вјетра и терет који се превозио је уништен. Тужилац је смтрао да се такав удар вјетра могао очекивати, али је суд одлучио да је био изненадан налет вјетра, јер вријеме тог дана није било олујно. F. Green, 345.

²² У случају *Bland v. Adams Express Co*, тужилац Артур Бланд је 10. 5. 1862. године возом послао пошиљку вриједну 2379 долара из Лујвила у Нешвил. У близини Кејв Ситија, воз је пресрела група Цона Моргана који су се у текућем Америчком грађанском рату борили на страни Конфедерације. Нападаци су запалили све вагоне, тако да ниједна пошиљка није могла бити испоручена, јер су пакети уништени. Апелациони суд државе Кентаки је одлучио да нема одговорности превозиоца, јер је штета наста-

нички непријатељи читавог човјечанства. То нису лопови ни разбојници, а очигледно, ни штрајкачи, који нису радници превозиоца. Међутим, штрајк људи који нису радници превозиоца би се могао подвести под Божија дјела.²³ Општи превозилац се морао повинovati мјерама јавне власти. Ако органи јавне власти заплијене или униште робу, није било превозиочеве одговорности. Ослобађајући разлози су били још мане или особине робе или кривица пошилаоца. Роба има неку ману ако је оштећена, или је по својим особинама склона пропадању.²⁴ Пропусти пошилаоца могу бити различити и огледају се у лошем паковању и неадекватној амбалажи, погрешном означавању итд. Узрок штете, у свим овим случајевима, није у превозу и понашању превозиоца и због тога он не треба да одговара за штету. Ово су и данас уобичајени разлози за ослобађање од одговорности у свим националним и међународним прописима, савремена пракса не разликује се много од оне од прије два вијека.

6.2. Ограничење одговорности

У почетку су правни послови којима се умањује одговорност општег превозиоца сматрани противни јавној политици, али су их временом судови почели прихватати као ваљане. То су била јавна обавјештења и појединачни уговори. Возила и саобраћајнице су се технички усавршавали, чиме је превоз постајао сигурнији, дошло је до повећања обима превоза, а умањењем одговорности превозиоца пошилаоци су могли добити бољу цијену. Због тога је став суда према превозиоцима постао блажи. Превозиоци су се ограничавали на превоз тачно одређене робе и одређивали да ће бити одговорни само за немар, чиме су постајали приватни превозиоци. Законом и одлукама суда дозвољено им је да овако прилагоде свој положај, чиме су битно окрњене двије најважније дужности општег превозиоца. У томе су много били попустљивији енглески судови, који у принципу нису толерисали само превару, у односу на америчке.

ла радњом јавних непријатеља, пошто је Морганову групу прогласио као учеснике у рату против државе, а не за обичне разбојнике. F. Green, 356–357.

²³ Вид. Н. Јовановић, *Саобраћајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 290–291, фн. 744.

²⁴ У случају *Beard v. St. Louis A. & T. N. RY. Co* тужилац је захтијевао накнаду за путер који се покварио током превоза због непажње превозиоца. Превозилац се успјешно одбранио аргументујући да му при закључењу уговора није скренута пажња на потребу посебног чувања робе, тј. на њену осјетљивост и да нису захтијевана посебна возила намијењена за превоз такве робе. Штета је настала због особина саме робе. F. Green, 362.

Превозиоци су штампали и истицали обавјештења: у својим пословним просторијама, на превозним средствима и средствима оглашавања. Биле су двије врсте обавјештења. Прва су била слична данашњим општим условима пословања и уређивала су питања организације превоза: вријеме, мјесто и начин утовара и истовара, превоз опасне робе, плаћање превознине, подношње приговора итд. Ова обавјештења, са правног аспекта, нису била спорна и у пракси су била корисна. Међутим, спорови су се појављивали око друге врсте обавјештења, којима су превозиоци умањивали одговорност за штету, па су у њима: наводили случајеве у којима неће одговарати, затим, ограничавали су одговорност до тачно одређеног новчаног износа, наводили специфичне ослобађајуће разлоге, а некада су, просто, преводили своју строгу објективну одговорност у одговорност за немар.²⁵ У енглеској судској пракси је било довољно да се пошиљалац робе могао упознати са садржином обавјештења, па да она важе у уговору, а није се тражило да се заиста и упознао са њиховом садржином. У САД судови су били строжи у овом погледу, јер се није претпостављало да је пошиљалац пристао на обавјештења, иако је био упознат са њиховом садржином већ је било потребно да пристане на њихову примјену. Судови у САД су често констатовали да те одредбе морају бити разумне и праведне, нпр. ограничење мора бити на правичан износ, пошиљалац треба да плати више за додатни терет и сл.²⁶

Ублажавање одговорности у појединачним уговорима, било је узроковано злоупотребом стечене тржишне моћи превозилаца над корисницима превоза. Њихова тржишна моћ је произлазила из недовољне понуде превоза, асиметрије информација у њихову корист и финансијске способности.²⁷ Ипак, увођени су одређени механизми

²⁵ Та обавјештења којима су се користили, били су, заправо, први облик општих услова пословања, односно превоза. Имали су карактер опште понуде, били су јавно објављивани, постајали су саставни дио уговора о превозу. Као што је и данас случај, са правног аспекта било је потребно испитати које су границе слободе у креирању њиховог садржаја, да ли су адекватно учињени доступни јавности, да ли су поједине одредбе неправичне.

²⁶ L. Gorton, 121.

²⁷ „Извјештаји довољно говоре о непоколебљивој упорности општих превозилаца да смање своју одговорност за штету према корисницима превоза. Они су били врло брзи, вјешти и духовити у хватању у замку својих муштерија, ради личне добити. Превозник је по цијену проблема и великог броја парница, коришћењем посебних уговора отео од јавности, уз сагласност судова, скоро иста изузећа која су му тако оштро ускраћивана без уговора. Положај корисника, због неравноправног положаја, је био толико безнадежан да се унапријед могло закључити да ће он да пристане на све одредбе, тако да се роба сада ријетко прихвата без споразума или уговора о ограничењу одговорности...“ E. Goddard, *Law of Bailments and Carriers*, Callaghan and Company, Chicago 1928, 217.

заштите корисника као слабије уговорне стране, како за објављена обавјештења, тако и за појединачне уговоре. Ако је формулација којом превозилац ублажава своју одговорност била нејасна, па се не зна да ли то односи на строгу одговорност или за немар, сматрало се да то чини за строгу одговорност, а да остаје одговоран за немар. Тако је установљено правило *in dubio contra profertorem*, иако није досљедно примјењивано. Енглески судови су убрзо отишли у другу крајност, пренаглашавајући аспект уговорне слободе, занемарујући аспект јавног поретка.²⁸ То је довело до неподношљиве ситуације у којој неразумних одредаба није било, јер се све могло подвести под слободу уговорања. Све то, у комбинацији са растућим монополом жељезница, захтијевало је реакцију законодавства, која је услиједила. Циљ у свим законима је био да се ризик превозног подухвата равномерно распореди.

Први важан закон био је Закон о превозницима (*Carrier's Act*) из 1830. године и односио се само на копнене јавне превознике, а примјењивао се на жељезницу која је мало касније добила широку употребу. Имао је за циљ да ограничи употребу обавјештења и да заштити општег превозиоца кад превози вриједне пошиљке. Општем превозиоцу је забрањено да ограничава одговорност обавјештењем, али није посебним уговором, дакле, пошиљалац је морао пристати на ограничења. Права и обавезе жељезничких превозника регулисане су Законом о консолидацији одредаба о жељезници из 1845. године (*Railways Clauses Consolidation Act*) и Законом о жељезничком и каналском саобраћају из 1854. године (*Railway and Canal Traffic Act*). Ограничавање одговорности простим обавјештавањем, није било дозвољено, већ је о томе био потребан споразум. У закону из 1845. године предвиђено је да жељезнице морају ставити на увид јавности своје тарифе. У закону из 1854. године детаљније је регулисана могућност умањења одговорности жељезнице за штету. Наиме, било је могуће да жељезница у конкретном уговору одговара само за немар, дакле као приватни превозилац, али под разумним условима. Могуће је било чак и да се уговори још блажа одговорност и од одговорности приватног превозиоца, тј. да не одговара ни за немар, али је овај уговор морао бити у писаној форми и потписан од стране пошиљаоца и, подразумијева се, под разумним условима.²⁹ Шта ће се сматрати разумним, одређено је

²⁸ У случају *Gould v. Hill* из 1842. године, појединачан уговор је стављен у исту позицију као и јавна обавјештења, чиме је суд много погоршао положај индивидуалних пошиљалаца. Постало је скоро неважно да ли је превозник тражио изузеће јавним обавјештењем или посебним уговором па је било смијешно говорити о међусобном пристанку двије стране на тако неравноправним основама. Е. Goddard, 221.

²⁹ М. Е. Holdsworth, *The Law of Transport*, Butherword and Co, London 1932, 63.

у случају *Peer Nort v Staffordshire Railway*³⁰ из 1863. године. Ако је жељезница у уговору смањила своју одговорност, онда она мора дати неку предност, корист за пошиљаоца, нпр. снижавањем цијене превоза, и овај тест је познат као „доктрина праведне алтернативе“. Тако је настао обичај да су жељезничке компаније нудиле два алтернативна уговора, на ризик компаније и на ризик пошиљаоца. Закон о жељезницама из 1962. донио је ослобођење жељезнице статуса општег превозиоца и у њему је прописано да се услови превоза одређују уговором. Законом о друмском и жељезничком саобраћају из 1933. године успостављен је систем издавања дозвола којима се уводи ред на тржишту, што је настављено и законом о друмском саобраћају из 1960. године.

7. ЗАКЉУЧАК

Општи превозилац је сложен концепт у коме се срећу јавно и приватно право. Његовим испитивањем може се пратити развој уговора, кроз развој теорија противчинидбе и обећања. Тако су се уговорни елементи, у односу између корисника превоза општег превозиоца, пробијали смањујући поље на коме је дјеловао статус општег превозиоца додијељен му општим правом. Осим тога, овај концепт је интересантан због анализирања лица која имају положај јавне службе. Процес се развијао од средњег вијека у коме су сви тржишни учесници имали овај положај до данас када је тржиште прилично либерализовано. Међутим, јавна служба коју обављају приватна лица није сасвим нестала, јер јавна власт обављање неких дјелатности свјесно препушта приватним лицима, задржавајући различите облике надзора над њеним извршавањем. Концепт општег превозиоца помаже да се схвати поријекло строге одговорности у грађанском праву и њене особине заокупљају пажњу и данашњих правника. Даље, слобода уговарања, аутономија воље, дејство општих услова пословања и неправичност уговорних одредаба и данас су теме за размишљање и истраживање. Ту се виде, не само обриси потрошачког права, већ, заправо његов настанак. Коначно, кроз овај концепт види се неопходност државног интервенционизма у превозној дјелатности. Током деценија, мијењао се поглед на потребу за уређивањем превозног тржишта, па је од привредног концепта зависило у ком смјеру ће се ићи. Некада је на сцени концепт регулације, а некада дерегулације. Закључно, концепт општег превозиоца неопходно је изучавати и за континенталне правнике, јер ће на тај начин лакше схватити тренутак

³⁰ G. A. Bonner, *British Transport Law by Road and Rail*, London 1974, 283.

у коме се саобраћајно право налази, па могуће, наћи одговоре у ком правцу треба да иде.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Barrs, Davies H, Landau, F. M., *The Right and Duties of Transport Undertakings*, Sir Isaac Pitman and Sons, London 1932;
2. Bonner G. A, *British Transport Law by Road and Rail*, London 1974;
3. Goddard, Edwin, *Law of Bailments and Carriers*, Callaghan and Company, Chicago 1928;
4. Gorton, Lars, *The Concept of the Common Carrier in Anglo-american Law*, Göteborg, 1971;
5. Green, Frederic, *Cases on the Law of Carriers*, West Publishing Company, St. Paul 1910;
6. Dempsey, Paul Stephen, “Transportation: A Legal History”, *Transportation Law Journalist* 2002/2003;
7. Dobie, Armistead M, *Bailments and carriers*, St Paul 1914;
8. Јовановић, Небојша, *Саобраћајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2017;
9. Јовановић, Небојша, *Увод у Common Law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015;
10. Круљ, Врлета, *Промењене околности и уговорна одговорност (немогућност испуњења, виша сила, клаузула rebus sic stantibus)*, Институт за упоредно право, Београд 1967;
11. Leslie, James, *The Law of the Railway*, Barry Rose, London 1980;
12. Fletcher, Eric G. M, *Carriers Liability*, Stevens and Sons, London 1932;
13. Harris, Brian, *Ridleys Law of the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, Sweet and Maxwell, London 2010;
14. Holdsworth, M. E., *The Law of Transport*, Butherword and Co, London 1932.

Правни извори

1. Закон о превозу у друмском саобраћају, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 47/17 и 17/23;
2. Закон о превозу терета у друмском саобраћају, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 68/15 и 41/18;
3. Закон о железници, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 41/18 и 62/23.

Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

LEGAL POSITION OF THE COMMON CARRIER IN ANGLO-SAXON LAW

Summary

A common carrier is one that offers public transportation to an unspecified number of people. It is about a specific legal concept that appeared around 1700 and, without a doubt, has a prominent place in Anglo-Saxon traffic law. It derived its status from common law, which was later supplemented by the carriage contract and the law's provisions. Despite the fact that court decisions and legal regulations have altered this concept over the past three centuries to the point where it's nearly nonexistent today, it's important to examine its features and boundaries. The paper explained how the status of common carrier was acquired and what were the legal consequences of that status. Emphasis was placed on the features of his liability for damage to the goods he was transporting and the obligation to accept transportation. Carrier responsibilities in modern traffic law do not deviate much from the characteristics of the liability of the public carrier, so inspiration for some future legal solutions can be found in the common carrier concept.

Key words: *Common carrier; Public service; Strict liability; Unfair contract terms.*

Zhibo Luan, PhD student

University of Bologna – Alma Mater Studiorum, Bologna, Italy

ON THE PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY IN THE FIELD OF ELECTRONIC COMMERCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF EU AND CHINESE LAW

The pre-contractual information duty of an electronic commerce contract is quite distinctively stipulated in different legal systems. In the European Union, according to Directive 2000/31/EC, the Directive on Electronic Commerce, a large amount of necessary information of three levels is required to be published or provided to the receivers of information society services. In the process of incorporating this Directive, Italy, France, and Germany followed distinct paths and even designed distinct rules. Apart from the rules related to the Directive, the civil codes of member states stipulate a general pre-contractual information duty towards the conclusion of every single contract, while the consumer protection laws, or the codes of consumption, regulate this duty at the scene of contracting with consumers. On the contrary, in China, the Electronic Commerce Law dispersed the normative group of that duty in several sections but in less detail. Furthermore, the Civil Code and the Consumer Protection Law have established a number of universal rules. The administrative measures and judicial decisions act as an indispensable supplement, completing the normative system about that duty and reflecting a rather unique thought of regulation in the field of e-commerce.

Key words: Pre-contractual information duty; Directive on electronic commerce of EU; Electronic Commerce Law of China; Electronic commerce.

*

* *

To comprehensively analyse pre-contractual information duty, an examination throughout its rationality, scope and corresponding responsibilities of failure to comply with such information will be beneficial to present a panorama of that rule with compulsory feature.

1. RATIONALITY OF PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY

Pre-contractual information duty didn't exist in the field of traditional civil law. At the pre-contract stage, the parties to the transaction only contact and consult with each other, they are merely constrained by the principle of good faith and some general duties derived from it. Once the conclusion of contract fails, the party taking advantage of the other party's confidence and causing the loss of the latter shall take the responsibility originating from *culpa in contrahendo*.¹ However, the pre-contractual information duty is expected to achieve the following effect: No matter whether there is an offer, the requested information shall be provided to all the potential consumers.² It's evident that such obligation cannot be incorporated in neither of the above rules, because both of them cannot actually create any positive obligation.

The rationality of installing a pre-contractual information duty in the field of e-commerce and the mechanism of it are almost self-evident in modern commercial society. In regard to cyber-consumers, the invisibility of the merchandise or the service provided by the virtual counterparty due to their position at distance and the lack of methods of completely conveying all the physical features of the objects of e-commerce, aggravate the already existing information asymmetry within each pair of seller-consumer relationship.

For the purposes of enhance confidence and facilitate transaction in digital market, such inequivalent status is destined to be corrected.³ To achieve that objective, the spontaneity of the market is not reliable enough,

¹ L. Shang (尚连杰), “Reconstructing Relationship between Fault in Contracting and Fraud: On the Auxiliary Line of Function Intervention of Mistake Theory” (缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线), *The Jurists (法学家)*, 4 (2017), 131–144.

² S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2020, 105.

³ R. V. Gola, *Droit du e-commerce et du marketing digital: sécurisez et développez votre e-business*, Gualino, 2019, 24.

thus a powerful legal intervention would definitely be indispensable, with an approach of inserting several default rules in the pre-contract stage of every online transaction, that is, the pre-contractual information duty.

In order to boost the development of e-commerce, such obligation shall play an extremely fundamental and crucial role. As we can witness, almost all the preliminary legislations about e-commerce in different legal systems include several rules related to that theme. Within the principal territory under discussion of this article, the above-mentioned legislations include article 5, 6 and 10 of the EU *Directive on electronic commerce*, all of them are marked with the same title “information to be provided”, as well article 10 and 13 of *Interim Measures on the Trading of Commodities and Services through the Internet* (2010), and corresponding articles of its more authoritative successor, *E-Commerce Law of China*.

2. SCOPE OF PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY

After solving the problem of necessity and significance, the upcoming crucial issue would be the scope of the information to be pre-disclosed to the consumers. The subjective judgement or a case-by case about the sufficiency of such information on the consumer side would be less worthy of reference, as that topic shall be measured and determined solely by the legislators, under the objective restraint of the certainty and stability in the legal order. On the other hand, the expectation of consumers would highly probably be that the more information provided, even if somehow useless, the better they are under protection of law, which would certainly make e-commerce operators assume too much burden. Moreover, if it is mandatory to provide a vast amount of information, the result would be actually less consumer-friendly, since the consumers will be inevitably flooded in the ocean of information, their ability to identify crucial information will be inevitably weakened, that would evidently deviate from the original intention of such obligation.

Based on the above considerations, the pre-contractual information duty may not improve the treatment towards consumers in e-commerce, which is actually a task suitable to be hand over to e-commerce operators and thus beneficial for them to obtain an advantage in competition, achieving a win-win situation between e-commerce operators and consumers. The pre-contractual information duty, on the other hand, shall be regarded as a legal device to assure the minimum but necessary information acquisition of cyber-consumers, to prevent the e-commerce operators from taking some opportunistic behaviours and deliberately creating information asymmetry for their own benefit.

2.1. The general information of e-commerce operators

The fundamental information that shall be knowable and easily accessible to consumers is undoubtedly the basic information of the e-commerce operator. Online B2C trading is somehow deidentified, however, only the identity of consumers is hardly significant. It’s always the consumers who seek for a seller in the procedure of online transaction, rather than the other way around. To assist cyber-consumers to make an effective judgment before their purchase, “who is exactly the counterparty” is definitely the first question needed to be answered, especially considering the context of Internet, where the trick of concealment of identity and replacement with a third-party intermediary can be easily performed.

Article 5 of *Directive on electronic commerce* demands the publicity of the following information: a) Name of service provider; b) Geographic address; c) Details including e-mail allowing him to be rapidly contacted and communicated in a direct and effective manner; d) Details of trade registry entries; e) Professional details; f) VAT details.⁴ Those rules are integrated into domestic legislations, such as article L.221-14 of *Code of Consumption of France*.

As comparison, Chinese legislator doesn’t enumerate the matters to be disclosed in such a detailed way. Similar to the requirement for offline operators to demonstrate the license in stores, article 15, section 1 of *E-Commerce Law of China* states that any e-commerce operator shall, at a conspicuous place of its homepage, continuously publish the information on its business license and, if possible, the related administrative license, or the circumstances exempting it from market entities registration; as an alternative, to publish the mark of the link to the aforesaid information is also acceptable. The information written on the business license includes a) the name; b) legal representative; c) type or the organization form; d) capital; e) residence; f) period of operation; g) scope of operation; h) registration authority; i) data of foundation; j) unified social credit identifier.⁵ Since the taxpayer identification number, which has a similar function as VAT identification number, is not generally regarded as a measure to recognize a market entity in China, the general information obliged to be published for the purpose of identifying an e-commerce operator in EU and China is basically identical.

The only difference is the obligation of publishing the contact information. Although in Chinese e-commerce practice almost all the platforms,

⁴ T. Wilhelmsson, “European rules on pre-contractual information duties?”, *ERA Forum* 7, 2006, 16–25.

⁵ Article 23, section 1 of *Detailed Rules of Regulation on the Administration of the Registration of Market Entities of China*.

internal platform operators and independent e-commerce websites place the button of “contact customer service” in a rather marked position, the legal loophole does exist and needs to be fixed.

2.2. Certain crucial information about the e-commerce transaction

Concerning the information about the e-commerce transaction, article 5 (2) and article 10 of *Directive on electronic commerce* further require the provision of a) Price, and whether the price includes tax and delivery costs; b) Different technical steps to conclude the contract; c) Whether the concluded contract is filed and accessible; d) Technical means for identifying and correcting input errors; e) Languages offered; f) Relevant codes and how to access them electronically; g) Contract terms and general conditions available and storable.⁶

Chinese legislator obviously imitated their European colleagues. Article 50 of *E-Commerce Law of China* requires e-commerce operators to “clearly, fully, and explicitly inform users of matters such as procedures for formation of a contract, the dos and don’ts, and download methods”, to “ensure easy and complete reading and downloading by users”, as well to “ensure that users may correct any typo before submitting an order”, corresponding to the above-enumerated matters b) and d). As for the publication of platform service agreement and transaction rules, it is stated by article 33, which shall identically be accessible and downloadable as the analogous requirement in EU. Moreover, article 34 even attempts to achieve an e-commerce platform democracy, demanding that the amendment of platform service agreement and transaction rule shall also be published, and that the platforms shall ensure that stakeholders are able to express their opinions, even permitting the exit of dissident in-platform operators, though the latter rule is hardly pragmatic. That could be evaluated as a valuable effort to construct a healthy ecology in e-commerce platform, yet its actual effect is still to be tested, since the economic strength disequilibrium is quite serious.

Chinese legislator didn’t forget the issue of price, which is not only under the regulation of pre-contractual protection, but under the framework of consumer protection, which will be discussed in later section, since the phenomenon of price fraudulence in China is rather common, especially on e-commerce platform. For this reason, it’s far from enough to mandate the e-commerce operators to provide the price with or without tax and delivery costs.

⁶ Legislation of Member States, see article L221-5 of *Code of Consumption of France*.

However, article 8 and 28 of *Consumer Rights and Interests Protection Law of China* only mentions the types of information to be provided to consumers, without specific requirements towards transparency of information, which is apparently less inclusive than EU legislation. Though article 18-21, article 33 and article 37 of *E-Commerce Law of China* involve some information ought to be provided by e-commerce operators, these supplementary rules cannot actually constitute a complete regulatory system about e-commerce consumer’s right to information.

Apropos the codes of conduct abided by e-commerce operators, few related practices have appeared in China, partly because the tradition of strong administrative regulation and less guidance to commercial activity from industry associations.

At the same time, could we summarize that the classification of different groups of crucial information is somehow the consensus of different jurisdictions, which could improve the clarity of pre-contractual information duty, facilitating e-commerce operators to comply with related regulatory requirements.⁷

3. LEGAL RESPONSIBILITIES OF FAILING TO OBEY SUCH OBLIGATION

Since the function of an EU directive is only to set a standard to meet, while the method to realize the objectives contained in the directive would be decided by the legislators of respective Member States, the responsibility to be assumed by e-commerce operators when they fail to perform the above pre-contractual obligation is not stated in *Directive on electronic commerce*. To discuss this issue, we should turn our attention to EU Member States legislation.

For instance, in France, the pre-contractual information duty acts as a precondition of the conclusion of e-commerce contract, since certain necessary pre-contractual information is regarded as the components of the offer in e-commerce contract, according to article 1127-1 of *Code civil*.⁸ Only if the necessary information is provided, could the offer be consid-

⁷ X. Zhang (张铣), “On the Principles of Stipulating the Pre-contractual Duty of Disclosing Information: Based on the Classification of Information” (先合同信息披露义务的设定原则研究——以信息类型化为框架), *Academic Research* (学术研究), 7 (2015), 56–64.

⁸ Section 3 of such article listed a) the different steps to conclude the contract, b) technical means to identify errors, c) language for the contract, with the compulsory usage of French, d) terms of archiving the contract and conditions of access it and e) relevant commercial or professional codes complied by the operator and its access.

ered existed, and the consumers could express their promises.⁹ Otherwise, without sufficient pre-contractual information provision, any “consent” reached by the two sides shall be considered as invalid.

While in China, legislator has chosen an administrative way. The price of violating such information publication obligation is quite straightforward: fines.¹⁰

The civil law path fundamentally denies the conclusion of e-commerce contract, eliminating the likelihood of consumer been harmed and of e-commerce operators obtaining improper advantage in e-commerce transaction. Whereas the administrative law path, though not renouncing the effectiveness of e-commerce contract, punishes e-commerce operators that violate the pre-contractual information duty with a heavy money price, which seems sufficient to deter them from taking such illegal measures.

Whatsoever, the main purpose of pre-contractual information duty shall always be the rectification of potential information asymmetry.¹¹ As long as both paths are effective, there is no need to select a “better” method. On the contrary, could the legislators and policymakers pay equal attention to all the possible regulatory paths in order to realize a comprehensive governance and achieve the most ideal result.

4. CONCLUSION

Based on previous analysis, could we summarize that the pre-contractual information duty already constitutes a critical component in the modern contract law framework, under a strong contribution of the prosperity of e-commerce. It expands the traditional boundary of the obligation system in the stage of contract conclusion, which rebalances the inclined relationship between the sellers (which has supremacy at both economic and information level) and the consumers. In that sense, could we admit that the pre-contractual information duty stands for the trend of the modernization of contract law.

The rationality of pre-contractual information duty majorly stems from the need to correct and relieve the inherent information asymmetry be-

⁹ J.-P. Clavier, A. Mendoza-Caminade, *Droit du commerce électronique*, Bruylant, 2023, 310-311.

¹⁰ More specifically, article 76 of *E-Commerce Law of China* states the fines against ordinary e-commerce operators, the penalty would be less than 10,000 yuan. While article 81 stipulates the penalty against e-commerce platforms: Depending on the severity of breach of pre-contractual information duty, the starting point is 20,000 yuan, while the upper limit is 500,000 yuan.

¹¹ K. Poludniak-Gierz, “Sanctions for Lack of Fulfilment of Information Duties: Searching for an Adequate Regulatory Model for Personalized Agreements”, *European Review of Private Law*, 28 (2020), 817–839.

tween e-commerce operators and cyber-consumers, which is obviously boosted and amplified by the virtual nature of online transaction. With the mandatory disclosure of certain essential information, the premise defects of online transaction could be eliminated, and the confidence of consumers could be enhanced, which without doubt facilitates fairer transactions and promotes the continuous growth of digital market.

The scope of such duty must be carefully calibrated in order to ensure that consumers could receive necessary information without being overwhelmed, thereby maintaining the effectiveness of consumer protection in online scenario. The comparison between EU and Chinese regulations reveals a common requirement about transparency in various aspects, though with varying approaches to detail and enforcement, especially about the standard of "necessity". Among the different regulatory requirements, the general consensus is that only the most critical information should be mandated for disclosure, based on a delicate balance between the protection of cyber-consumers and the operational burdens of e-commerce operators, which reveals a strong concern about the efficiency.

On the other hand, the legal consequences faced by e-commerce operators when failing to comply with the pre-contractual information duty also varies according to different jurisdictions, which could reflect different legal traditions and policy priorities. Through negative consequences in civil law such as the invalidation of contracts and administrative penalties such as deterring non-compliance, the ultimate goal of relative sanctions remains the same: To correct information asymmetry, so as to shape a fair, transparent, healthy and trustworthy environment for e-commerce even digital market.

As e-commerce continues to evolve, the pre-contractual information duty will always act as a cornerstone of consumer protection especially in cyberspace, adapting to new challenges and ensuring that the digital marketplace operates with integrity.¹²

¹² For instance, as the progress of automatization in digital transaction, the performance of pre-contractual information duty is in front of greater challenges. See C. Markou, "Advanced Automated Contracting and The Problem with the Pre-Contractual Information Duty of the Consumer Rights Directive", *Journal of Internet Law* 20(8), 2017, 3–23.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Clavier, Jean Pierre, Mendoza-Caminade, Alexandra, *Droit du commerce électronique*, Bruylant, 2023;
2. Gola, Romain V., *Droit du e-commerce et du marketing digital: sécurisez et développez votre e-business*, Gualino, 2019;
3. Markou, Christiana, “Advanced Automated Contracting and The Problem with the Pre-Contractual Information Duty of the Consumer Rights Directive”, *Journal of Internet Law* 20(8), 2017;
4. Piedelièvre, Stéphane, *Droit de la consommation*, Economica, 2020;
5. Poludniak-Gierz, Katarzyna, “Sanctions for Lack of Fulfilment of Information Duties: Searching for an Adequate Regulatory Model for Personalized Agreements”, *European Review of Private Law*, 28 (2020);
6. Shang, Lianjie (尚连杰), “Reconstructing Relationship between Fault in Contracting and Fraud: On the Auxiliary Line of Function Intervention of Mistake Theory” (缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线), *The Jurists (法学家)*, 4 (2017);
7. Wilhelmsson, Thomas, “European rules on pre-contractual information duties?”, *ERA Forum* 7, 2006;
8. Zhang, Xian (张铎), “On the Principles of Stipulating the Pre-contractual Duty of Disclosing Information: Based on the Classification of Information” (先合同信息披露义务的设置原则研究——以信息类型化为框架), *Academic Research (学术研究)*, 7 (2015).

Mr Зуан Либо, докторанд

Универзитет у Болоњи, *Alma Mater Studiorum*,
Болоња, Италија

О ОБАВЕЗИ ПРЕДУГОВОРНОГ ИНФОРМИСАЊА У ОБЛАСТИ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ: КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ПРАВА ЕУ И КИНЕ

Сажетак

Предуговорна обавеза информисања у уговору о електронској трговини је прилично јасно прописана у различитим правним системима. У Европској унији, према Директиви 2000/31/ЕЗ о електронској трговини, потребно је објавити или доставити примаоцима услуга информационог друштва одређени број потребних информација на три нивоа. У процесу преузимања ове Директиве, Италија, Француска и Њемачка су слиједиле различите путеве, па чак и осмислиле посебна правила. Осим правила која се односе на Директиву, грађански законици држава чланица предвиђају општу обавезу предуговорног информисања приликом закључења сваког појединачног уговора, док закони о заштити потрошача регулишу ову обавезу у погледу закључивања уговора са потрошачима. Напротив, у Кини је Закон о електронској трговини регулисао ову обавезу у више одредаба у различитим дијеловима закона, али мање детаљно. Осим тога, Грађански законик и Закон о заштити потрошача предвиђају доста општих правила. Управне мјере и судске одлуке су незаобилазни елементи постојећег нормативног система, будући да употпуњују правила о обавези предуговорног информисања и одраз су јединствене идеје регулисања питања у области електронске трговине.

Кључне ријечи: *Обавеза предуговорног информисања; Директива ЕУ о електронској трговини; Закон о електронској трговини у Кини; Електронска трговина.*

**СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У
ЗБОРНИКУ РАДОВА
„ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“,
У ПЕТ ТОМОВА
СА XII НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ
ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
који је одржан 28. октобра 2023. 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, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу, Сјеверна Македонија;
4. Бабић, Илија, редовни професор у пензији, Београд, Република Србија;
5. Бановић, Божидар, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
6. Барбаљи, Аларики, ванредни професор Универзитета „Велика Грчка“ у Катанцару, Република Италија;
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. Бојић, Филип, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
10. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
11. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
12. Васиљевић, Драгана, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Васиљевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
14. Вековић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
15. Видић, Марија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
16. Вилић, Драгана, редовни професор Економског факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;

17. Влашки, Бојан, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
18. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
19. Врањеш, Невенко, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
20. Вујовић, Огњен, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 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. Говедарица, Младенка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
24. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
25. Голубовић, Срђан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
26. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
27. Грубешкић, Ивана, доцент Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
28. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
29. Дамјановић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
30. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
31. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
32. Димитријевић, Предраг, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
33. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
34. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
35. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;

36. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
37. Дураковић, Анита, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
38. Ђерић, Бранко, редовни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
39. Ђокић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
40. Ђорђевић Алексовски, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
41. Ђурђевић, Ненад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
42. Ђурђић Милошевић, Тамара, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
43. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Етелвина Леон, Марија де ла Казас, редовни професор Правног факултета Универзитета Лагуна, Тенерифе, Шпанија;
45. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
46. Иринуску, Луција, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Александар Јоан Куза“ у Јашију, Румунија;
47. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
48. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
49. Јотановић, Раденко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
50. Југовић, Сретен, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
51. Јурковић, Цвија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
52. Камбовски, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета "Гоце Делчев" у Штипу, Сјеверна Македонија;
53. Карбоне, Маријатереза, редовни професор Универзитета „Велика Грчка“ у Катанцару, Република Италија;
54. Кнежевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
55. Кнежевић, Саша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
56. Ковачевић, Љубинка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

57. Ковачевић, Славиша, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
58. Костић, Милан, редовни професор Економског факултета у Крагујевцу, Република Србија;
59. Краљић, Сузана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору, Република Словенија;
60. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
61. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
62. Крстић, Новак, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
63. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
64. Лалић, Срђан, ванредни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
65. Лепетић, Јелена, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
66. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Република Италија;
67. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
68. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
69. Марић, Бојан, ванредни професор Саобраћајног факултета, Добој, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
70. Марјановић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
71. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
72. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
73. Матић Матешковић, Инес, доцент Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
74. Мехмедовић, Емир, ванредни професор Факултета за управу Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
75. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
76. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
77. Милић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;

78. Милотић, Иван, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
79. Милошевић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
80. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
81. Михес, Кристијан Думитру, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Орадеу, Румунија;
82. Мораит, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;
84. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
85. Новаковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
86. Обрадовић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
87. Онида, Пјетро Паоло, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
88. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
89. Пајић, Денис, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
90. 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;
91. Палачковић, Душица, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
92. Перић Ромић, Ранка, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
93. Перишић Ђеранић, Јелена, научни савјетник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
94. Перишић, Срђан, ванредни професор Филозофског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
95. Петров, Владан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
96. Петровић, Борислав, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина;

97. Петровић, Далибор, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
98. Петровић, Стојана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
99. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
100. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија
101. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
102. Поповић, Предраг, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
103. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
104. Пупић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
105. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
106. Радојевић, Мијодраг, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, Република Србија;
107. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
108. Ракић, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
109. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
110. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
111. Родригез Ароха, Белинда, редовни професор Интеркултуралног универзитета Државе Пуебла, Мексико;
112. Розић, Иво, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
113. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
114. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
115. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
116. Сакоћио, Антонио, редовни професор Правног факултета Универзитета „Сапјенца“ у Риму, Италија;

117. Самарџић, Сандра, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
118. Самарџић, Стефан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
119. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
120. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
121. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
122. Станковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
123. Станковић, Урош, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
124. Старчевић, Јелена, доцент, Министарство за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;
125. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
126. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
128. Тасић, Анђелија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
129. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;
130. Тузов, Данил Олегович, редовни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Висока школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
131. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
132. Ћорић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
133. Хајдаревић, Сунчица, доцент, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
134. Хаџић, Мехмед, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
135. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
136. Цуцић, Вук, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

137. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
138. Чворовић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
139. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
140. Чолаковић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
141. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
142. Шаула, Валерија, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
143. Шетка, Гојко, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
144. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска.

**LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN
PROCEEDINGS
"LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW"
IN FOUR VOLUMES
WITH XII SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE
DAY OF THE FACULTY OF LAW
which was held on 28 October 2023, at Pale
(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)**

1. Academician Full Professor Petrović, Borislav, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
2. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
3. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
4. Full Professor Antonio Saccoccio, PhD, Faculty of Law, University of "Sapienza" Rome, Republic of Italy;
5. Full Professor Avramović, Dragutin, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
6. Full Professor Babić, Ilija, PhD, Retired Professor, Belgrade, Republic of Serbia;
7. Full Professor Banović, Božidar, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies in 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 Carbone, Mariateresa, PhD, Magna Graecia University of Catanzaro, Republic of Italy;
11. Full Professor Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
12. Full Professor Čvorović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
13. Full Professor Đerić, Branko, PhD, Faculty of Economics, Pale, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
14. Full Professor Dimitrijević, Predrag, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
15. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
16. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

17. Full Professor Gocevski, Dragan, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of North Macedonia;
18. Full Professor Đurđević, Nenad, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
19. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
20. Full Professor Etelvina Leon, Maria de las Casas, PhD, University la Laguna, Tenerife, Spain;
21. Full Professor Golubović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
22. Full Professor Govedarica, Mladenka, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
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 Jugović, Sreten, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Republic of Serbia;
26. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
27. Full Professor Knežević, Saša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
28. Full Professor Kostić, Milan, PhD, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
29. Full Professor Kovačević, Ljubinka, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
30. Full Professor Kraljić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Maribor, Republic of Slovenia;
31. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
32. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
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 Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

38. Full Professor Milošević, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
39. Full Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
40. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
41. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
42. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
43. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
44. Full Professor Obradović, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
45. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
46. Full Professor Palačković, Dušica, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
47. Full Professor Petrov, Vladan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
48. Full Professor Petrović, Dalibor, PhD, St. Vasilije Ostroški Faculty of Orthodox Theology in Foča, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
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 Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
52. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
54. Full Professor Rakić, Branko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
55. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
56. Full Professor Rodríguez Arrocha, Belinda, PhD, Intercultural University of the State of Puebla, Mexico;
57. Full Professor Rozić, Ivo, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
58. Full Professor Šaula, Valerija, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
59. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;

60. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
62. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
63. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
64. Full Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
65. Full Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
66. Full Professor Veković, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Vilić, Dragana, PhD, Faculty of Economics, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
68. Full Professor Vučetić, Dejan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
69. Full Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
70. Full Professor, Principal Research Fellow Čeranić Perišić, Jelena, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
71. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
72. Associate Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
73. Associate Professor Barbagli, Alarico, PhD, University of “Magna Graecia” of Catanzaro, Republic of Italy;
74. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
76. Associate Professor Cucić, Vuk, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
77. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
78. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
79. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

80. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
81. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
82. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duraković, Anita, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Đurđić Milošević, Tamara, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
86. Associate Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
87. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
88. Associate Professor Irinescu, Lucia. PhD, Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania;
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 Krstić, Novak, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic Of Serbia,
93. Associate Professor Lalić, Srđan, PhD, Faculty of Economics Brčko, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
94. Associate Professor Lepetić, Jelena, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
95. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
96. Associate Professor Marić, Bojan, PhD, Faculty of Transport, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
97. Associate Professor Marjanović, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;

98. Associate Professor Mehmedović, Emir, PhD, Faculty of Administration, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
99. Associate Professor Mihes, Cristian Dumitru, PhD, Faculty of Law, University of Oradea, Romania;
100. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
101. Associate Professor Novaković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
102. Associate Professor Onida, Pietro Paolo, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy;
103. Associate Professor Pajić, Denis, PhD, Faculty of Law, University “Džemal Bijedić” of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
104. 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;
105. Associate Professor Perić Romić, Ranka, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Perišić, Srđan, PhD, Faculty of Philosophy, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
109. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
110. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
111. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
112. Associate Professor Stanković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
113. Associate Professor Tasić, Anđelija, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
114. Associate Professor Vidić, Marija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
115. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

116. Associate Professor Vranješ, Nevenko, PhD, Faculty of Political sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
117. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Radojević, Mijodrag, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, 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 Ćorić, Dragana PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
123. Assistant Professor Damjanović, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
124. Assistant Professor Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
125. Assistant Professor Đorđević Aleksovski, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
126. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant professor Grubešić, Ivana, PhD, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
128. Assistant Professor Hajdarević, Sunčica, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
129. Assistant Professor Kreštalica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
130. Assistant Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
131. Assistant Professor Milić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
132. Assistant Professor Petrović, Stojana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
133. Assistant Professor Popović, Predrag, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Pupić, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
135. Assistant Professor Samardžić, Sandra, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;

136. Assistant Professor Samardžić, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
137. Assistant Professor Šetka, Gojko, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
138. Assistant Professor Stanković, Uroš, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
139. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
140. Assistant Professor Toth, David, PhD, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary;
141. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
142. Assistant Professor Vlaški, Bojan, PhD, Faculty of Law, 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. Research Fellow Stjepanović, Bogdana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

**НАУЧНИ скуп поводом Дана Правног факултета
"Правне празнине и пуноћа права" (12 ; 2023 ; Пале)**

Зборник радова "Правне празнине и пуноћа права". Том 3
= Collection of Paper "Legal gaps and the completeness of law". Vol.
3 : XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп одржан 28. октобра 2023. год. на
Палама / [коуредници Димитрије Ђеранић ... [и др.]]. -
Источно Сарајево : Правни факултет, 2024 (Лакташи :
Графомарк). - XVI, 486 стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Радови на срп. и енгл. језику. - Тираж 70. -
Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-99938-57-85-3

COBISS.RS-ID 141530881