

Правни факултет Универзитета у Нишу  
Faculty of Law, University of Niš

„ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ –  
СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ”

ЗБОРНИК РАДОВА

„THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE EU LAW –  
CURRENT STATE OF AFFAIRS AND PERSPECTIVES”

COLLECTION OF PAPERS

Свеска 2  
Volume II

**„ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ –  
СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ”**

Правни факултет у Нишу, 19. мај 2009.

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА**

**Издавач:**

Правни факултет у Нишу, Центар за публикације

**За издавача:**

Проф. др Невена Петрушић, декан Факултета

**Организатор Конференције:**

Центар за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу

**Редакциони одбор:**

Проф. др Мила Јовановић, Проф. др Зоран Ђирић, Проф. др Наташа Стојановић,  
Проф. др Срђан Голубовић, Доц. др Предраг Цветковић, Доц. др Небојша Раичевић,  
Доц. др Марко Трајковић, Доц. др Дејан Јанићијевић

**Уредници:**

Проф. др Наташа Стојановић  
Проф. др Срђан Голубовић

**Превод:**

Гордана Игњатовић

**Технички уредник:**

Ненад Милошевић

**Дизајн:**

Владимир Благојевић

**Штампа:**

**Тираж:**

300

ISBN

Штампање овог Зборника помогло је Министарство за  
науку и технолошки развој Републике Србије

## САДРЖАЈ

### ГРАЂАНСКО ПРАВО И СУДСКА ЗАШТИТА

<b>Проф. др Душан Николић</b> НОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РАЗВОЈУ ЕВРОПСКОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА ..... 1 <i>NEW TENDENCIES IN THE DEVELOPMENT OF THE EUROPEAN PRIVATE LAW</i>	1
<b>Проф. др Арсен Јаневски</b> <b>Доц. др Татјана Зороска – Камиловска</b> ЕВРОПСКА ИЗВРШНА ИСПРАВА ЗА НЕСПОРНА ПОТРАЖИВАЊА ..... 27 <i>EUROPEAN ENFORCEMENT ORDER FOR UNCONTESTED CLAIMS</i>	27
<b>Проф. др Зоран Поњавић</b> ПРАВО НА СКЛАПАЊЕ БРАКА И ЗАСНИВАЊЕ ПОРОДИЦЕ У ЕВРОПСКОМ И НАШЕМ ПРАВУ ..... 47 <i>THE RIGHT TO ENTER INTO MARRIAGE AND START A FAMILY IN THE NATIONAL LEGISLATION AND IN THE EU LAW</i>	47
<b>Проф. др Маријана Пајванчић</b> КОМПАРАТИВНА УСТАВНОСТ О ПРАВУ НА МЕДИЦИНСКИ АСИСТИРАНО ЗАЧЕЋЕ ..... 61 <i>COMPARATIVE CONSTITUTIONAL APPROACH TO THE RIGHT TO A MEDICALLY-ASSISTED CONCEPTION</i>	61
<b>Проф. др Душица Палачковић</b> ИЗВРШНИ ПОСТУПАК И ПРИМЕНА ЧЛ. 6 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА ..... 81 <i>THE ENFORCEMENT PROCEDURE AND THE APPLICATION OF ART. 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS</i>	81
<b>Проф. др Невена Петрушић</b> СТАНДАРДИ ЕУ О ПРУЖАЊУ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У ПРЕКОГРАНИЧНИМ СПОРОВИМА ..... 101 <i>THE EU STANDARDS ON LEGAL AID IN CROSS -BORDER DISPUTES</i>	101

<b>Проф. др Мила Јовановић</b>	
НЕКА ПИТАЊА ПРАВНОГ И ФАКТИЧКОГ ПОЛОЖАЈА ЖЕНЕ У РИМСКОМ И МОДЕРНОМ ДРУШТВУ.....	125
<i>SOME ISSUES OF THE LEGAL AND FACTUAL POSITION OF A WOMAN IN THE ROMAN AND MODERN SOCIETY</i>	
<b>Проф. др Раденка Цветић</b>	
ЕВРОПСКИ ОКВИР СТВАРНОГ ПРАВА СРБИЈЕ.....	187
<i>THE EUROPEAN FRAMEWORK OF SERBIAN PROPERTY LAW</i>	
<b>Prof. dr sc. Eduard Kunštek</b>	
ДОСТАВА У ГРАЂАНСКИМ ИЛИ ТРГОВАЧКИМ СТВАРИМА – СРБИЈА И ХРВАТСКА.....	211
<i>SERVICE ABROAD IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS IN SERBIA AND CROATIA</i>	
<b>Доц. др Љубица Мандић</b>	
<b>Доц. др Владимир Боранијашевић</b>	
ПОЈЕДИНА РЕШЕЊА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У СВЕТЛУ ПРЕПОРУКА САВЕТА ЕВРОПЕ.....	243
<i>SOME LEGAL SOLUTIONS IN THE CIVIL PROCEDURE ACT OF THE REPUBLIC OF SERBIA IN THE CONTEXT OF THE RECOMMENDATIONS OF THE COUNCIL OF EUROPE</i>	
<b>Др Марија Игњатовић</b>	
О УТИЦАЈУ ПОЈЕДИНИХ ПРАВИЛА ЕУ НА РЕГУЛИСАЊЕ БРАЧНИХ ИМОВИНСКОПРАВНИХ ОДНОСА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	263
<i>THE IMPACT OF CERTAIN EU RULES ON THE REGULATION OF MATRIMONIAL PROPERTY RELATIONS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA</i>	
<b>Ас. Сања Марјановић</b>	
ОБАВЕЗА ИЗДРЖАВАЊА ДЕЦЕ У КОМУНИТАРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ .....	283
<i>CHILD SUPPORT IN THE EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW</i>	
<b>Михајло Цветковић</b>	
ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ПРОУЗРОКОВАНУ РАЧУНАРСКИМ ПРОГРАМИМА .....	315
<i>LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY COMPUTER SOFTWARE</i>	

## ТРГОВИНСКО ПРАВО И ИНТЕГРАЦИЈЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

<b>Проф. др Мирко Васиљевић</b> ПОСЛОВНО ПРАВО СРБИЈЕ И ЕВРОПСКА УНИЈА ..... <i>BUSINESS LAW OF SERBIA AND THE EUROPEAN UNION</i>	349
<b>Проф. др Александар Ђирић</b> СЛОБОДА ПРУЖАЊА УСЛУГА НА ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ..... <i>FREEDOM TO PROVIDE SERVICES IN THE EU SINGLE MARKET</i>	389
<b>Проф. др Витомир Поповић</b> ИСКУСТВА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У ХАРМОНИЗАЦИЈИ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕУ ..... <i>THE EXPERIENCES OF THE REPUBLIC SRPSKA IN THE HARMONIZATION OF LEGISLATION WITH THE EU LAW</i>	419
<b>Проф. др Владимир Серјевић</b> <b>Вања Серјевић</b> ПРАВНО-ЕКОНОМСКИ ОСНОВИ ЗАДРУГА У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ И ЗАКОНОДАВСТВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ..... <i>LEGAL AND ECONOMIC FOUNDATIONS OF COOPERATIVES IN THE DOMESTIC LEGISLATION AND IN THE EU LAW</i>	437
<b>Проф. др Дијана Марковић-Бајаловић</b> У СУСРЕТ НОВОМ ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ..... <i>TOWARD A NEW ACT ON THE COMPETITION PROTECTION</i>	455
<b>Проф. др Зоран Миладиновић</b> ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И ЕУ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ – ..... <i>INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS’ PROTECTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND IN THE EU – THE CURRENT STANDING AND PERSPECTIVES –</i>	483
<b>Проф. др Срђан Голубовић</b> ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ О НЕЗАВИСНОСТИ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ И ПОЛОЖАЈ НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ ..... <i>THE EUROPEAN STANDARDS ON THE INDEPENDENCE OF THE CENTRAL BANK AND THE POSITION OF THE CENTRAL BANK OF SERBIA</i>	507
<b>Проф. др Милена Јовановић-Zattila</b> ПРИМЕНА ДИРЕКТИВЕ 93/13/ЕЕЗ У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА..... <i>APPLICATION OF DIRECTIVE 93/13/EEC IN CONSUMER AGREEMENTS</i>	521

**Доц. др Предраг Цветковић**

**Доц. др Небојша Раичевић**

ПРАВНИ РЕЖИМ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

И СВЕТСКОЈ ТРГОВИНСКОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ ..... 537

*LEGAL REGIME OF STATE AID IN THE EUROPEAN UNION*

*AND IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION*

**Доц. др Видоје Спасић**

ПРИЛАГОЂАВАЊЕ АУТОРСКОГ И СРОДНОГ ПРАВА

ИНФОРМАТИЧКОМ ОКРУЖЕЊУ ..... 571

*ADAPTING THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TO*

*THE NEW DIGITAL ENVIRONMENT*

**Michael Wietzorek**

COMPENSATION FOR THE USE OF NON-CONFORMING GOODS

IN CASE OF DELIVERY OF REPLACEMENT GOODS ..... 591

НАДОКАНДА ЗА КОРИШЋЕЊЕ НЕСАОБРАЗНЕ РОБЕ У СЛУЧАЈУ ЗАХТЕВА

ЗА ЗАМЕНУ ИСТЕ РОБОМ КОЈА ЈЕ У СКЛАДУ СА СТАНДАРДИМА

**ГРАЂАНСКО ПРАВО И СУДСКА ЗАШТИТА**





Др Душан Николић  
Правни факултет Универзитета у Новом Саду

## НОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У ЕВРОПСКОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

### **Апстракт:**

У раду су анализирани главни развојни токови у области приватног права на глобалном, регионалном и националном нивоу.

У првом одељку, аутор је указао на повезаност међународних економских односа и глобализације правне регулативе. Глобализација права је, по његовом мишљењу, за сада, само на нивоу конвергенције различитих правних култура. Очигледно је да под утицајем економске интеграције долази до узајамног зближавања источњачког (плуралистичког) и западњачког (монистичког) модела. На Истоку јача улога државне регулативе, док је на Западу последњих година било приметно настојање да се она у што већој мери замени различитим облицима саморегулације. Осим тога, конвергенција се одиграва и унутар појединих цивилизацијских кругова.

Други одељак је, отуда, посвећен регионалним процесима. У њему је размотрена тенденција зближавања англоамеричког и европског континенталног права. Тај процес је, такође, делом економски условљен, а одиграва се у форми европеизације правне регулативе. Кроз праксу комунитарних институција постепено настаје јединствено европско приватно право (*ius commune europaeum*), које ће имати мешовита обележја. До сада су у појединим секторима изграђени јединствени правни стандарди, па чак и конкретна наднационална правила. Европеизација је тако постала синоним за денационализацију приватног права, која изазива отпор појединих држава чланица. То је, вероватно, подстакло размишљања о потреби да се ревидира улога државе. Последњих година се говорило о

економској неефикасности државне организације и о потреби реприватизације државне својине и јавних функција, о пренормираности друштвених односа и потреби смањења броја правних норми (дерегулација), о кризи парламентарне демократије и о потреби да се преиспита традиционално начело поделе власти (нови институционализам), о недовољној ефикасности државне регулативе и о потреби да се развију алтернативни методи друштвене регулације (деетатизација). Када се наведене тезе доведу у везу, постаје јасно да су се претходних година одигравали процеси који су водили ка слабљењу националних држава.

У трећем одељку је указано на нагли заокрет који је учињен под утицајем глобалних економских кретања, у другој половини 2008. године. Свет се у први мах суочио са великом финансијском кризом која се најпре манифестовала кроз драстичан пад вредности акција на светским берзама, а потом и кроз неликвидност и банкротство великих брокерских кућа, банака и осигуравајућих друштава. Да би се спречило даље пропадање финансијског сектора, многе државе су започеле процес докапитализације банака, осигуравајућих друштава и компанија које су се бавиле некретнинама. Био је то директан државни интервенционизам без преседана у новијој светској историји. Након извесног времена је постало јасно да се не ради само о кризи финансијског сектора, већ да светска привреда улази у највећу рецесију од краја двадесетих година XX века и да је на помолу велика економска криза. Такве околности су изазвале још снажнији државни интервенционизам. Многе државе су уложиле додатна средства у банке и друге компаније од стратешког значаја, преузимајући контролне пакете акција, а тиме и контролу над њиховим пословањем. Најзад, сада је већ очигледно да постоји ризик од тога велика економска криза прерасте у велику социјалну кризу, са несагледивим последицама. У таквим околностима треба очекивати даље јачање државе и државног права.

**Кључне речи:**

приватно право, глобализација, европеизација, дерегулација, деетатизација, економска криза

## Увод

У Европи се паралелно развијају национално, међународно и наднационално (комунитарно) приватно право. Те три регулативне целине нису међусобно изоловане. Оне имају низ додирних тачака, а у неким секторима се чак преклапају и међусобно прожимају. Интеракција је приметна како у земљама Европске уније, тако и у онима које претендују на пријем у чланство. То важи и за Србију која је још средином деведесетих година XX века започела имплементацију европских правних стандарда и комунитарне правне тековине (*acquis communautaire*). Главни развојни токови у Европској унији, на директан или индиректан начин утичу и на обликовање националног правног система.

С друге стране, треба имати у виду чињеницу да се европско право развија под утицајем глобализације. За разумевање онога што се догађа у регионалним оквирима неопходно је познавање глобалних трендова. То је императив времена у којем живимо. Глобализација економије и са њом повезана глобализација права (која се манифестује кроз узајамно зближавање правних култура), изискују другачију националну правну политику и нову стратегију развоја правне регулативе. Нарочито сада, у периоду велике економске кризе, која је приморала многе земље да у кратком року направе крупне заокрете области економије и да преиспитају ставове о значају државне организације и њеној улози при обликовању правних правила.

## 1. Утицај глобализације на развој приватног права

### 1.1. Повезаност и међузависност људских друштава

Правна регулатива сваке друштвене заједнице је у мањој или већој мери изложена спољним утицајима. С разлогом се може претпоставити да је тако још од настанка првих цивилизација. Просторно блиска људска друштва су одувек била упућена на неку врсту коегзистенције, а касније и на међусобну сарадњу.<sup>1</sup> Ширење робне размене и појачана

---

<sup>1</sup> Опширније: Душан Николић, *Грађанскоправна санкција (генеза, еволуција и савремени појам)*, Нови Сад, 1995.

флукуација људи, стварали су потребу за компатибилним, а у неким сегментима и за универзалним правилима понашања, на одређеном простору. Тај тренд је трајао столећима. Настављен је чак и у XIX веку, у периоду јачања националне свести и настанка великих грађанских и трговачких законика. О томе сведочи чињеница да је већ тада интензиван развој међународног права. Број билатералних и мултилатералних конвенција је растао истовремено са потребом да се обезбеди лакши проток људи, робе, услуга и капитала, преко државних граница. Насупрот томе, тежња за уједначавањем правних правила је слабила у периодима економских криза, политичких тензија и већих ратних сукоба. Отуда би се могло рећи да је процес уједначавања (приватног) права у најнепосреднијој вези са економијом, или прецизније, са међународним економским односима.

### 1.2. Глобализација економије

Анализе показују да постоји извесна закономерност у развоју међународних економских односа. Могу се уочити циклуси у којима се смењују периоди успона и периоди падова. Данас се човечанство, по свему судећи, налази на крају једног таквог циклуса, односно, на крају вишедеценијског стабилног развоја који је обележен интензивном економском сарадњом и *глобализацијом економије*. Тај период је почео непосредно након Другог светског рата. За њега је карактеристично неколико комплементарних трендова. Пре свега, приметан је раст међусобне повезаности или чак *међузависности националних економија*. Истовремено, последњих деценија су подстицани различити модели привређивања који су слабили утицај државе у економској сфери (*деетатизација*) и доприносили превазилажењу националних оквира (*денационализација*). Неки аналитичари сматрају да је крајњи циљ креатора новог светског поретка обликовање *наднационалне, глобалне, неолибералне економије* у којој кључну улогу треба да имају компаније које данас називамо *мултинационалним*.

### 1.3. Глобализација права

Глобализација економије није могућа без глобализације права. То су два комплементарна, међусобно условљена процеса. Ипак, међу

њима постоји извесна временска и методолошка дисонанца. Економска интеграција се одвија знатно брже и перманентно. Еволуција права је махом скоковита. Одавно је уочено да се правна правила мењају тек када правни оквир постане сувише узак за економију.<sup>2</sup>

Економска интеграција је, уз то, много уочљивија. Њене последице се осећају у свакодневном животу и људи на њу више обраћају пажњу. Промене у сфери права су дискретније. Тако у јавности, па чак и у стручној литератури, све до недавно, није било речи о глобалним променама. Уједначавање права је редовно разматрано у контексту регионалне, секторске хармонизације и унификације. У појединим деловима света су грађени јединствени правни стандарди за поједине области права и свако се (сем ретких компаративиста окупљених око Међународне академије за упоредно право и појединих националних институција) бавио развојем догађаја у сопственом региону. За Европљане је тако најважније било обликовање новог *ius cottune euro-raeum*. На Далеком истоку је, пак, у жижи интересовања било настојање да се створи заједничко (наднационално) право више азијских земаља. Сваки од тих регионалних пројеката би могао бити прича за себе. Међутим, већ на основу површне анализе се може закључити да међу њима постоји одређена веза, и да их не треба изоловано посматрати. Регионални пројекти су део једног ширег мозаика који се обликује кроз *глобализацију права*. Она треба да доведе до вишег степена усаглашености (компатибилности, хармонизованости) националних регула, а потом и до стварања јединственог наднационалног права. По свему судећи, тај процес ће бити дуг и сложен, а крајњи исход је још увек неизвесан. За сада је глобализација права само на нивоу својеврсног *зближавања правних култура*.

---

<sup>2</sup> В: Андрија Гамс - Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право – општи део*, Београд, 1982. У том смислу: Meliha Povlakić, *Transformacija stvarnog prava – u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, стр. V.

## 2. Зближавање (конвергенција) правних култура

### 2.1. Типолошка обележја

У упоредном праву се говори о радикално различитим правним културама. Реч је о два антипода. С једне стране постоји источњачки (плуралистички) а са друге стране, западњачки (монистички) модел регулисања друштвених односа. Међу њима постоје бројне и значајне разлике.

Источњачки или плуралистички модел је препознатљив по томе што у животу друштвене заједнице, осим правних норми које је створила држава, велики значај имају правила која су настала спонтанно (обичаји, морал) или под утицајем различитих друштвених група (верска и аутономна професионална правила). Спорови се, најчешће, решавају независно од државних органа, кроз различите поступке мирена. Такав модел постоји у многим азијским и афричким земљама.

У земљама западне правне културе, правни живот се, као што је познато, одвија под доминантним утицајем државе. Државни органи доносе правна правила. Они их тумаче и примењују по унапред утврђеној процедури. Обичаји, верска и друга аутономна правила, важе само ако тако одлуче органи државне власти. Спорови међу грађанима се у највећем броју случајева решавају пред судом. У основи, постоје три типа државне регулативе. Један је познат као *англо-амерички* (*англосаксонски*), други као *европски* (*континентални*) и трећи као *мешовити*. Њихови корени су исти.<sup>3</sup> Међутим, сваки од њих је имао посебну линију развоја и, отуда, има низ специфичних обележја. У правним системима англоамеричког типа правна правила углавном настају кроз судску праксу. То право је већим делом створено од стране судова (*judge-made law*).<sup>4</sup> У земљама континенталне

<sup>3</sup> В: Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, u: *Towards a European Civil Code*, (editors: Arthur Hartkamp etc.), Nijmegen – The Hague – London – Boston, 1998, стр. 21-39.

<sup>4</sup> Чињеница је да неке елементе судског права можемо наћи и у правним системима континенталне Европе. В: Dušan Nikolić, *Elements of Judge-made law in the Serbian legal system*, 22. глава у књизи: *Precedent and the law*, (ed. Ewoud Hondius), Bruylant, Bruxelles, 2007, стр. 437-467.

Европе, право стварају органи законодавне и извршне власти. Општа правила се доносе у форми закона и других *општих аката*, по унапред утврђеној процедури и у оквиру прецизно одређене надлежности. Закон је основни извор права. У неким земљама западне правне културе, право има мешовита обележја. У њима постоје закони и други општи акти које доносе органи законодавне и извршне власти али је остављена могућност да и највиши судови стварају право (кроз одлуке прецедентног карактера). Такав модел регулисања друштвених односа је, с једне стране, близак европском, а са друге, англоамеричком праву. Познат је као мешовито право (*mixed jurisdiction; mixed legal systems*).<sup>5</sup>

## 2.2. Одступање од типолошких обележја и узајамно зближавање

У Кини, под утицајем снажног економског развоја и интензивирања сарадње са другим државама, долази до слабљења обичајних правила и истовременог јачања државне правне регулативе. Насупрот томе, у земљама западне правне културе све чешће се говори о потреби да се укину бројне норме које су донели органи државне власти (*дерегулација*) и да се регулисање друштвених односа у већој мери препусти самој друштвеној заједници (*саморегулација*), односно, невладином сектору (*деетатизација*), што значи да би обичаји и аутономна правила имали знатно већи значај. Осим тога, интензивно се ради на развоју различитих модела вансудског решавања спорова. Наведене промене указују на чињеницу да су већ учињени одређени кораци у правцу зближавања источњачке и западњачке правне културе.

Конвергенција је приметна и унутар појединих цивилизацијских кругова. У већини земаља са англоамеричком традицијом ради се на својеврсној кодификацији прецедентних одлука и на стварању потпуно нових правила која нису настала као резултат судске праксе.

---

<sup>5</sup> Такви правни системи постоје у Шкотској, Квебеку, Лујзијани, Јужноафричкој Републици, а у нешто мање на-глашеном облику, и у неким другим земљама. Мање је познато да је мешовито право постојало и на простору Војводине између два светска рата. В: тематско издање Зборника радова Матице српске за друштвене науке, св. 125/2008.

Типичан пример за то су тзв. ристејтменти (*restatements*) Америчког правног института.<sup>6</sup> Осим тога, расте и број закона. Имајући у виду те трендове, поједини амерички аутори тврде да се ради о *европеизацији америчког права*. У Уједињеном Краљевству, које је у саставу Европске уније, тај процес траје већ неколико деценија.<sup>7</sup> У континенталној Европи, пак, пракса Европског суда за људска права и Суда правде Европских заједница, постаје меродавна и за решавање будућих спорова. Критичари тврде да је то последица *американизације европског права*. Ради се, заправо, о својеврсној *фузији два западна модела* (државне) правне регулативе.

### 2.3. Социолошка теза о акултурацији на националном нивоу

Право је део културе. Зато социолози сматрају да постепено напуштање традиционалних регулативних модела значи својеврсну *акултурацију*. Тај процес се превасходно одвија на националном нивоу. Отуда би се могло рећи да је акултурација заправо синоним за својеврсну денационализацију права.

### 2.4. Денационализација приватног права

Денационализација приватног права је један од највећих изазова за креаторе новог поретка у Европи. Питања која су уређена приватноправним нормама дубоко задиру у свакодневицу грађана. Свака значајнија промена утиче на начин живота близу петстотина милиона људи. Осим тога, не треба занемарити ни чињеницу да је приватно право део традиције сваког народа.<sup>8</sup> Многи аутори тврде да

---

<sup>6</sup> У Сједињеним Америчким Државама од 1923. године постоји посебан институт (*American Law Institute*) који ради на унапређењу правне регулативе. Циљ је да се путем тзв. *ристејтмента* (*Restatements of Law*) систематизују, модернизују и кодификују правила садржана у прецедентним одлукама, међу којима има и оних које су старе неколико стотина година.

<sup>7</sup> Упор. са: Simon Whittaker, *Precedent u engleskom pravu – pogled s tvrdave*, *Evropski pravnik*, 3/2007, стр. 77. и др.

<sup>8</sup> В: Jean Carbonier, *Le Code civil des français dans la mémoire collective*, у споемници поводом два века Француског грађанског законика: *1804-2004 Le Code civil – un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, стр. 1044-1053.



његова денационализација води ка губљењу националног идентитета, а у крајњој линији и ка нестанку саме нације. У Европи се зато приватно право доживљава као заштитни бедем од глобализације. По мишљењу појединих аутора, креатори новог поретка ту границу неће моћи, или чак неће смети да пређу.<sup>9</sup> Пре свега, због снажног отпора држава чланица које бране историјско наслеђе, а тиме и свој идентитет.<sup>10</sup> Међутим, постоје области које се морају хармонизовати због несметаног кретања људи, робе, услуга и капитала. Тога су били свесни и најтврђи браниоци националног права, па су у тим секторима направљени одређени уступци у правцу европеизације. Реч је пре свега о питањима из домена уговорног, одштетног и стварног права (*contract, tort, property*). Дуго се веровало да ће остале области, а пре свега статусна и породичноправна материја, остати изван процеса денационализације, јер нису у непосредној вези са привредним токовима.<sup>11</sup> Међутим, започет је рад на хармонизацији и тих сектора.<sup>12</sup>

## 2.5. Обликовање нове наднационалне правне културе

Постепена денационализација правне регулативе води ка нестанку нове, *наднационалне правне културе* која треба да олакша глобализацију права. Једну од највећих препрека на том путу су до сада представљале јаке националне државе које су чврсто браниле своју сувереност, традицију и културни идентитет. Међутим, њихов утицај је последњих година опадао.

---

<sup>9</sup> Упор. са: Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/paper>, стр. 2.

<sup>10</sup> О овим и другим дилемата: Walter van Gerven, *Codifying European private law? Yes, if...!*, у: *Le droit privé suisse au droit communautaire européen...*, стр. 173. etc.

<sup>11</sup> Daniela Caruso, *op.cit.*, стр. 4.

<sup>12</sup> В: *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, (ed. Katharina Boele-Woelki), Antwerp-Oxford-New York, 2003.

### 3. Дугорочни трендови: смањивање економске моћи и утицаја државе

#### 3.1. Теза о економској неефикасности државе

Сматра се да је један од примарних задатака модерно организованих друштава да се у што већој мери смање трошкови функционисања друштвене заједнице, а да се при том очува или чак унапреди остваривање и заштита права грађана. У том циљу је на Западу још пре више деценија започет процес свеопште приватизације и преношења јавних овлашћења са државних органа на различите агенције и друге недржавне субјекте<sup>13</sup>, уз тврдњу да је државна организација нерационална и недовољно ефикасна.

#### 3.2. Залагање за приватизацију и економски (нео)либерализам

##### 3.2.1. Реприватизација државне имовине

Непосредно након Другог светског рата у многим државама је започета национализација приватне имовине, у појединим секторима. Тај процес је био веома дуг. Трајао је неколико деценија, и супротно увреженом схватању, није спровођен само у социјалистичким земљама. Многе западноевропске земље су такође биле власници предузећа која су се бавила јавним превозом, производњом и дистрибуцијом енергента и сл. Осамдесетих година XX века, започет је супротан процес. Он се касније проширио и на бивше социјалистичке земље које су се нашле у процесу тзв. транзиције.

##### 3.2.2. Реприватизација јавних служби

Истовремено са смањењем обима средстава којима је располагала држава, смањивао се и обим активности њених органа, агенција и јавних предузећа. Држава је многе функције препустила тзв. *приватној иницијативи*.

---

<sup>13</sup> V: Polona Kovač, *Prenos задатака власти са државе на недржавне носиоце у Европској унији (и Sloveniji)*, *Evropski pravnik*, br. 3/2006.

Број и делокруг јавних предузећа се последњих деценија постепено сужавао. Њихове функције су преузеле приватне фирме које добијају послове путем јавних тендера. Узајамна права и обавезе наручиоца и посленика више нису уређени подзаконским или аутономним општим актима, већ тзв. *управним уговорима*. У западној Европи је одавно развијен правни инструментаријум који омогућује овакав облик организовања. Управни уговори (*contracts administratifs*) најшире су заступљени у Француској. Њих закључује држава или локална самоуправа (општина) у јавном интересу. Управни уговори треба да обезбеде уредно снабдевање становништва и државних органа (добављачки уговори; *marchés de fourniture*) или обављање јавних радова (предузимачки уговори; *marchés de travaux public*). У питању пословне активности од великог значаја за друштвену заједницу. Под утицајем приватизације и структурних промена, број оваквих уговора све више расте и у бившим социјалистичким земљама.<sup>14</sup>

У контексту расправе о правцима развоја приватног права, треба поменути и чињеницу да се у већини земаља одређене надлежности преносе са суда на нотаре. Реч је о променама које ће у великој мери допринети растерећењу судија и стварању једног сасвим новог модела за решавање практичних проблема који свакодневно дотичу велики број грађана.

Најзад, сведоци смо све шире примене вансудског решавања спорова у области приватног права које се врши уз посредовање (медијацију) различитих недржавних субјеката (што је иначе карактеристично за источњачку, плуралистичку правну културу).

### 3.2.3. Реприватизација радних односа и социјалног осигурања

Радно право је током XX века већим делом било везано за јавноправну област. Државни интервенционизам је у том сектору био изузетно снажан. Међутим, последњих деценија XX века дошло је до извесне либерализације радних односа. У међувремену се радно право у знатној мери приближило сфери, приватног права. У тој области је

---

<sup>14</sup> Опширније: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, девето издање, Нови Сад, 2008.

уследила опсежна дерегулација. Многа питања из домена радних односа, која су некада била уређена законом, сада постају предмет споразумевања и различитих колективних и појединачних уговора. Осим тога, приметне су и промене у домену одштетне одговорности. У многим земљама послодавци на националном нивоу формирају посебне фондове из којих се надокнађује штета коју радници претрпе на раду или у вези са радом.

У већини европских земаља је у другој половини XX века постојала широка социјална заштита запослених лица и чланова њихових породица. Она се најчешће заснивала на обавезном здравственом и обавезном пензијском и инвалидском осигурању. Реч је о два комплементарна система. Средства за остваривање права из обавезног осигурања обезбеђују се путем доприноса које плаћају осигураници и послодавци. Међутим, у порасту је број различитих облика приватног здравственог, пензијског и инвалидског осигурања. Тај тренд је приметан у многим државама. Он је последица слабљења и потенцијалне инсолвентности јавних фондова, услед рецесије, незапослености, старења становништва и све веће диспропорције између броја запослених и корисника осигурања.<sup>15</sup>

### 3.3. Теза о хиперреглментацији

Под утицајем нарастајућег неолибералног капитализма, последњих деценија XX века развијена је теза о пренормираности (хиперреглментацији) друштвених односа. У јавности су се све чешће могла чути мишљења да постоји превише правних правила, да законске и друге норме спутавају привредне активности и сл.

### 3.4. Залагање за дерегулацију

Реагујући на такве критике, владе појединих земаља су спровеле опсежну дерегулацију. Тај тренд је био посебно карактеристичан за источноевропске земље које су се нашле у процесу транзиције. Вла-

---

<sup>15</sup> Опширније, са статистичким подацима: Rajko Knez, *Istok i Zapad Evropske unije – unutrašnje tržište radne snage i okolnosti koje utiču na to tržište*, *Evropski pravnik*, 2/2006, str. 89–112.

дајуће структуре су сматрале да је пренормираност реликт социјалистичког поретка, да без дерегулације неће бити страних инвестиција и сл. У релативно кратком року, укинута су хиљаде општих аката. Услед тога је настао својеврсни правни вакуум. Дошло је до неконтролисаних прерасподеле друштвеног капитала, до драстичног социјалног раслојавања, нестајања средње класе и на крају, до дестабилизације источноевропских друштава. У таквим околностима, већи део националног богатства је неповратно прешао у руке страних банака и мултинационалних компанија. Амерички нобеловац Џозеф Штиглиц је у својим студијама на упечатљив начин приказао последице олаког преузимања неолибералног концепта и недовољно промишљене дерегулације.<sup>16</sup>

Истовремено са тезом о превеликом броју законских и других норми пласирана је теза о кризи парламентаризма и о потреби да се регулисање друштвених односа у већој мери препусти другим субјектима.

### 3.5. Теза о кризи парламентаризма

Нема сумње да је парламентарни систем већ дуже време у кризи. Опадајући број бирача на изборима доводи у питање представничку демократију и тезу да су посланици представници свих грађана. Осим тога, очигледно је да законодавану власт чине припадници различитих политичких групација који у процесу стварања права настоје да заштите различите групне и личне интересе. Јавна и мање јавна лобирања, корупционашке афере и скандали, бацају сенку на морални интегритет парламената у многим државама. Питање је и да ли посланици који најчешће нису правници могу компетентно расправљати и одлучивати о свим правно релевантним питањима. Често се догађа да један конзистентни предлог закона, припремљен од стране стручњака, буде драстично измењен у скупштинској процедури.

Због тога се у стручној, па и у широј јавности све чешће указује на потребу да се преиспита начело поделе власти и да се изнађе нови институционални концепт који ће омогућити ефикаснију и професио-

---

<sup>16</sup> Џозеф Е. Штиглиц, *Противречности глобализације*, Београд, 2002.

налнију изградњу правног система. При том свакако треба имати у виду процесе који се одвијају у Европској унији. Они су са стручног становишта веома значајни, јер указују на један нови начин стварања правних правила у области приватног права.

### 3.6. Залагање за преиспитивање принципа поделе власти

Поједини француски аутори су на размеђи два миленијума писали о небулозности институционалног концепта (*la nébuleuse institutionnelle*) и о функционалној конфузији (*la confusion fonctionnelle*) која влада у Европској унији. Просечан правник, образован у духу континенталне правне традиције, већ на први поглед може уочити да се функције и надлежности појединих институција у многим случајевима преплићу, узајамно прожимају и надопуњују. Отуда многи сматрају да у Унији још увек нема јасне поделе власти<sup>17</sup>, или да је барем нема у традиционалном, *монтескијеовском смислу*. Ради се, заправо, о нечем другом. Организациона структура Европске уније и начин њеног функционисања се уклапају у један новији теоријски модел, тзв. *нови институционализам (new institutionalism)*<sup>18</sup>, развијан током XX века, који се заснива на идеји о сарадњи и координисаном деловању различитих органа. Основна идеја је да све институције једног система морају бити функционално повезане и да треба да сарађују ради постизања јединствених циљева и интереса друштвене заједнице. Теорија сарадње је флексибилнија од класичног концепта поделе власти и омогућује лакше постизање компромиса који воде ка регионалној, и истовремено, ка глобалној интеграцији. Осим тога, она отвара простор за другачију улогу судова у креирању правног система<sup>19</sup>.

Суд правде европских заједница у Луксембургу има веома велик утицај на правни живот Уније. Као што је познато, тој институцији је

---

<sup>17</sup> K. Lenaerts, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, *Common Market Law Review*, 28/1991, str. 11.

<sup>18</sup> V.: Damian Chalmers, *European Union Law – Law and EU Government*, Dartmouth, 1998., str. 158.

<sup>19</sup> Опширније о креативној улози судова: Ewoud Hondius, *Jugoistočna Evropa i evropsko privatno pravo*, *Evropski pravnik*, 1/2006, str. 15-30.

поверено аутентично тумачење комунитарног права (изворно тумачење по овлашћењу). Суд у прелиминарном поступку, на захтев правосудних органа држава чланица, одређује који је прави смисао конкретног правила. Осим тога, суд правде Европских заједница има и моћ стварања права. По мишљењу једног швајцарског аналитичара српског порекла "он све прогресивније развија право заједнице, како широком интерпретацијом основних норми уговора, тако и стварањем новог правног поретка. (...) На бројне начине Суд делује као фино подешен законодавац, а творци Уговора су баш то и хтели."<sup>20</sup> Но, зашто су се креатори новог поретка определили за такав методолошки приступ? Један од разлога вероватно лежи у чињеници да суд као мањи орган са строго професионалним кадром, може ефикасније утицати на то да се правни систем развија у жељеном правцу, него нпр. парламент са великим бројем чланова, у ком се преламају различити национални, политички, економски и други интереси. Једноставније речено, много је лакше донети судску одлуку него закон. Најзад, не треба одбацити ни друге разлоге. Поверавање тако значајне улоге суду је вероватно мотивисано и потребом да се створи модел правног система који би представљао компромис између европског континенталног и англо-америчког права. Међутим, ни то, вероватно, није крајњи циљ. Државну регулативу би према неким пројекцијама требало заменити различитим облицима друштвене саморегулације.

### 3.7. Теза о недовољној ефикасности државне регулативе (права)

Поједини аналитичари сматрају да је државна регулатива недовољно ефикасна а у неким случајевима и потпуно неделотворна. У литератури постоје процене да би други модели регулисања друштвених односа дали много боље резултате. Тако се последњих година размишљало о јачању аутономне регулативе и препуштању једног дела правнорелевантне материје тзв. друштвеној саморегулацији, као и о новој улози правне науке.

---

<sup>20</sup> Душан Шиђански, *У трагању за новим европским федерализмом*, Београд, 2002, стр. 62.

### 3.8. Залагање за деетатизацију регулативе у домену приватног права

#### 3.8.1. Јачање аутономне регулативе и друштвене саморегулације: нова *lex mercatoria* и *lex sportiva*

Један од кључних аргумената који су говорили у прилог деетатизацији приватног права нађен је у чињеници да су још у средњем веку постојала посебна правила у области трговине (*lex mercatoria*). Као што је познато, средњовековни трговци су самостално стварали и мењали професионална правила. Неоспорно је да су они у томе били много ефикаснији од државних органа. Имајући то у виду, неки наши савременици су, у духу идеје о развоју цивилног друштва, закључили да није ништа природније него да се друштвени односи препусте друштвеној саморегулацији. Потом су уследила залагања за стварање нове *lex mercatoriae*, за самостално обликовање правила у домену спортског права (*lex sportiva*) и за развој аутономне регулативе у другим областима.

Недржавна правила у области спорта се за сада могу стварати у два сектора. Први обухвата материју коју по овлашћењу државе могу аутономно уредити спортске асоцијације и остала правна лица, а други, материју која је уређена диспозитивним нормама. У питању су два различита случаја. У сектору који је држава препустила недржавним субјектима, могу бити установљена различита правила која најчешће по аутоматизму важе за чланове и (евентуално) трећа лица. У другом случају, када је држава установила општа или специјална правила диспозитивног карактера, или уопште није уредила неко од релевантних питања, а странке имају могућност избора, спортске асоцијације могу стварати опциона правила, попут оних која су садржана у *ристејтментима* Америчког правног института или оних које чине тзв. меко право (*soft law*) у Европској унији.

#### 3.8.2. Креативна улога правне науке: меко право – *soft law*

Последњих година је у стручној јавности истицана потреба да се стварање права у већој мери професионализује. Томе су у великој мери допринеле, с једне стране, већ помињане критике парламентарног система, а са друге, позитивна искуства са праксом Европског суда за



људска права у Стразбуру и Суда правде Европских заједница у Луксембургу, као и капитални развојни пројекти<sup>21</sup> чији су носиоци били познати универзитетски професори. Једна од главних идеја је била да истакнути правни теоретичари створе модел-правила која формално не би била обавезујућа, али би служила као оријентир учесницима правних односа, националним судовима, а у крајњој линији и парламентима држава чланица Европске уније. Очекивало се да такво, меко право (*soft law*), буде спонтано прихваћено у правној пракси. Наравно, није занемарена ни чињеница да би та правна правила у погодном тренутку могла да постану део јединственог европског законика.<sup>22</sup>

Руковођена тим циљевима, Комисија европских заједница је 1980. године почела да финансира рад на изради Начела европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*). Носилац пројекта је била Комисија за европско уговорно право (*Commission on European contract law*), на чијем челу је био дански професор Оле Ландо. Експертски тим је радио пуних двадесет година. У међувремену су озваничени поједини сегменти пројекта. Године 1995. презентована је прва верзија првог дела; 1998. је објављена комплетна верзија првог и другог дела, а 2002. године јавности је представљен и трећи део са додатним поглављима. Након тога, отворене су расправе о значају и примени начела европског уговорног права, и о креативној улози правне науке.<sup>23</sup> У том контексту је чак разматрана могућност да се истакнутим правницима препусти стварање правних правила, као што је једно време био случај у Римској империји и касније, у средњовековној Европи. Међутим, испоставило се да су таква очекивања била нереална.

---

<sup>21</sup> Опширније: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, девето издање, Нови Сад, 2008.

<sup>22</sup> V: William Blair – Richard Brent, *A Single European Law of Contract – the future for harmonisation*, [http://www.bareuropeangroup.com/Blair\\_Brent-Eurocontract Law\[2\].htm](http://www.bareuropeangroup.com/Blair_Brent-Eurocontract Law[2].htm)

<sup>23</sup> V: Friedrich Blase, *Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of Principles of the European Contract Law*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/blase>. Европска комисија је 12. фебруара 2003. објавила *Akcioni plan za koherentnije evropsko ugovorno pravo (Action Plan on a More Coherent European Contract Law)*, kojim su predviđene različite regulatorne i neregulatorne mere za ujednačavanje pravne regulative. (OJ C63/1 od 15. marta 2003).

Године 2008. Студијска група за Европски грађански законик (*Study Group on a European Civil Code*) и тзв. Аки група (*Research Group on EC Private Law*) објавиле су Нацрт оквирних правила у области уговорног права (*Draft Common Frame of Reference*)<sup>24</sup>, који је делом заснован и на измењеној верзији Ландових начела. У предговору књиге је наглашено да је то "академски, а не политички ауторизован текст (*an academic, not a politically authorised text*)." Управо та карактеристика је била повод за полемику на међународној конференцији "*Which European Contract law for the European Union*" која је октобра 2008. године одржана на универзитету Сорбона у Паризу (*La Sorbonne*). Том приликом, указано је на чињеницу да у Европи не постоји политичка воља да Нацрт добије обавезујући карактер, и да са друге стране, текст који су превасходно писали универзитетски професори и правни теоретичари, у неким сегментима не одговара реалности и потребама правне праксе.

### 3.8.3. Изван државе – промишљање приватног права

У лето 2007. године у Хамбургу је одржан америчко – немачки сипозијум под називом *Beyond the State – Rethinking Private Law (Изван државе – промишљање приватног права)*.<sup>25</sup> У конструктивној атмосфери, али уз доста полемичких тонова, вођена је дискусија о утицају државе на уобличавање јавног и приватног права, о аутономији приватног права у односу на државу, о пренормираности државног приватног права и потреби дерегулације, о историјским искуствима која говоре у прилог томе да приватно право може постојати независно од државе, о сличним тенденцијама у савременом друштву, о актуелној европеизацији и глобализацији приватног права, о измењеној улози нацио-

<sup>24</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte – Nölke, Interim Outline Edition, Sellier – European Law Publisher, Munich, 2008.

<sup>25</sup> Скуп је организовао Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) у сарадњи са American Journal of Comparative Law, Duke Law School и Westfälische Wilhelms-Universität. Разговори на ту тему су настављени на Универзитету Martin-Luther у Халеу (Halle, Saale, Wittenberg) септембра 2007. године на XXXI конференцији за упоредно право чија је општа тема Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts (Глобализација и деетатизација права).

налних држава у савременом свету, о приватизацији, о недржавном правном поретку, о пост-државном праву и сл.<sup>26</sup>

Синтагма *Private Law Beyond the State* је многим звучала футуристички, али је у основи већ била виђена и опробана на простору некадашње Југославије, у којој је деценијама развијана друштвена саморегулација у облику друштвених договора и самоуправних споразума. Годину дана након Скупа, догодиле су се значајне промене широм света, које су указале на значај државе и државне регулативе.

#### 4. Радикални заокрети

##### 4.1. Велика светска финансијска криза

У лето 2008. године свет се суочио са великом финансијском кризом која се најпре манифестовала кроз драстичан пад вредности акција на светским берзама, а потом и кроз неликвидност и банкротство великих брокерских кућа, банака и осигуравајућих друштава.

##### 4.2. Заокрет: државни интервенционизам у финансијском сектору

Да би спречиле даље пропадање финансијског сектора, Сједињене Америчке Државе су започеле процес докапитализације банака, осигуравајућих друштава и компанија које су се бавиле некретнинама. Из државног буџета су за те намене издвојене хиљаде милијарди долара. Био је то директан државни интервенционизам без преседана у новијој светској историји. На сличан начин су потом поступиле и многе друге земље. Тиме је концепт економског неолиберализма био озбиљно доведен у питање.

##### 4.3. Велика светска економска криза

Након извесног времена је постало јасно да се не ради само о кризи финансијског сектора, већ да светска привреда улази у највећу

---

<sup>26</sup> В: Приказ скупа који је објављен у часопису Европски правник/*European Lawyer Journal* 3/2007, стр. 139 – 145.

рецесију од краја двадесетих година XX века и да је на помолу велика економска криза.

#### 4.4. Заокрет: државни интервенционизам у сфери економских односа

Такве околности су изазвале још снажнији државни интервенционизам. Многе државе су уложиле додатна средства у банке и друге компаније од стратешког значаја, преузимајући контролне пакете акција, а тиме и контролу над њиховим пословањем. Догодило се нешто што је било незамисливо само неколико месеци раније. Државни органи су почели да се директно мешају у економске односе, прописујући чак и лимите за примања руководећих кадрова у банкама и другим великим компанијама.

#### 4.5. Социјална криза

Најзад, временом је постало јасно да ће велика економска криза да прерасте у велику социјалну кризу, са несагледивим последицама. Средња класа није нестала само у Источној Европи, већ и у многим развијеним земљама. Наравно, ситуација није свуда иста. Сиромашна и драстично раслојена друштва нису у стању да без великих потреса поднесу терет економске кризе.

#### 4.6. Заокрет: државни интервенционизам у сфери својинских односа

У јесен 2008. године председник земље која је председавала Европском унијом је предложио да свака држава чланица формира суверени национални фонд којим ће финансирати одбрану своје економије и спречити да странци купују њене компаније од стратешког значаја.<sup>27</sup> Тиме су доведени у питање неки од основних принципа на којима се темељи паневропска интеграција, попут слободе кретања људи, робе, услуга и капитала. Државе ће се у кризном периоду,

---

<sup>27</sup> *Europeans divided by sovereign fund idea*, Herald Tribune – The Global edition of the New York Times, October 22, 2008.

вероватно још више мешати у међународне економске односе. Осим тога, треба очекивати и различите облике интервенционизма на унутрашњем плану.

Да би спречиле већа социјална незадовољства и немире, државе ће морати да воде активнију политику у домену својинских односа. Неке од њих су већ започеле национализацију компанија од стратешког значаја. Осим тога, може се очекивати да ће приватна својина имати све наглашенију социјалну функцију,<sup>28</sup> на коју је указано и у појединим одлукама Суда правде европских заједница.<sup>29</sup>

Уз све то, треба очекивати снажније мешање државе у радне односе и у област социјалне заштите.

### 5. Епилог: јачање државе и њене улоге на регулативном плану?

На основу свега што је до сада речено можемо закључити да су наступиле значајне промене у светској економији. Оне ће у великој мери утицати на даљи развој права, како на националном, тако и на наднационалном плану. Државна организација ће у наредном периоду имати све већи значај. Истовремено, јачаће и њена улога у сфери регулисања друштвених односа. Конвергенција правних култура и процеси европеизације и глобализације права ће се одвијати спорије,

---

<sup>28</sup> V: Dušan Nikolić, *Functio socialis a dreptului de proprietate privata (trecut, prezent, viitor)*, Pandectele Romane, Wolters Kluwer, 2007, str. 69. etc.

<sup>29</sup> Међу њима је посебно упечатљива Пресуда C-347/03, *Tocai (Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Agenzia regionale per lo sviluppo rurale)* поводом законитости Уредбе италијанског Министарства за пољопривреду и шумарство од 26. септембра 2002. година којом је забрањена употреба назива винове лозе *Tocai friulano* и његовог синонима *Tocai italico* на налепницама за винске флаше, ради заштите географске ознаке порекла мађарског вина *Tokaj*. У одлуци пише: "(119). У складу са судском праксом, право на поседовање имовине представља једно од општих начела комуни-тарног права. Ипак, то право није апсолутно и мора се посматрати у односу на његову социјалну функцију (подвукао Д.Н.). Из тога следи да право на имовину може бити ограничено под условом да таква ограничења одговарају циљевима које жели постићи Заједница и да у односу на циљ који се жели постићи не представљају не-размерно и неподношљиво мешање које утиче на саму суштину гарантованог права"<sup>29</sup>.

али неће бити доведени у питање. То значи да ће бити прихваћена компромисна формула, на коју је указано у неким раније објављеним радовима.<sup>30</sup> Наиме, треба очекивати да ће државе јачати, али и да ће истовремено расти степен њихове повезаности и међузависности.

### Резиме

У Европи се паралелно развијају национално, међународно и наднационално (комунитарно) приватно право. Те три регулативне целине нису међусобно изоловане. Оне имају низ додирних тачака, а у неким секторима се чак преклапају и међусобно прожимају. Интеракција је приметна како у земљама Европске уније, тако и у онима које претендују на пријем у чланство. То у подједнакој мери важи и за Србију која је још средином деведесетих година XX века започела имплементацију европских правних стандарда и комунитарне правне тековине (*acquis communautaire*). Главни развојни токови у Европској унији, на директан или индиректан начин утичу и на обликовање националног правног система.

Пре свега, евидентно је да у западном свету долази до фузије европског континенталног и англоамеричког модела правне регулативе. Уместо традиционалне поделе власти на законодавну, извршну и судску, развија се тзв. *нови институционализам (new institutionalism)* који се заснива на идеји о сарадњи различитих органа и институција ради остваривања заједничких циљева. У том контексту, Суд правде европских заједница (*Court of Justice of the European Communities*) у Луксембургу и *Европски суд за људска права (European court of human rights)* у Стразбуру доносе одлуке прецедентног карактера. О зближавању две правне културе сведочи и чињеница да у европском праву има све више правни института који су преузети (реципирани, трансплантовани) из англоамеричког права.

---

<sup>30</sup> В: Душан Николић, *Civilno društvo i civilno pravo*, у: *Liber Amicorum – Nikola Gavella*, Zagreb, 2007, стр. 54.

До почетка велике светске финансијске и економске кризе често се говорило о потреби да се спроведе опсежна *дерегулација* друштвених односа који спадају у домен приватног права. Сматрало се да треба смањити број норми које су донели органи државне власти. Постојала су залагања да се регулисање друштвених односа у већој мери препусти самој друштвеној заједници (*саморегулација*), односно, невладином сектору (*деетатизација*), што значи да би обичаји и аутономна правила имали знатно већи значај. Међутим, у већини земаља је одмах по отпочињању кризе уследио изразити државни интервенционизам. Државе су својим прописима на врло директан начин уредиле многа питања од националног интереса.

Такав обрт је посебно приметан у домену својинских односа. У једном релативно дугом временском периоду, под утицајем економског *неолиберализма*, вршена је *приватизација државне имовине*. Крајем 2008. године направљен је радикалан заокрет ка *државном капитализму*. У многим државама је започета масовна *докапитализација*, а потом и *национализација* банака, осигуравајућих друштава и великих производних компанија, које су биле од посебног националног значаја.

Промене су евидентне и у домену правне заштите. Све више се ради на развоју различитих модела вансудског решавања спорова.

**Prof. Dušan Nikolić, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

## NEW TENDENCIES IN THE DEVELOPMENT OF THE EUROPEAN PRIVATE LAW

### **Summary**

*In Europe today, there is a concomitant development of the national, the international and the supranational (community) law. These three regulatory systems are by no means mutually unrelated. They have a series of common converging points, and they even overlap and mutually permeate one another. The interaction among the three regulatory systems is apparent not only in the EU Member States but also in the counties aspiring to join the EU membership. This also applies to Serbia which started the implementation of the European legal standards and the community legal tradition (acquis communautaire) in as far as the mid-1990s. The major currents of development in the European Union have always affected, either directly or indirectly, the shaping of our national legal system.*

*First and foremost, it is evident that in the western world there has been a fusion of the European-Continental and the Anglo-American legal systems. Instead of the traditional separation of powers into the legislative, executive and the judicial branch, there has been a trend of developing the so-called new institutionalism, which is based on the concept of cooperation between diverse authorities and institutions for the purpose of attaining the joint aims, goals and objectives. In that context, the rulings of the Court of Justice of the European Communities in Luxembourg and the European Court of Human Rights in Strasbourg are based on the principles of the judicial precedent. The evidence that the two legal cultures have been drawing closer is the growing body of legal institutes in the EU law which have been adopted, received or transplanted from the Anglo-American legal system.*

*Until the beginning of the world financial and economic crisis in 2008, a matter of frequent discussion was the need to have an extensive deregulation of social relations in the domain of private law. It was considered that the number of norms adopted by the state bodies of authority should be reduced. There were proponents of*



*the idea that the social relations should be regulated by a more extensive involvement of the community (self-regulation) and the non-governmental sector (de-etatisation), which implies a more significant role of autonomous rules and customs. However, at the very outset of the economic crisis, most countries resorted to a prominent state interventionism, directly regulating many issues of national interest by their own regulations.*

*Such a turn of events is particularly evident in the domain of proprietary relations. Under the influence of economic neo-liberalism, the public property has been subject to privatisation over a relatively long period of time. At the end of the year 2008, there was a radical turning point towards the state-governed capitalism. Many countries initiated a massive re-capitalisation, which was accompanied by the nationalisation of banks, insurance companies and large manufacturing companies of special national significance and interest.*

*Changes are also evident in the domain of legal protection. There is a growing tendency to develop various models of extrajudicial dispute resolution. In addition, there are some interesting new ideas on the role of the legal science, which bring back the memory of some old times.*

**Key words:** *private law, globalization, europeization, deregulation, de-etatization, economic crisis*



**Др Арсен Јаневски, редовни професор**  
Правни факултет „Јустинијан Први“  
Универзитет „Св. Кирило и Методије“, Скопје

**Др Татјана Зороска – Камилоска, доцент**  
Правни факултет „Јустинијан Први“  
Универзитет „Св. Кирило и Методије“, Скопје

## **ЕВРОПСКА ИЗВРШНА ИСПРАВА ЗА НЕСПОРНА ПОТРАЖИВАЊА**

### **Апстракт:**

Стварањем Европске извршне исправе (налова) за неспорна потраживања, Европска унија се прихватила решавања заједничког проблема који се јавља у прекограничним споровима у случају када судска одлука донета у једној држави чланици Европске уније треба да се изврши у некој другој држави чланици ЕУ. Уредба ЕЗ бр. 805/2004 усвојена је да би се боље ускладило дејство принципа слободе кретања у Европској унији и реалних потреба јединственог европског тржишта, обезбедио већи степен правне сигурности у грађанским споровима унутар Европске уније и омогућило слободно циркулисање судских одлука. Ова Уредба којом је створена Европска извршна исправа (наслов) за намирење неспорних потраживања не намеће обавезу да суд земље порекла изда јединствену „Потврду о Европској извршној исправи“. Дакле, извршна исправа има директно правно дејство у свим државама чланицама Европске уније (осим Данске) без потребе за издавањем налога за извршење, али и без могућности приговора на њено признавање. У овом чланку, аутори дају општи преглед правила ове Уредбе, почев од њених материјално-правних оквира, преко одређења појма Европске извршне исправе, минималних процедуралних стандарда у поступцима за намирење неспорних потраживања, све до извршног поступка у земљи извршења. Поред тога, аутори указују и на нека законска решења садржана у националном законодавству Републике Македоније по овом питању.

### **Кључне речи:**

европска извршна исправа, неспорна потраживања, извршни поступак

## 1. Увод

Судске одлуке су израз суверенитета државе у којој су донешене. Због тога, важност одлука донетих од стране судова било које државе подлежу принципу територијалности – одлуке судова производе правно дејство на територији државе чији је суд донео одлуку. Овај принцип, сам по себи, представља озбиљну кочницу за развој правног промета, који не познаје државне границе. Успостављање бројних грађанско-правних односа са страним елементом и појава спорова из тих односа, у условима кад нема изнаднационалног суда за њихово решавање поставља питање о условима под којим одлуке донешене од стране суда опредељене државе производе правно дејство на територији друге државе/држава.

Питање признавања дејства страних одлука *extra territorium* давно је апсолвирано са афирмацијом института признавање и извршење страних судских одлука. Надлежни суд државе у којој страна судска одлука треба произвести правно дејство, у посебном поступку – делибационом поступку – испитује да ли страна судска одлука испуњава претпоставке да би јој се признала својства која се признају домаћој судској одлуци, а поред тога, уколико је потребно, да се дозволи и њено извршење – егзекватура.<sup>1</sup>

Иако, је признавање и извршење страних судских одлука предмет регулисања више међународних конвенција и уговора, као и интерних прописа држава<sup>2</sup>, у овој прилици предмет нашег интересовања биће ова проблематика у контексту европских интеграција.

---

<sup>1</sup> Тако, S. Triva- M.Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, стр. 110.

<sup>2</sup> У Републици Македонији проблематика признавања и извршења страних одлука је регулисана Законом о међународном приватном праву (ЗМПП) (“Службен Весник на РМ”, бр. 87/07) - Глава четврта. Када је реч о извршењу страних судских одлука, Закон о извршењу (ЗИ) (“Службен Весник на РМ”, бр.35/2005, 50/2006, 129/2006 и 8/2007), садржи одредбу према којој извршење одлуке страног суда се може спровести у Републици Македонији ако одлука испуњава претпоставке о признању прописане законом или међународним уговором ратификованим у сагласности са Уставом Републике Македоније (чл. 8).

У време оснивања ЕЕЗ, основни концепт развоја европских грађанских процесних законодавства била је позиција партикуларизма: да се грађански процесни системи граде као национални системи заштите грађанских субјективних права. Противречност између општег става о непостојању компетенција ЕЕЗ у овој сфери, са једне стране, и опсервирана потреба за сарадњу у грађанским предметима, у функцији развоја унутрашњег тржишта, са друге стране, имало је своје резрешење у одредби члана 200, ал. 4 Уговора о оснивању ЕЕЗ, потписаног у Риму, 25 априла, 1957. године, према којој се државе чланице обавезују, уколико је потребно, да приступе међународним преговорима, да би обезбедили, у интересу својих грађана, поједностављење формалности у вези узајамног признавања и извршења судских и арбитражних одлука. Овај је члан Уговора о оснивању ЕЕЗ представљао формалноправну основу за закључење основног међународно-правног документа за грађанско процесно право ЕУ – Конвенцију о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и привредним предметима, у Бриселу, 27. септембра 1968. године. Конвенција је значила “само почетак уједначавања и уравнотежавања грађанских процесних права држава-чланица у одређеној групи правних послова, а не наднационални аутономни корпус процесних правила, у правом смислу речи”<sup>3</sup>.

Амстердамски уговор из 1997. године, који је ступио на снагу првог маја 1999. године, променио је правне основе за сарадњу у грађанским предметима, дајући нови импулс развоју аутономног корпуса грађанских процесних правила ЕУ. То је резултовало усвајањем Регулative (ЕЦ) бр. 44/2001 о надлежности и признавању и извршењу одлука у грађанским и привредним предметима<sup>4</sup>, као обавезујућег и непосредно применљивог правног инструмента у свим државама-чланице ЕУ, односно са креирањем правих супранационалних норми ЕУ о предмет-

---

<sup>3</sup> О развоју и будућности европског грађанског права види М. Freudenthal, “The Future of European Civil Procedure”, Vol. 7.5. Electronic Journal of Comparative Law, December 2003.

<sup>4</sup> Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ. L. 012, 16.01.2001.

ној проблематици<sup>5</sup>. Иако, се овом Регулацивом установио прилично либерални режим признавања и извршења одлука у оквиру држава-чланица ЕУ, Регулацива не значи и безусловно признавање правоснажности и извршности одлука донете од стране страних судова<sup>6</sup>. Одавде, сасвим је разумљиво што са усвајањем ове Регулациве, Заједница није затворила процес усвајања мера на пољу судске сарадње у грађанским и привредним стварима, као неопходне претпоставке за функционисање унутрашњег тржишта.

Због учвршћивања принципа међусобног признавања одлука у грађанским и привредним предметима, јасно је била идентификована потреба да се убрза и поједностави извршење пресуда у државама-чланицама у којима нису донешене, са постепеним укидањем било каквих посредних мера/поступка који се предузимају/спроводе пре извршења у држави-чланици у којој се извршење захтева.<sup>7</sup> Први корак у том правцу било је укидање егзекутуре за одлуке које су донешене у одређеним грађанским и привредним предметима<sup>8</sup>, што је уследило са усвајањем Регулациве (ЕЦ) Бр. 805/2004 о стварању европске извршне исправе за неспорна потраживања<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> A. Stadler, From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure, Common market law review, Vol. 42. No. 6, 2005, pp. 1637-1661.

<sup>6</sup> Видети Главу 3 Регулациве.

<sup>7</sup> Видите Закључке са састанка Европског Савета у Тамперу, 15 и 16 октомври 1999 година – Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, доступно на [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm), и Програма о мерама спровођења принципа за узајамно признавање одлука у грађанским и привредним предметима, ОЈ. С. 12 of 15.01.2001, pp. 1.

<sup>8</sup> Видите Marek Zillinsky, Abolishing Exequatur in European Union: The European Enforcement Order, Netherlands International Law Review (2006), 53, pp. 471-492.

<sup>9</sup> Regulation (EC) No 805/2004 of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, ОЈ L 143, 30.04.2004. Регулацива је у примени од 21. октобра 2005. године, са изузетком чланова 30, 31. и 32. који се примењују од 21. јануара 2005. године. Регулацива је измењена са Regulation (EC) No 1869/2005 of 16 November 2005, ОЈ L 300, 17.11.2005. Измене се односе на неколико Анекса ка Регулациви, у којима су садржани формулари који се користе у поступку за креирање европске извршне исправе.

С обзиром да сагласно Регулативи, пресуда која би била потврђена као европска извршна исправа од стране суда који је донео, у циљу извршења, треба се сматрати као да је донешена у држави-чланици у којој се тражи извршење, нема потребе од допунског одобравања од стране суда те државе, без сумње, поступак креирања европске извршне исправе нуди значајне предности у односу поступка егзекватуре предвиђеног у Регулативи (ЕЦ) Бр. 44/2001. И поред тога, поступак потврђивања извршне исправе која гласи на неспорно потраживање као европске извршне исправе не намеће се повериоцима као ексклузиван. Напротив, поверилац на основу претходне процене својих интереса може изабрати између система признавања и извршења сагласно Регулативи (ЕЦ) Бр. 44/2001, или другог инструмента ЕУ, или, система издавања европске извршне исправе.

У тексту који следи, извршена је анализа основних правила Регулативе (ЕЦ) Бр. 805/2004 у вези више питања која имају значај за поступак креирања европске извршне исправе. У контексту актуелног процеса евроинтеграције Републике Македоније, анализа заслужује пажњу најмање из два разлога: прво, ради се о супранационалним нормама ЕУ које ће македонски правосудни органи непосредно примењивати у моменту када Република Македонија постане чланица велике европске породице, и друго, поступак креирања европске извршне исправе намеће захтеве (стандарде) који морају бити испуњени да би извршна исправа била потврђена као европска извршна исправа, чиме македонско грађанско процесно право подлеже тесту провере са аспекта његове компатибилности са европским стандардима.

## **2. Подручје примене**

Објективне границе у сфери примене Регулативе (ЕЦ) Бр. 805/2004 за креирање европске извршне исправе за неспорна потраживања изречно су дефинисане чланом 2 ове регулативе. Они се практично поклапају са границама употребе Регулативе (ЕЦ) Бр. 44/2001 о надлежности и о признавању и извршењу одлука у грађанским и привред-

ним предметима<sup>10</sup>. У том смислу, Регулатива (ЕЦ) Бр. 805/2004 употребљава се у грађанским и привредним предметима, без обзира на природу суда или трибунала који је донео одлуку која треба да се потврди као европска извршна исправа. Изричито је искључена могућност, да се њена сфера употребе прошири на пореске, царинске или административне предмете, али и на одговорност државе за послове или пропуштања која се односе на практиковање државног суверенитета ("*acta iure imperii*"). Ово последње, у односу на (ЕЦ) Бр. 44/2001, представља једини случај више прописан овом регулативом.

Поред тога, изван подручја примене ове регулативе су и предмети који се односе на: а) статус или правну способност физичких лица, као и имовинских права која произлазе из брачних односа, тестамената и наслеђивања; б) стечај, поступци у вези ликвидације несолвентних друштва или других правних лица, судски споразуми, или слични поступци; в) социјално осигурање; и г) арбитража.

### **3. Извршни наслови подобни да буду потврђени као европске извршне исправе**

Савремено извршно право почива на старој римској максими – *nulla executio sine titulo* – према којом принудно извршење се може дозволити/спровести само на основу валидног извршног наслова (*titulus executionis*). Разлози правне сигурности налажу да се може применити принуда због остваривања неког потраживања само ако постојање потраживања буде доказано на ауторитативан начин, на начин који у великој мери одбацује сумњу за његово постојање. Другим речима, постојање потраживања мора бити утврђено одређеном квалификованом исправом, која је, по правилу резултат претходног когницијског поступка. Које су квалификоване исправе валидне извршне исправе предмет је регулисања унутрашњих права сваке државе.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Видети чл. 1 Регулативе (ЕЦ) Бр. 44/2001.

<sup>11</sup> Тако, према ЗИ Републике Македоније, извршне исправе су: извршна судска одлука и судско поравнање, извршна одлука и поравнање у управном поступку, ако гласе на испуњење новчане обавезе, извршна нотарска исправа, закључак извршиоца за



Основна идеја Регулative (ЕЦ) Бр. 805/2004 је креирање европске извршне исправе од страна суда државе из које потиче извршна исправа. Сасвим разумљиво, прво питање које се овде поставља је: које квалификоване исправе донешене/састављене, издате у некој од држава чланица<sup>12</sup> могу бити потврђене као европске извршне исправе?

Сагласно Регулative, подобне да буду признате као европске извршне исправе су следеће три категорије квалификованих исправа: пресуде, судска поравнања и аутентични инструменти, под условом да се односе на неспорна потраживања (чл. 3, ст.1). У Регулative, ова се категорија извршних исправа дефинише на начин који не доводи у питање садржину и домаћај тих појмова.

Тако, генусним појмом пресуде, обухваћени су сви облици судских кондемпнаторних аката – свака пресуда суда<sup>13</sup> или трибунала државе-чланице, без обзира како се она назива, укључујући и декрет, налог, решење или налог за извршење, како и одређивање трошкова поступка од стране службеника суда (чл. 4, точ. 1).

Судска поравнања која странке могу закључити пред судом у поступку у грађанским и привредним предметима, којима они споразумно уређују односе, који су предмет поступка, тако да поравнања представљају сурогат судских одлука, а с тиме и извршне исправе, сасвим се разумљиво убрајају у групу квалификованих исправа које могу бити потврђене као европске извршне исправе. Према Регулative, појам судског поравнања подразумева споразум који је био одобрен од стране суда или закључен пред судом у току судског поступка (arg. ex. чл. 24).

Појам аутентичног документа, као квалификоване исправе одређен је на начин да означава документ формално сачињен или регистрован као аутентични инструмент, чија се аутентичност односи на

---

утврђивање трошкова извршења и друга исправа која је као извршна исправа предвиђена законом (чл. 12).

<sup>12</sup> Под појамом држава – чланица у смислу ове Регулative подразумевају се све државе-чланице ЕУ, осим Данске (чл. 2, ст. 3).

<sup>13</sup> Према изричитој одредби Регулative, у Шведској, у односу на скраћени поступак за издавање платних налога (betalningsförelöggande), израз суд обухвата и шведску службу извршења (kronofogdemyndighet).

потпис и садржину инструмента. Такав аутентични документ може бити издат од државног органа или другог органа овлашћеног од стране државе-чланице порекла или могуће је да се ради о споразуму који се односи на обавезе издржавања, закљученог испред административних органа или потврђеног с njihове стране (чл. 4, точ. 3).

Наведене три категорије извршних исправа могу бити потврђене као европски извршни наслови под једним допунским условом – уколико се односе на неспорна потраживања. Овим допунским условом, двапут се умањује круг кондемпнаторних исправа које могу бити потврђене као европске извршне исправе. Прво, појам потраживање подразумева искључиво само новчано потраживање, односно потраживање наплате одређене суме новца, која је доспела или чији је датум доспелости утврђен у самој пресуди, судском поравнању или аутентичном инструменту (чл. 4, точ. 2). А *contrario* пресуде, судска поравнања и аутентични инструменти који гласе на испуњавање неке друге престације – неког другог давања, чинења, нечинења, трпљења – нису квалификоване исправе које су подобне да буду признате као европска извршна исправа.

Друго, новчано потраживање утврђено извршним насловом, мора бити неспорно у поступку из којег потиче извршни наслов. Регулатива изричито дефинира када се новчано потраживање сматра неспорним. Обухваћено је неколико ситуација: а) дужник је изричито дао сагласност за потраживање на начин да га је признао или путем споразума, одобреног од стране суда или закљученог пред судом у току поступка; или б) у току судског поступка дужник никада није приговорио на потраживање у сагласности са релевантним процедуралним условима према закону државе-чланице порекла<sup>14</sup>; или в) дужник се није појавио, нити је био заступан на судској расправи у вези потраживања, како је претходно приговорио на потраживање у току поступка, под условом да такво понашање значи прећутно признавање потраживања

---

<sup>14</sup> Појам држава-чланица порекла подразумева државу-чланицу у којој је пресуда донесена, судско поравнање потврђено или закључено, или аутентични документ формално сачињен или регистриован као аутентични инструмент, и у којој је, исто тако, исправа потврђена као европска извршна исправа (чл. 4, точ. 4).

или чињеница наведених од повериоца сагласно закону државе-чланице; или г) дужник се изричито сагласио са потраживањем у аутентичном инструменту (чл. 3).

На основу наведених ситуација, можемо закључити да концепт неспорних потраживања у смислу ове регулативе треба да обухвати све ситуације када поверилац, има против дужника судску одлуку донету у поступку у коме није било приговора дужника о природи или висини новчаног потраживања, или има другу извршну исправу за коју је потребна изричита сагласност дужника за постојање и висину потраживања (судско поравнање или аутентични инструмент)<sup>15</sup>.

У светлу грађанског процесног права Републике Македоније, подобне да буду потврђене као европске извршне исправе биле би следеће квалификоване исправе: пресуда на основу признања (чл. 317, ЗПП<sup>16</sup>); пресуда због неподношења одговора на тужбу (чл. 319, ЗПП); пресуда због изостанка (чл. 320, ЗПП); судско поравнање закључено у току или пре почетка парничног поступка (чл. 307 и 310, ЗПП); платни налог (чл.418 и 419, ЗПП) и извршне нотарске исправе (чл. 43 од ЗН<sup>17</sup>)<sup>18</sup>.

#### **4. Европска извршна исправа**

Како је већ речено, својства (правоснажност, извршност) страних судских одлука, по правилу, се не признају аутоматски у држави признавања, већ је потребно да се претходно утврди да ли су испуњене одређене претпоставке, што се врши у посебном<sup>19</sup> формалном поступку

---

<sup>15</sup> На сличан начин одређен је концепт неспорних потраживања и у преамбули Регулative (точ. 5).

<sup>16</sup> Закон о парничном постапку ("Службен весник на РМ", бр.79/2005).

<sup>17</sup> Закон о нотаријату ("Службен весник на РМ", бр. 55/2007).

<sup>18</sup> Отворено је питање да ли су извршна одлука и поравнање у управном поступку, који гласе на новчану обавезу, који према ЗИ представљају извршне исправе, подобни да буду потврђени као европске извршне исправе, имајући у виду да у Регулative изричито стоји да се она не примењује на адиминистративне предмете.

<sup>19</sup> Осим у посебном поступку, својства страних одлука могу се признати и инцидентално, као прејудичијална питања у неком другом поступку који се одвија пред судом у вези одређене правне ствари.

познатом као делибациони поступак или поступак давања егзекватуре<sup>20</sup>. Поступак, је по правилу, завршен доношењем одлуке о признавању својства (правоснажност, извршност) стране судске одлуке. Када је реч о кондемпнаторној одлуци, она треба да се после тога и изврши. Да би се извршила страна кондемпнаторна одлука, како је претходно проглашена за извршну у посебном делибационом поступку, потребно је да се поведе поступак извршења, на исти начин када се захтева извршење домаће кондемпнаторне одлуке.

Циљ Регулative (ЕЦ) Бр. 805/2004 је укидање поступка давања егзекватуре – пресуда која је потврђена као европска извршна исправа у држави-чланици порекла биће призната и извршена у другој држави-чланици без потребе да се утврђује извршност и без могућности приговора о њеном признавању (чл. 5). Поступак давања егзекватуре супституира се поступком потврђивања исправе као европске извршне исправе, који се води искључиво у држави-чланици порекла исправе. Надлежни органи државе у којој извршна исправа треба произвести правно дејство ослобођени су обавезе да воде било какав поступак о признавању својства те извршне исправе.

Регулатива (ЕЦ) Бр. 805/2004 регулише поступак потврђивања одређене исправе као европске извршне исправе и посебно услове који требају бити испуњени за потврђивање извршне исправе као европске извршне исправе.

Поступак потврђивања пресуде која гласи на неспорно потраживање донетој у држави-чланици, као европске извршне исправе покреће се на захтев повериоца<sup>21</sup> који се подноси до суда порекла (чл. 6).

---

<sup>20</sup> У теорији, али и у одређеним законодавствима, термини делибациони поступак и поступак давања егзекватуре имају различито значење. Некад се о њима прича као о синонимима и тада се њима означава поступак признавања својства странких судских одлука. Види – **Џ. Vuković, Međunarodno građansko procesno pravo, Zagreb 1987, str. 169.** Некад се тим терминима означавају два поступка са различним предметом поступања. У овом случају, термином делибациони поступак (лат. *delibare* – да се окуси) означава се поступак признавања својства правоснажности (извршности) страних судских одлука, док се испитивање претпоставки за доношење решења о извршењу на основу стране судске одлуке врши у посебном поступку – *exequatur* (од лат. *exequatur* – нека буде извршено) Види S. Triva- M.Dika, op.cit., str. 110.

<sup>21</sup> Регулатива изрично одређује ко је легитимирани да поднесе такав захтев, али подразумева се да је то поверилац, будући да он има правни интерес да исправа буде

Подношење захтева није везано за рок и може се поднети у било које време. Поступајући по поднетом захтеву, суд порекла потврђује пресуду као европски извршни наслов само ако су кумулативно испуњени следећи услови: а) ако је пресуда извршна у држави-чланици порекла; б) ако пресуда није супротна правилима о надлежности утврђеним у деловима 3 и 6 из Главе II Регулative (ЕЦ) Бр. 44/2001<sup>22</sup>; в) ако судски поступак у држави-чланици порекла испуњава минималне стандарде утврђене Регулative (ЕЦ) Бр. 805/2004; и г) ако пресуда донешена у држави чланици где дужник има домицил сагласно члану 59 Регулative (ЕЦ) Бр. 44/2001, у ситуацијама када је потраживање неспорно и у вези са уговором закљученим од стране лица, потрошача, за циљ који је изван његове делатности или занимања, а дужник је потрошач.

Ако је у исправи – пресуди садржана и одлука о износу трошкова судског поступка, како и износ камате, одлука ће бити потврђена као европска извршна исправа, осим ако дужник изричито приговори његовој обавези да намири трошкове у току судског поступка, у сагласности са законом државе-чланице порекла (чл. 7).

Регулative (ЕЦ) Бр. 805/2004 омогућава давање делимичне потврде европске извршне исправе. Наиме, уколико само део пресуде испуњава прописане услове потврђивања као европске извршне исправе, суд порекла даје делимичну потврду европске извршне исправе, која се односи само на поједине делове (чл. 8)<sup>23</sup>.

Потврда о европској извршној исправи издаје се на стандардни образац (формулар)<sup>24</sup> на језику на којем је сачињена пресуда која се потврђује као европска извршна исправа (чл. 9). Против издате потврда о европској извршној исправи не може да се изјави жалба (чл. 10, ст. 4).

---

призната као европска извршна исправа, да би после произвела дејство у било којој држави чланици ЕУ.

<sup>22</sup> Реч је о правилима која се односе на одређивање надлежности у предметима осигурања, како и правилима о искључивој (ексклузивној) надлежност.

<sup>23</sup> Упоредите са чл. 14, ст. 4 из ЗИ – “На основу одлуке која је у једном делу постала извршна, извршење се спроводи само у том делу”.

<sup>24</sup> Стандардни формулар за потврду европске извршне исправе - “European Enforcement Order Certificate” - садржан је у Анексу I Регулative.

Дејство потврде о европској извршној исправи ограничава се само у границама извршности пресуде (чл. 11). Ако се има у виду да је извршност пресуде својство пресуде које омогућава да се захтева присилно остварење потраживања које је том пресудом утврђено, то практично значи да на основу исправе која је потврђена као европска извршна исправа поверилац може да захтева присилно извршење у било којој држави-чланици ЕУ.

Када је пресуда која је потврђена као европска извршна исправа престала да буде извршна или је њена извршност суспендирана или ограничена, суд порекла издаје потврду за немање или ограничавање извршности<sup>25</sup>. Престанак извршности може бити резултат различитих околности због којих се на основу одређене извршне исправе, из процесних или суштинских разлога, не може захтевати извршење потраживања које је том исправом утврђено. Овде се узимају у обзир различити облици правног елиминисања извршне исправе, односно ограничење њеног дејства (нпр. укидање, поништавање, преиначење, стављање ван снаге и сл.)

Поред тога, суд порекла који је издао потврду о европској извршној исправи, на основу поднешеног захтева може да исправи или да повуче потврду о европској извршној исправи, сагласно закону државе-чланице порекла<sup>26</sup>. Потврда о европској извршној исправи биће исправљена, ако због материјалне грешке, постоји несагласност између пресуде и потврде (чл. 10, ст. 1, точ.а.). Потврда о европској извршној исправи, биће повучена ако је очигледно да је била погрешно издата имајући у виду услове прописане Регулативом (чл. 10, ст. 1, точ.б).

Поред пресуда које се односе на неспорна потраживања, подобна за потврђивање као европске извршне исправе су и судска поравнања и аутентични инструменти који гласе на иста таква потраживања. Судско поравнање се потврђује као европска извршна исправа од стране суда који је одобрио или закључио поравнање, под условом да је суд-

---

<sup>25</sup> Потврда за немање или ограничавање извршности издаје се на стандардном формулару садржаном у Анексу IV Регулативе.

<sup>26</sup> Захтев за исправку или повлачење потврде о европској извршној исправи подноси се на стандардном формулару садржаном у Анексу VI Регулативе.

ском поравнању признато својство извршности према закону те државе-чланице. Аутентични инструменти који гласе на неспорно потраживање и који су извршни у држави-чланици порекла потврдиће се као европске извршне исправе од стране органа одређених од државе-чланице порекла<sup>27</sup>. И судска поравнања и аутентични инструменти који су потврђени као европске извршне исправе могу да се изврше у било којој држави-чланици, а притом да није потребно утврђивање извршности, а исто тако и без икакве могућности да се оспори њихова извршност.

## **5. Минимални стандарди за поступке о неспорним потраживањима**

У критичној маси претпоставки које уобичајено требају бити испуњене да би се страна судска одлука признала (извршила) убраја се изостанак било какве битне процесне неправилности у поступку у којем је донешена страна судска одлука, међу којим посебно се издваја повреда начела саслушања странака или непоштовање права одбране. У смислу ове претпоставке, одбиће се признавање стране одлуке уколико због незаконског поступања (неправилности поступка), а посебно због пропуштања достављања, странки није била дата могућност да расправља пред судом (да истиче своје средство одбране)<sup>28</sup>.

Изостанак било какве битне процесне неправилности, посебно повреда начела саслушања странака је, исто тако, један од услова на чије постојање пази суд по службеној дужности при потврђивању једне извршне исправе као европске извршне исправе. Или, речником Регулative (ЕЦ) Бр. 805/2004, при издавању потврде о европској извршној исправи суд пази дали судски поступак у држави-чланици порекла испуњава минималне стандарде утврђене са овом регулативом (чл. 12). Шта се подразумева под синтагмом минимални стандарди за поступке о неспорним потраживањима?

---

<sup>27</sup> Потврђивање судског поравнања и аутентичних инструмената као европске извршне исправе врши се стандардним формуларима садржаним у Анексима II и III Регулative.

<sup>28</sup> Видите чл. 34, точ. 2 Регулative (ЕЦ) Бр. 44/2001 и чл. 103 из ЗМПП.

Минимални стандарди за поступке о неспорним потраживањима су одређени процедурални захтеви које треба да задовољи поступак у коме је донешена пресуда о неспорном потраживању, и који имају за циљ да обезбеде да је дужник обавештен о судском поступку против њега, о потреби његовог активног учешћа у том поступку како би оспорио захтев, као и о последицама његовог неучешћа. Обавештење треба да буде благовремено достављено на начин који ће омогућити дужнику да припреми своју одбрану<sup>29</sup>.

Са обзиром да се обавештење странака за време, место и садржину процесних дејства обезбеђује институтом доставе, Регулатива (ЕЦ) Бр. 805/2004 се посебно фокусира на детаљно дефинисање стандарда за обезбеђивање уредне доставе у поступку у којој је донешена пресуда која треба да се потврди као европска извршна исправа. Због разлике у правилима грађанског поступка, а посебно оних који уређују доставу писмена (документа) у државама-чланицама ЕУ, прописивање оваквих минималних стандарда има циљ да хармонизира процедуре у којим се доносе пресуде које затим циркулирају као европски извршни наслови на територији свих држава-чланица ЕУ.

Анализа одредби Регулативе које се односе на доставу упућује на закључак да се сви начини доставе карактеризирају или са потпуном сигурношћу (чл. 13 – достава са доказом за пријем од стране дужника), или са прилично високим степеном вероватности (чл. 14 – достава без доказа за пријем од стране дужника) да је послати документ стигао на адресу на коју је био послат. Према томе, сваки начин доставе који се базира на правној фикцији у погледу испуњавања минималних стандарда не може се сматрати довољним за потврђивање пресуде као европске извршне исправе<sup>30</sup>.

Потпуна сигурност да је документ којим је отпочео поступак или други такав документ достављен дужнику постоји када је достава извршена на један од следећих начина: а) лична достава потврђена признаницом за пријем, укључујући датум пријема, потписана од ду-

---

<sup>29</sup> Тако тач. 12 преамбуле Регулативе (ЕЦ) Бр. 805/2004.

<sup>30</sup> Тач. 13 преамбуле Регулативе (ЕЦ), бр. 805/2004.



жника; б) лична достава потврђена документом потписаним од стране овлашћеног лица које врши доставу, у којој наводи да је дужник примио документ или одбио да прими без икаквог оправданог правног разлога, и датум доставе; в) достава поштом потврђена признаницом о пријему, укључујући и датум пријема, која је потписана и враћена дужнику; и г) достава електронским путем, факсом или електронском поштом, потврђена признаницом за пријем, укључујући и датум пријема, која је потписана и враћена дужнику. На исти начин, дужнику може бити достављен и сваки позив за судско рочиште или да му се позив упути лично на претходном рочишту за исто потраживање, што се констатује на записник за то рочиште (чл. 13).

Високи степен вероватноће да је документ којим почиње поступак, или други такав документ, или било који позив за судско рочиште достављен дужнику постоји ако је достава извршена на један од следећих начина: а) лична достава на личној адреси дужника, особама које живе у истом домаћинству са дужником или су тамо запошљена; б) ако је дужник само-запослен или правно лице, лична достава се врши у седишту дужника, особи која је запослена код дужника; в) остављањем документа у дужниковом поштанском сандучету; г) остављањем документа у пошти или код надлежног јавног органа и остављањем писменог обавештења у дужниковом поштанском сандучету, да је такав начин предавања извршен, под условом да писмено обавештење јасно наводи карактер документа као судског документа или правно дејство обавештења као доказ о извршеној достави; д) достава поштом без доказа да дужник има адресу у држави-чланици порекла;<sup>31</sup> е) електронски начин доставе потврђене аутоматском потврдом доставе, под условом да дужник унапред изричито прихвати такав начин доставе. Ови начини доставе нису допуштени ако се са сигурношћу незна адреса дужника.

---

<sup>31</sup> У свим до сада наведеним случајима достава треба бити потврђена документом потписаним од стране овлашћеног лица које је извршило доставу, у коме су назначени: начин доставе који је био коришћен, датум доставе, да ли је документ достављен другом лицу, а не дужнику, име тог лица и његов однос са дужником, или са признаницом за пријем од стране лица коме је била извршена достава.

Иста правила доставе важе и када се достава врши заступницима дужника, уместо самом дужнику (чл. 15).

Како би се обезбедило благовремено информисање дужника о потраживању, Регулатива (ЕЦ) Бр. 805/2004 утврђује обигаторну садржину документа којим започиње поступак или други такав документ. Они морају да садрже следеће елементе: име и адресу странака, износ потраживања, камату потраживања, каматну стопу и период за који се камата тражи сем ако законска камата је аутомаски додата главници сагласно закону државе-чланице порекла и изјаву за основ потраживања<sup>32</sup>. Поред тога, у документу којим почиње поступак или у позиву за судско рочиште, дужник мора бити обавештен за процедуралне кораке неопходне за оспоравање (посебно за временска ограничења за оспоравање потраживања, име и адресу институције којој се треба одговорити или пред којом треба да се појави, да ли је обавезно да буде заступан од адвоката и сл.), као и да буде упозорен за последице његове неактивности<sup>33</sup>.

Уколико поступак у држави-чланици порекла не испуњава процедуралне захтеве утврђене Регулативом (ЕЦ) бр. 805/2004, предвиђена је могућност за њихову конвалидацију, чији је исход потврђивање пресуде као европске извршне исправе. Конвалидација је могућа уколико су испуњени следећи услови: а) пресуда је достављена дужнику у сагласности са захтевом члана 13 или 14<sup>34</sup>; б) да је постојала могућност да дужник оспори пресуду са неким од средстава за потпуно преиспитивање пресуде и да је дужник био благовремено информисан за процедуралне захтеве таквог оспоравања, укључујући и име и адресу институције којој је требало бити поднесено, као и за рокове таквог поступања; и в) ако је дужник пропустио да оспори пресуду у сагласности са релевантним процедуралним захтевима (чл. 18. ст.1).

---

<sup>32</sup> Упоредите са прописаном садржином тужбе из чл. 176 ЗПП.

<sup>33</sup> Упоредите са садржином позива којим се доставља тужба туженом из чл. 269 ЗПП.

<sup>34</sup> Уколико достава није извршена сагласно процедуралним захтевима наведеним у чл. 13 или чл. 14, конвалидација се може извршити ако се према понашању дужника у судском поступку докаже да је он лично и благовремено примио документ који му је требало доставити, да би могао припремити своју одбрану (чл. 18, ст. 2).

## 6. Извршење

Пресуда, која је потврђена као европска извршна исправа за неспорно потраживање може се извршити под истим условима и у истом поступку, као и пресуда донесена у држави-чланици извршења. Сагласно Регулативи (ЕЦ) Бр. 805/2004, поверилац је дужан да заједно са захтевом за извршење до надлежног органа за извршење поднесе и следеће документе: а) копију пресуде, која испуњава услове неопходне да би се утврдила њена аутентичност и б) копију потврде о европској извршној исправи или превод исте од овлашћеног преводица на службеном језику државе-чланице извршења или, уколико има више службених језика у тој држави-чланици, на службеном језику или једном од службених језика судског поступка у месту где се извршење треба спровести, у сагласности са правом те државе-чланице, или на другом језику, за који је држава-чланица извршења навела да га може прихватити (чл. 20, ст. 2)<sup>35</sup>.

Извршење пресуде, потврђене као европска извршна исправа за неспорно потраживање не може бити условљено подношењем обезбеђења, гаранције или депозита, уколико странка која захтева извршење нема држављанство или нема пребивалиште у држави чланици извршења (чл. 20, ст. 3).

Надлежни орган државе-чланице извршења, на захтев дужника, одбија извршење уколико је пресуда која је потврђена као европска извршна исправа супротна раније донешеној пресуди у било којој држави-чланици или трећој држави, уколико су испуњени следећи услови: а) претходно донешена пресуда односи се на исти поступак и између истих странака, б) претходно донешена пресуда донешена је у држави-чланици извршења или испуњава услове неопходне за њено признавање у држави-чланици извршења; и в) супротност није била нити је могла бити истакнута као приговор у судском поступку у држави-чланици (чл. 21).

---

<sup>35</sup> Свака држава-чланица може изабрати службени језик или језик институције ЕУ различит од њеног сопственог језика, што може прихватити издавањем потврде.

Регулатива (ЕЦ) Бр. 805/2004 садржи принцип забране преиспитивања (ревизију) меритума одлуке – *revision au fond*. Ни под једним условом, пресуда или њено потврђивање као европска извршна исправа не може бити предмет преиспитивања меритума у држави-чланици (чл. 21, ст. 2).

### 7. Закључна разматрања

Анализа решења садржаних у Регулативи (ЕЦ) Бр. 805/2004 без сумње упућују на закључак да доношење Регулативе представља мали, али значајни корак у правцу обезбеђивања боље правде у одређеним поступцима у грађанским и привредним предметима у оквиру ЕУ. Укидањем поступка за давање егзекватуре, односно њеног супституирања са поступком потврђивања једне исправе као европске извршне исправе, који се спроводи искључиво у држави-чланици одакле потиче исправа, а не и у држави чланици извршења, у доброј је мери поједностављена циркулација одлука донешених у различитим државама – чланицама ЕУ. Пошто је са издавањем потврде о европској извршној исправи извршена унификација извршних наслова за неспорна потраживања што могу циркулирати у свим државама-чланицама ЕУ, брзо остварење правде у овој сфери грађанских и привредних предмета (који се односе на неспорна потраживања) зависиће искључиво од функционалних правила о материјалној реализацији извршења у државама-чланицама ЕУ.

**Prof. Arsen Janevski, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law “Justinian the First”

University “St. Cyril and Methodius”, Skopje

**Tatjana Zoroska – Kamilovska, LL.D.**

Assistant Professor

Faculty of Law “Justinian the First”

University “St. Cyril and Methodius”, Skopje

## EUROPEAN ENFORCEMENT ORDER FOR UNCONTESTED CLAIMS

### *Summary*

*By creating a European Enforcement Order for uncontested claims, the European Union has tackled a common problem faced in cross-border issues when enforcing a judgement obtained in one Member State in another Member State of the EU. The Regulation (EC) No. 805/2004 has been adopted to correspond more closely to the effects of free movement in the EU and to the reality of a common market without borders, offering higher legal certainty when seeking civil justice within EU boundaries and allowing the free circulation of decisions. The Regulation creating a European Enforcement Order for uncontested claims does require the court of the state of origin to issue a unified “European Enforcement Order Certificate”. This title, is then directly enforceable in all Member States (with the exception of Denmark) without the need for a declaration of enforceability and without any possibility of opposing its recognition.*

*In this article, the authors give the general overview of the regulation, starting from its material scope, through the definition of the European Enforcement Order, minimum standards for uncontested claims procedures, closing with the enforcement procedure in the country of destination. The authors, also, give some references to the national law of the Republic of Macedonia regarding this issue.*

**Key words:** *European Enforcement order, uncontested claims, enforcement procedure*



*Др Зоран Поњавић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу*

## **ПРАВО НА СКЛАПАЊЕ БРАКА И ЗАСНИВАЊЕ ПОРОДИЦЕ У ЕВРОПСКОМ И НАШЕМ ПРАВУ**

### **Апстракт:**

*Право на закључење брака и заснивање породице је предвиђено у Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, али и у комунитарном праву ЕУ. Оваква дупла заштита треба да осигура његову примену и учврсти позицију брака као најважнијег основа породице. Национална законодавства својим решењима иду у овом правцу, премда, не сва.*

### **Кључне речи:**

*склапање брака, заснивање породице, међународно право, национално право*

## Увод

Већ и помињање "европског права" је само по себи бескрајно комплексно. Познато је да постоје два европска права која конкуришу један другоме. То је најпре оно, комунитарно право, које постоји у ЕУ и настаје кроз европске споразуме и оно које ствара Савет Европе преко Конвенције за заштиту људских права и основних слобода.<sup>1</sup>

Наравно, комунитарно право има у материји брака само индиректну надлежност, бар што се тиче принципа, премда постоји низ скривених ("тројанских коња") могућности да се дође на терен породичног права и брачног права. Идеја стварања грађанина Европе што подразумева минимум заједничких права довољна је да се створи надлежност комунитарног права и у овој области. Наиме, тешко је одвојити питања брака и породице са једне стране од економских питања са друге стране. Апсолутно је немогуће одвојити "homo economicus"-а којим се комунитарно право првенствено бави од једног човека као таквог са својим улогама оца, мајке.<sup>2</sup> Тешко се може замислити доношење одлуке која се тиче права на спајање породице а да се не одговори на питање појма брака.

У основи комунитарног права све више лежи идеја о заштити права човека, иако његов првобитни циљ није био тај већ правна, економска и политичка интеграција земаља ЕУ. Ова тенденција све веће заштите основних права човека се коначно материјализовала 2000. године у Ници (Француска) доношењем Повеље о основним правима и слободама.<sup>3</sup> Ово је један од првих споразума који у једном документу и на истом нивоу групише грађанска и политичка права са економским правима.

---

<sup>1</sup> Значај ове Конвенције је толики да се она често назива и Устав Европе. Примера ради то се каже у Извештају од 4. септембра 1992, Н(92)14, Савета Европе који се односи на примену ове Конвенције.

<sup>2</sup> Н. Gaudement-Tallon, " La famille face au droit communautaire " u: Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, colloque Lille LGDJ 1996, стр.87.

<sup>3</sup> Директна или индиректна нормативна активност унутар ЕУ која се тиче породичних односа је све већа тако да се већ одавно говори о Комунитарном породичном праву. Видети: S. Poillot Peruzzetto, L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille, <http://www.peruzzetto.eu/art/famillectai2.art.pdf>



Право које је проистекло из Европске конвенције није ништа мање богато, тако да се може рећи да су бар у прво време породица и брак били најчешћи поводи за интервенцију Суда у Старзбуру.

Поред ова два нормативна извора, треба додати и пројекат Европског грађанског законика. Овај законик није оријентисан само према економији и уговорном праву, већ има циљ да у себи обједини, раније или касније, брачно и породично право. Израз "европско право" с тога ћемо овде користити да означимо и оно које је комунитарно право и оно проистекло из Савета Европе. Без обзира што су границе примене комунитарног права географски омеђене границама ЕУ, израз "европско право" користимо у његовом најопштијем значењу, као целину састављену од два правна поретка.

### **Заштита права на међународном плану**

Брак и породица су два појма која су традиционално у друштву користили различите облике заштите, законске или институционалне. Ова заштита се оправдавала улогом ових институција. Међутим, последњих година правни положај брака и његов значај у односу на породицу је уздрман, пре свега стварањем конкурентских облика удруживања мушкарца и жене, као и све већом његовом нестабилношћу. Интернационализација права човека доводи до померања тежишта правне заштите.<sup>4</sup> Више се не штите правни институти као такви већ права лица да закључе брак и заснују породицу. Регулисање овог права се чини у различитим правним документима на европском плану, у оквиру комунитарног права (чл.9. Повеље о основним правима) и права проистеклог из Савета Европе (чл.12. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода), чиме се ствара могућност двоструке правне заштите права на закључење брака и заснивање породице. Питање је међутим да ли је ова комбинација доприноси бољој заштити овог права и у крајњем случају породице или не?

---

<sup>4</sup> André-Jean Arnaud, Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille, (predgovor F.Dekeuwer-Défossez), 1996, Paris, str.3.

Брак се уобичајено дефинисао као заједница мушкарца и жене (муж и жена) са циљем заснивања породице. Породица је институција коју чине лица везана сродством и која чини основу друштва, прво окружење сваког лица по рођењу. Концепција брака и породице се мењала у друштву: грађански брак, религиозни, полигамијски, полиандријски; породица биолошка, адоптивна, једнородитељска, непотпуна. Без обзира каква им је дефиниција или концепција обе ове институције појединцима се данас пружа заштита на европском и нашем унутрашњем плану, поред осталог, и преко права на закључење брака и заснивање породице.

Право на закључење брака и право на заснивање породице представљају класичне основне слободе. Формулација ових права у основи одговара традиционалној концепцији која је изражена још у Универзалној декларацији о правима човека где је у чл. 16.ст. 1. стоји да "Мушкарац и жена брачно зрели, без икаквих ограничења у погледу расе, националности или религије, имају право да склопе брак и заснују породицу". Готово идентичну формулацију има и Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који садржи и одредбу "Породица је природни и основни елемент друштва и има право на заштиту друштва и Државе" и " Брак се не може закључити без слободне и потпуне сагласности будућих супружника".

Оправданост ове заштите данас мало ко доводи у питање, а њени принципи су садржани у различитим текстовима. Тако Конвенција о заштити основних слобода и права човека прописује у чл. 12. да "брачно зрели мушкарац и жена имају право да склопе брак и заснују породицу према националном закону који регулише вршење овог права". Формулација овог члана је инспирисала и чл. 9. Повеље о основним правима, иако није његов дупликат. Одредба овог члана припада истој категорији права као што је оно предвиђено у чл. 12, али је његов домањај знатно шири. Наиме, чл. 9 предвиђа да "право на закључење брака и право на заснивање породице су гарантована у складу са националним законом којим се регулише њихово вршење". Редакција овог члана је модернизована у односу на одредбу чл. 12. Конвенције. Према томе, Повеља јасно разликује "право на склапање брака" и "право на заснива-

ње породице". Оба ова права су аутономна и на тај начин се поље њихове примене проширује и на друге начине заснивања породице, осим браком, под претпоставком да то национални закони дозвољавају.<sup>5</sup> Према томе, овим чланом се не намеће али се и не забрањује заснивање породице на други начин осим браком, као и заснивање брака од стране лица истог пола. У крајњем случају, да ли ће поље примене члана 9 бити знатно шире у односу на чл. 12. Конвенције зависиће од националних законодавстава која регулишу ово питање.<sup>6</sup>

Повеља о основним правима Европске Уније је усвојена од стране Савета Европе али се још увек не примењује у ЕУ. Међутим, врло је интересантно видети како се породица третира у овом документу.

Питање породице се третира на:

- директан начин: "право на закључење брака и право на заснивање породице", "право родитеља да обезбеде образовање и васпитање својој деци према сопственим убеђењима", ...итд, и
- индиректан начин: "право на поштовање приватног и породичног живота", "забрана дискриминације на основу пола", или "сексуалне оријентације"..., итд.

Овај текст изгледа много свеобухватнији и модернији од Европске конвенције о људским правима према којој се налази у конкурентском односу, и без сумње са амбицијом да је замени у случају ширења ЕУ.

Повеља је потписана и обнародована од стране Председника Европског парламента, Савета и Комисије за време заседања Савета Европе у Ници 7. децембра 2000.

Ова Повеља је најпре била укључена у пројекат Устава Европе. Године 2004. постала је саставни део Другог дела Устава, који никада

---

<sup>5</sup> Ова разлика је додуше ублажена начином интерпретације одредбе из чл.12. Конвенције од стране суда у Стразбуру (C. Goodwin et l. c/Royaume-Uni, 11.jul 2002) према којој право на заснивање породице није условљено правом на закључење брака. "Неспособност једног пара да добије дете није само по себи довољно да буду лишени права на закључење брака"

<sup>6</sup> Нека од земаља ЕУ су ову могућност искористиле признавајући могућност закључења хомосексуалних брака. Холандија је то учинила 21. децембра 2000, Белгија 13. фебруара 2003, Шпанија 21. априла 2005, итд.

није прихваћен. Повеља је међутим додата као анекс уз Уговор из Лисабона у чл. 6. првог параграфа. Међутим, с обзиром да овај уговор није, као што је било предвиђено ступио на снагу 1. јануара 2009. године, будући да је његову ратификацију одбацила Ирска то он и данас није званично примењен у земљама ЕУ.

Међутим, иако ова Повеља није постала званичан документ она има значајну важност на комунитарном нивоу: Суд правде<sup>7</sup>, Суд прве инстанце<sup>8</sup>, легислатива<sup>9</sup>, увелико се позивају на њу.

Две земље су одбиле да прихвате обавезну примену Повеље на својој територији. То су Велика Британија и Пољска. Велика Британија зато што глава четврта предвиђа врло широка социјална права. Конкретно, врло широка права на штрајк због чега је постојала бојазан да ће то угрозити њену економију. Пољска због члана 9. повеље који предвиђа забрану сваке дискриминације засноване на сексуалној оријентацији. Наиме, право на закључење брака није изричито резервисано само за хетеросексуалне парове.<sup>10</sup>

Без обзира на шира права која проистичу из Повеље, пре свега она везана за права хомосексуалаца, у једној пресуди Суда правде ЕУ *D. et Royaume de Suède contre le Conseil*, истиче се да појам "брак" према дефиницији која је опште прихваћена од земаља Уније, означава заједницу два лица различитог пола.<sup>11</sup> Ова одлука се, као и она у случају *Grant C249/96*, *Rec. p. I-621*, заснива на праву држава чланица Уније ко-

<sup>7</sup> Случај: C-540/03, *arrêt du 27 juin 2006*, *Rec. 2006, 5769*.

<sup>8</sup> Случај: T-177/01 *Jégo-Quére*, *Rec. 2002, 2365*.

<sup>9</sup> Тако, директива: 2003/55/CE, *JO 2003 L 176/60*.

<sup>10</sup> У Републици Србији је усвојен Закон о забрани дискриминације ("Службени гласник Републике Србије", бр.22/2009, где се у чл.21. каже :

Сексуална оријентација је приватна ствар и нико не може бити позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији.

Свако има право да се изјасни о својој сексуалној оријентацији, а дискриминаторско поступање због таквог изјашњавања је забрањено.

<sup>11</sup> Суд правде, одлука од 31 маја 2001, случај: C- 122/99 et C-125/99, *D. et Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne*, *Rec. p. 4319, D. 2001, p. 3380*. Сличне одлуке је донео и суд у Стразбуру у случајевима: n° 9532/81, *Rees c/ Royaume Uni*; n° 10843/84, *Cossey c/ Royaume Uni*; n° 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*. (докторат 356)

је регулишу брак. Суд своју одлуку не заснива на сопственој аутономној визији брака већ на оној која је, као што се каже у чл. 9. Повеље, "опште прихваћена од стране држава чланица". Према томе, суд само одражава одсуство заједничког погледа држава чланица на признање заједница истог или само различитог пола. Поред овога Суд је закључио да сметња за брак које се везују за право Велике Британије које не дозвољава трансексуалцима да промене у матичним књигама податке о рођењу не представља повреду чланова 8,12 и 14. Конвенције. Међутим, суд правде у Луксембургу је у једном другом случају, посредно, поводом захтева за остваривање социјалних права предвиђених комунитарним правом, прихватио постојање права на закључење брака од стране трансексуалаца.<sup>12</sup> Овим се Суд правде умешао у питање услова за закључење брака који су иначе дефинисани националним правом, покушавајући да редефинише брак. Наравно, Суд се за институцију брака интересује само кроз призму заштите права човека, будући да се комунитарно право не бави браком, па ни породицом.<sup>13</sup> У питању су индивидуална права која

---

<sup>12</sup> Одлука од 7. јануара 2004. године, случај C- 117/01, K. B. c/ National Health Service Pensions Agency. Истина, у овом случају се није радило о признању права на брак трансексуалаца већ о праву трансексуалаца да се користе правима из социјалног осигурања која припадају преживелом брачном партнеру. Чињеница да се једном лицу (трансексуалцу) не признају ова права после смрти његовог партнера доводи до његове дискриминације по мишљењу суда у односу на преживелог супружника у погледу коришћења права из социјалног осигурања. Та неједнакост проистиче из једног претходног услова а то је непостојање могућности да склопе брак. Интересантно је да се у овом случају Суд правде позвао на једну претходну одлуку Суда у Стразбуру, који је у тумачењу чл. 12. Конвенције о људским правима позвао на чл. 9. Повеље који отвара могућност да трансексуалци закључе брак са особом чији је пол биолошки исти као што је његов некада био (одлука: I. et Christine Goodwin c/Royaume-Uni, од 11. јула 2002). У овом позивању неки су видели отворену могућност за признање хомосексуалних бракова од стране суда у Стразбуру. Суд сада наглашава да се не могу само биолошке чињенице прихватити за одређивање пола једног лица, већ да се мора водити рачуна и о хирушким захватима и друштвеној улози такве особе. Међутим, оваква интерпретација је доста широка будући да Суд у истој одлуци захтева различитост полова као услов за закључење брака. Видети: Коментар ове одлуке од J. Raynaud, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, стр. 373-375.

<sup>13</sup> Управо је заштита основних права човека на нивоу ЕУ камен темељац хармонизације породичног права, што ће процес хармонизације учинити лакшим него што се то некада веровало. У овом погледу нарочито су важна два принципа која су везана за

нису ограничена групом којој појединац припада, без обзира да ли се ради о браку или породици. С тога и право на закључење брака може бити посматрано само кроз права појединаца који га чине. Право трансексуалаца на закључење брака не проистиче директно из слобода које су гарантоване комунитарним правом већ из принципа једнакости накнада (плаћања). На сличан начин комунитарно право се бави питањима услова за закључење брака у Директиви од 29. априла 2004. године која се тиче слободе кретања и боравка европских грађана и чланова њихових породица.<sup>14</sup> Комунитарно право гарантује брачне слободе како се не би угрозило право (слобода) кретања. Комунитарно право се управо на овај начин, преко заштите слободе кретања, директно меша у домен традиционалног породичног права. Преко слободе кретања обезбеђује се једно друго право, право на окупљање чланова породице. Ово је разлог зашто се текст Директиве интересује за постојање брачне везе, будући да одређена права на окупљање породице могу бити призната, на првом месту супружнику. Ово упућује на закључак да се и у комунитарном праву углавном ради о концепцији класичне породице засноване на браку. Дакле, једна врло уска концепција породице будући да се, примера ради, игнорише постојање ванбрачне везе.<sup>15</sup> Међутим, у Директиви се ништа не каже о томе да ли то може бити особа истог пола. Међутим, ако се узме у обзир чл. 9. Повеље који не резервише право на брак само за особе истог пола, може се закључити да ни Директива то не чини.

Што се тиче Европске конвенције о правима човека може се рећи да се брак штити и у контексту права на заштиту породичног живота из чл. 8. Иако се суд у Стразбуру не изјашњава изричито шта се под-

---

права човека: принцип једнакост полова и принцип заштите интереса детета приликом регулисања односа између родитеља и детета. Видети: С. Von Bar, *Le groupe d'études sur un code civil européen, Revue internationale de droit comparé*, 2001, I, p. 127.

<sup>14</sup> Директива 2004/38 Парламента и Савета. У тексту Директиве ретко се када реч породица користи самостално, што указује да није она предмет заштите већ "чланови породице".

<sup>15</sup> Н. Gaudement-Tallon, "La famille face au droit communautaire", u: *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, colloque Lille LGDJ 1996*, стр.103.

разумева под појмом "породица", неоспорно је да појам "породичног живота"<sup>16</sup> обухвата брачну породицу, иако, по мишљењу Суда, чл. 8. не прави разлику између "брачне" и "ванбрачне" породице.<sup>17</sup> Брачна породица је, пре свега, била замишљена текстом из 1950. године, тим пре што се у истој конвенцији у чл. 12 гарантује право на закључење брака. Према томе, концепт права на породични живот неоспорно обухвата брак. Органи који примењују Конвенцију увек инсистирају на заштити брака који је "у свим државама потписницама Конвенције прихваћен као институција која ствара породицу".<sup>18</sup> Чак и ако се понекад прихвата постојање породичног живота изван брака, привилеговани облик породичног живота и даље почива на брачном пару. Шта више, судска пракса сматра да је "легитимно и хвале вредно подржавање и охрабривање традиционалних породица",<sup>19</sup> додајући да није могуће "извући из чл. 8 обавезу ...давања ванбрачном пару правни статус аналоган оном који има брачни пар".<sup>20</sup>

Када се ради о чл. 12. Конвенције о људским правима ту се каже да се "мушкарац и жена који имају брачну зрелост имају право закључења брака и заснивање породице према националном праву које регулише вршење овог права". Примена права на закључење брака ће зависити дакле у великој мери од унутрашње концепције брака. Ово, међутим, не значи да су национална законодавства суверена у регулисању права на брак. Конвенција одређује одређене услове за вршење овог права (слободе) који проистичу из одредби чл. 12 и који се намећу националним законодавствима. Наиме, поред улоге која се препушта државама у овој области, Конвенција прибегава сопственој концепцији брака. Најпре, формулација чл.12. признаје право на закључење брака само пару који је састављен од једног мушкарца и једне жене који су брачно зрели. Према томе, брачна зрелост као и различитост полова се намеће. Пози-

---

<sup>16</sup> О појму породичног живота видети: З. Поњавић, Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота. Правни живот, бр.9, 2003, стр.821-840.

<sup>17</sup> Одлука од 13 јуна 1979, број. 6833/74, Marckx c/ Belgique, тачка 31 одлуке.

<sup>18</sup> Одлука од 15. марта 1984, В., R. et J. c. R.F.A.

<sup>19</sup> Одлука од 13. јуна 1979., Marckx c. Belgique, параграф 40.

<sup>20</sup> Одлука од 18. децембра 1986, параграф 68, (Johnston et a. c. Royaume-Uni)

вањем на брачну зрелост искључује се могућност постхумних бракова<sup>21</sup> или фиктивних бракова закључених само ради стицања држављанства или дозволе боравка.<sup>22</sup> Такође, брак се заснива искључиво на моногамији.<sup>23</sup> Поред овога, европеизација услова за вршење овог права се наставља кроз одлуке Европског суда. Упућивање од стране чл. 12 *in fine* на одредбе националног права значи да ово питање није само интересно са становишта индивидуалних права већ такође са становишта јавног поретка. Државе у овом случају не располажу са неограниченом влашћу. Јер, услови вршења овог права постављени националним законодавством не смеју бити дискриминаторни, арбитрерни и неразумни. Тако је, примера ради, забрана брака између тазбинских сродника у правој линији која је постојала у британском праву била јавно жигосана европским правом,<sup>24</sup> без обзира што се радило о забрани која је предвиђала изузетке.

Члан 12. Конвенције о људским правима, према мишљењу Суда у Стразбуру не обухвата и право на прекид брачне везе (случај *Johnston contre l'Irlande*)<sup>25</sup>. Суд у овом случају потврђује да чл. 12. треба интерпретирати у духу и циљу који је дат за време доношења ове Конвенције. Према њему и "на основу једног еволутивног тумачења, не може се прихватити једно право које није постојало на почетку". Према томе, треба јасно рећи да право на закључење брака не обухвата у себи негативно право, право на раскид брака. О праву на закључење брака овај суд се још једном изјаснио у случају *F. contre la Suisse*. Подносиоци захтева су тражили да се оцени забрана поновног закључења брака у року од три године након трећег развода, која је постојала у праву Швајцарске. Према подносиоцима захтева ово је била повреда права на закључење брака и права на поштовање приватног и породичног живота. Суд у

<sup>21</sup> Одлука од 13. децембра 1984, М. с. R.F.A.

<sup>22</sup> Одлука од 6. јануара 1992. г., *Josefa Benes c. Autriche*

<sup>23</sup> Одлука од 22. јула 1970. г., X. с. *Royaume-Uni*. Шта више, државе могу забранити приступ на своју територију друге супруге лица које у тој држави већ живи са својом женом (одлука од 29. јуна 1992. г., *Rabia Bibi c. Royaume-Uni*).

<sup>24</sup> Одлука од 13. септембра 2005, број. 36536/02, B. et L. c/ *Royaume-Uni*. Видети коментар ове одлуке: J.- P. Marguenaud, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, стр. 735-737.

<sup>25</sup> Одлука од 18. децембра 1986, број. 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*,



Стразбуру је ову забрану оценио као повреду чл. 12. Према томе и у овом као и у претходном случају, наглашава се да нема гаранција права на развод већ само права на поновно закључење брака.

### **Заштита права на националном плану**

И поред тенденције да се све више штите слободе и права грађана, а мање институције, брак и породица још увек уживају институционалне гаранције, односно заштићени су на националном плану, на који се иначе позивају наведена правна документа (Конвенција и Повеља). Ово се чини првенствено највишим правним актом једне земље - уставом, што говори о његовој важности. Тако чл.6. Основног закона Немачке каже да су "брак и породица под посебном заштитом државе". Члан 21. Устава Грчке има мало ширу формулацију: "Породица, као основа постојања и развоја нације, као и брак, материнство и деца се налазе под заштитом државе". У Републици Италији (чл. 29) пружа се заштита породице засноване на браку. И устави Пољске (чл. 36), Словачке (чл. 41), Португалије (чл. 36) штите брак, поред породице.

Друге државе не пружају институционалну заштиту брака и породице већ нормирају право на склапање брака и заснивање породице. Сличну одредбу као и Европска конвенција о правима човека садржи и чл. 22. Устава Кипра "Свака особа способна за брак је слободна да склопи брак и заснује породицу...". Одредбе о браку и породици у португалском уставу налазе се у Првом делу који носи назив "Основна права и дужности". У чл. 36. Друге главе "Права, слободе и заштита" одређује се да: "Све особе имају право да створе породицу и закључе брак под условима потпуне равноправности".

У овом погледу бисмо указали одредбу из Преамбуле француског устава из 1958. године где се каже да "држава осигурава неопходне услове за развој индивидуе и породице". На овај начин је комбинована гаранција установе са индивидуалним правом што је, бар у овом случају, идеалан спој.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Више о овом,е: З. Поњавић, Устав и породица, у: Србија и европско право, књ. III. редакција Д. Стојановић, Крагујевац, Правни факултет, 1998, стр. 292-302.

Што се тиче уставног права Републике Србије оно у чл. 66. ст. 1 Устава пружа породици тзв. институционалну гаранцију ("Породица, мајка, самохрани родитељ и дете у Републици Србији уживају посебну заштиту, у складу са законом").<sup>27</sup> Иако је Устав окренут слободама и правима индивидуа, које су једини титулари права, он не помиње право заснивања породице. У чл. 64. једино регулише слободу закључења брака: "Свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака"<sup>28</sup> и одмах, отклањајући сваку дилему, у следећем ставу стоји да се брак закључује "на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом". Овим је искључена могућност да то могу учинити лица истог пола.

И Породични закон Републике Србије пружа институционалну заштиту породице, али не и брака. У чл. 2. ст. 1 се каже да "Породица ужива посебну заштиту државе", а у ст. 2. да "Свако има право на поштовање свог породичног живота". Дакле ни он, као и Устав, немају одредбу о праву на закључење брака и заснивање породице, што у суштини значи даље слабљење позиције брака и његовог значаја. Традиционална породица, заснована на браку, на нормативном плану слаби без обзира на то што она још увек постоји и што је вредносно прихватљивији и преовлађујући облик породице код нас. Овакав индивидуализам се чини и у европским оквирима претераним.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Слично је садржао и Устав из 1992. године у другом одељку "Слободе, права и дужности човека и грађанина". Није било регулисано као основно право него се радило о тзв. институционалној гаранцији којим се штите јавноправни институти. Више о овоме: Д. Стојановић, Основна права у уставима европских држава и уставу СФРЈ, д. дисертација, Ниш, стр. 92 и 93.

<sup>28</sup> Одредба о слободном одлучивању о раскидању брака је, како се истиче у нашој правној теорији, неуобичајена за уставну материју. Видети: О. Цвејић-Јанчић, Породично право, прво издање, Нови Сад, 2009, стр. 16-17. На овај начин код нас се признаје и једно право, које по мишљењу суда у Стразбуру, никако не произлази из чл. 12. Конвенције. Видети: цитатану одлуку овог Суда *Johnston contre l'Irlande*.

<sup>29</sup> Оваква решења се по свом радикализму могу мерити са оним револуционарним правом из 1946. године. Чак се и у САД, колевци индивидуализма, у последње време осећа његова криза и све више нагиње колективним вредностима. Видети: лист "Политика" од 30. априла, 1. и 2. маја 2009. године ("Миленијумска генерација добре воље").

**За закључак:** Када је у питању право произашло из Савета Европе или комунитарног права треба рећи да појмови брак и породица нису аутономни, они постоје само посредно преко индивидуа и кроз њихов избор. С тога се и појава хомосексуалних бракова не може посматрати као знак њиховог признања, већ као индивидуално право на приватни живот или право на закључење брака.

Модел заштите људских права, па и права на закључење брака и заснивање породице, заснован је на приоритету заштите индивидуалних вредности над колективним вредностима. Традиција и менталитет европског човека дубоко су проткане овим вредностима. Индивидуа се налази у центру цивилизације. Та заштита понекад иде дотле да угрожава и саму институцију брака и породице.<sup>30</sup> Заштита ових права је врло ефикасна будући да је обезбеђена кроз екстерно и независно судство

Принципи постављени у Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода представљају први и основни стуб неког европског правног поретка. То се прихвата и у одлукама Суда правде из Луксембурга који подвлачи да неће било који акт прихватити као легитиман уколико би био противан правима човека прихваћеним у Конвенцији.<sup>31</sup> И без обзира на будућу судбину Споразума из Лисабона који даје обавезну снагу Европској повељи о људским правима, Конвенција о људским правима остаће основна у заштити основних права, па и права на закључење брака и заснивање породице, и на нивоу ЕУ. Стога и земље, као што је наша, које се налазе изван ЕУ нису, бар у овом погледу, хендикепиране у погледу могућности остваривања овог права. Шта више, инсистирање на индивидуализму насупрот колективних вредности представља наметање модела који није одраз вредности нашег друштва. Тим пре што смо и у овом погледу у тежњи за хармонизацијом нашег права претерали у односу на узор који и даље, видели смо, штите институцију.

---

<sup>30</sup> Професор J. Hausser иде и даље па се пита да ли "инфлација субјективних права води ка аутодеструкцији човека"; *Personnes et droit de la famille, Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, str.871.

<sup>31</sup> CJCE aff. 5/88 Rec. 1989, 2609 Wachauf.

**Prof. Zoran Ponjavić, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac

## **THE RIGHT TO ENTER MARRIAGE AND ATART FAMILY IN DOMESTIC AND EUROPEAN LAWS**

### **Summary**

*Marriage and family are two institutions which traditionally enjoy society's legal and institutionalized protection. Such a protection has been justified by the significance of these institutions. This protection has been enjoyed through the rights to enter marriage and start up family. Legitimacy of this kind of protection has been confirmed by various legal documents on international level, such as the European Convention on Human Rights, and the Charter on Fundamental Rights of European Union. The same kind of protection can be encountered in the constitutions of most European countries, except the constitution of the Republic of Serbia.*

*Regardless the current discrepancy in national and international laws, the right to enter marriage and start a family has been increasingly viewed in a new context, through the right of a person to start a family in some other ways, not only through the institution of marriage, as the unity of a man and woman.*

**Key words:** *the right to enter into marriage and start a family, international law, national law*

*Др Маријана Пајванчић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Новом Саду*

## **УСТАВНО ПРАВНИ ОКВИР БИОМЕДИЦИНСКИ АСИСТИРАНОГ ЗАЧЕЋА<sup>1</sup>**

### **Апстракт:**

*Прилог садржи преглед релевантних уставних одредби компаративне европске уставности које се директно или индиректно односе на проблематику биомедицински асистираниог зачећа. Предмет посебне пажње су уставне одредбе које се односе на: гарантовање права на живот; услове под којима устав допушта примену медицинских поступака према појединцу; заштиту приватности угледа, части, личног интегритета појединца; прикупљање, коришћење и заштиту података о личности; породицу и њену заштиту; заштиту материнства и репродуктивних права; однос цркве и државе; јемство правне способности; права на заштиту здравља; слободу одлучивања о рађању; генетски инжењеринг и др.*

*Биомедицински асистирани зачеће још није предмет пажње уставотворца. Нема или су изузетак експлицитне уставне норме о овом питању, али уставни регулишу друга питања која се односе на ову област. Садржај многих права, из стандардизованог каталога људских права индиректно се односе и на медицински асистирани зачеће.*

### **Кључне речи:**

*биомедицински асистирани зачеће, устав, компаративна уставност, репродуктивна права.*

---

<sup>1</sup> Рад је припремљен као део пројекта «Правно уређење биомедицински асистираниог зачећа у домаћем правном систему и европској перспективи» који је реализовао истраживачки тим у саставу: проф. др Гордана Станић Ковачек, проф. др Маријана Пајванчић, проф. др Станко Пихлер, проф. др Олга Цвејић Јанчић, проф. др Бернадет Бордаш и мр Јелена Видић, а уз учешће проф. др Марије Драшкић и доц. др Весне Копитовић. Резултати рада на пројекту публиковани су у монографији «Легислатива о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ», Правни факултет Нови Сад, 2008. године. Уставно правни аспекти биомедицински асистираниог зачећа нису до сада посебно публиковани.

Правно регулисање питања везаних за биомедицински асистирано зачеће је новина у упоредним правним системима. У правном систему Србије не постоје прописи који целовито и свеобухватно регулишу ову сложена материју и несумњиво веома осетљиво питање. Због значаја овог питања могуће је у перспективи очекивати да ће оно бити предмет правне регулативе.

Уставни оквир за законско регулисање одређене области први је корак у том правцу. Стога ће у овом прилогу бити анализирана, уставна регулатива која дотиче питања значајна за правну регулативу биомедицински астирираног зачећа. Користиће се примери компаративне уставности, посебно уставни европских држава.

Издвојили смо десет група међу уставним одредбама које дотичу питања значајна за правну регулативу биомедицински астирираног зачећа. Међу њима су: уставне одредбе које гарантују право на живот; одредбе о условима под којима устав допушта примену медицинских поступака према појединцу; уставне гаранције везане за заштиту приватности угледа, части, личног интегритета појединца; уставне норме које регулишу прикупљање, коришћење и посебно заштита података о личности; уставне одредбе о породици; уставне гаранције заштите материнства и репродуктивних права; уставне одредбе о односу цркве и државе; гарантовање права на заштиту здравља; уставно јемство слободе одлучивања о рађању; уставне одредбе које се непосредно односе на генетски инжењеринг.

### **Право на живот**

Право на живот као темељно опште људско право гарантује највећи број устава општом нормом да свако има право на живот<sup>2</sup> или одредбом која прописује да је људски живот неприкосновен.<sup>3</sup> Право на живот гарантује се често у контексту неких других права (нпр. право на људско достојанство;<sup>4</sup> заштита физичког и моралног интегритета<sup>5</sup>), или

<sup>2</sup> Устави Бугарске чл. 28; Естоније чл. 16; Хрватске чл. 21 ст. 1; Литваније чл. 93; Русије чл. 20; Шпаније чл. 14.

<sup>3</sup> Устави Македоније чл. 10; Србије чл. 24; Словеније чл. 17.

<sup>4</sup> Устав Мађарске пар. 54.

у контексту казних санкција посебно смртне казне.<sup>6</sup> Неки уставни посебно регулишу заштиту права на живот,<sup>7</sup> изричито забрањују његово самовољно одузимање<sup>8</sup> и прописују кажњивост напада на право на живот прописују и изједначавају га са најтежним злочином.<sup>9</sup>

Једино у Уставу Србије, у оквиру гаранција права на живот налазимо и на изричиту одредбу која се најдиректније односи на питање повезано са биомедицински асистираним зачећем. То је одредба која забрањује клонирање људских бића.<sup>10</sup>

### **Забрана подвргавања медицинским огледима без добровољног пристанка**

У новијој компаративној уставности каталог људских права укључује и експлицитну, уставом прописану забрану подвргавања медицинским, научним или било каквим другим експериментима без слободно датог пристанка појединца. Заштиту појединца од напада на његов физички или психички интегритет без слободно и добровољно датог пристанка гарантују изричито сви уставни који су били предмет анализе.<sup>11</sup>

У неким уставима одредбе о медицинским и научним огледима повезане су са одредбама које гарантују и штите физички и психички интегритет<sup>12</sup> и достојанство личности<sup>13</sup> и са забраном било ког вида злостављања, тортуре, нечовечног и понижавајућег поступања или кажњавања.<sup>14</sup>

---

<sup>5</sup> Устав Шпаније чл. 14.

<sup>6</sup> Устави Македоније чл. 10; Русије чл. 20; Србије чл. 24; Словеније чл. 17.

<sup>7</sup> Устави Естоније чл. 16; Литваније чл. 93 Пољске чл. 38.

<sup>8</sup> Устави Естоније чл. 16 и Мађарске пар. 54.

<sup>9</sup> Устав Бугарске чл. 28.

<sup>10</sup> Устав Србије чл. 24.

<sup>11</sup> Устави Бугарске чл. 29; Естоније чл. 18; Хрватске чл. 23; Италије чл. 32; Мађарске пар. 54; Пољске чл. 39; Русије чл. 21; Србије чл. 25; Словеније чл. 18.

<sup>12</sup> Устав Србије чл. 25.

<sup>13</sup> Устав Русије чл. 21.

<sup>14</sup> Устави Хрватске чл. 23; Мађарска пар. 54; Русија чл. 21; Србија чл. 25; Словенија чл. 18.

Добровољно и слободно дати пристанак је, дакле, уставом прописани услов који се односи на све медицинске поступке па и поступке везане за биомедицински асистирано зачеће. Законска регулатива у овој области налагала би да овај, уставом прописани услов, буде инкорпориран у процедуре одлучивања о примени медицинских метода који се користе у оквиру програма и протокола везаних за биомедицински асистирано зачеће.

### **Заштита приватности, достојанства, угледа, части, интегритета**

Гарантовање и заштита права на приватност које је једно у реду новијих уставом гарантованих индивидуалних права, као и права на заштиту физичког и моралног интегритета личности могуће је повезати и са правном регулативом биомедицински асистираног зачећа, јер се биомедицински асистирано зачеће остварује у сфери приватности. Стога је уставна заштита права на приватност и са њим повезаних права значајан елемент општег уставног контекста који дефинише оквир правне регулативе у овој области. Право на заштиту приватности устав гарантују начелно. Анализа показује да ово право укључује више посебних права које устав такође гарантују, а чији је смисао заштита достојанства личности, угледа и части, личног и породичног живота, личних података и др. Оно је значајно и за сагледавање уставног оквира права на биомедицински асистирано зачеће, јер се реализација овог права одвија управо у простору личне и породичне приватности коју устав посебно штити.

Неприкосновеност личног и породичног живота и уставом прописана заштита од незаконитог мешања у лични и породични живот<sup>15</sup> су полазни уставни принципи и представљају оквир и за правну регулативу биомедицински асистираног зачећа, а право на заштиту личних података и података о личности које устав често гарантују уз

---

<sup>15</sup> Устави Бугарске чл. 32; Естоније чл. 26; Хрватске чл. 35; Латвије чл. 96; Мађарске пар. 59; Македоније чл. 25; Пољске чл. 47; Словеније чл. 35; Шпаније чл. 18.



право на заштиту приватности једно од посебних права која би требало операционализовати у законодавству које претендује да регулише биомедицински асистирано зачеће. У овом контексту указујемо и на друге уставне одредбе релевантне за потенцијалну законску регулативу биомедицински асистираниог зачећа, а које се односе на заштиту физичког и моралног интегритета личности,<sup>16</sup> слободу појединца да одлучује о свом личном животу<sup>17</sup> као и заштиту личног интегритета и особености.<sup>18</sup>

### Заштита података о личности

Заштита података о личности је веома осетљиво и изузетно важно питање у правној регулативи биомедицински асистираниог зачећа. Многи подаци о личности прикупљају се у процедурама које претходе примени ових медицинских метода и медицинским протоколима. Велики број различитих података који се прикупљају у сврхе биомедицински асистираниог зачећа односе се на деликатне и осетљиве приватне прилике и лична својства.

Уставна регулатива која се односи на заштиту података о личности стога је важан елемент правног регулисања биомедицински асистираниог зачећа. Поред начелне одредбе која свакоме гарантује сигурност, тајност и заштиту личних података<sup>19</sup> пракса компаративне уставности као важна питања за заштиту података о личности издваја:

– Изричиту уставну забрану коришћења података о личности изван сврхе за коју се ти подаци прикупљају;<sup>20</sup> уставом прописане изузетке од ове опште одредбе који се односе на потребе вођења кривичног поступка и заштите безбедности земље.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Устави Македоније чл. 11; Србије чл. 25; Словеније чл. 35.

<sup>17</sup> Устав Пољске чл. 47.

<sup>18</sup> Устав Словеније чл. 35.

<sup>19</sup> Устави Хрватске чл. 37; Македоније чл. 18; Русије чл. 24; Србије чл. 42; Словеније чл. 48; Швајцарске чл. 13; Шпаније чл. 18.

<sup>20</sup> Устави Хрватске чл. 37; Србије чл. 42.

<sup>21</sup> Устав Србије чл. 42.

– Гарантовање заштите од повреде личног интегритета која би могла наступити на основу регистровања података и информација о личности.<sup>22</sup>

– Слободно дати пристанак као основни предуслов за прикупљање података о личности и законско регулисање врсте података, начина њиховог прикупљања, коришћења и чувања када се они прикупљају без слободно датог пристанка.<sup>23</sup>

– Законско регулисање прикупљања, чувања, обраде и коришћења личних података као и надзор над деловањем информационих система и датотека личних података.<sup>24</sup>

– Право сваког појединца да буде обавештен о подацима који се односе на његову личност као и право личног увида у званичне документе, јавне исправе и збирке података који се односе на његове личне податке,<sup>25</sup> као и право да захтева исправљање и уклањање нетачних и непотпуних података као и података који су прикупљени на начин супротан закону,<sup>26</sup> и обавеза органа власти и локалне самоуправе, да у складу и оквирима које прописује закон, свакоме омогуће упознавање са документацијом и материјалима који се непосредно тичу његових права и слобода, уколико законом није другачије предвиђено.<sup>27</sup>

За правну регулативу биомедицински асистираниог зачећа било би неопходно, поред опште заштите података о личности регулисати: принцип добровољности као обавезни услов за прикупљање података од кога нема одступања; руковање, чување, коришћење података као и приступ подацима и контролу информационих система у којима се налазе базе података; гарантовање ефикасних инструмената заштите од повреде личног интегритета која би могла наступити због коришћења личних података; санкционисање коришћења података изван сврхе за коју су прикупљени и кажњивост злоупотребе података; процедуре пу-

<sup>22</sup> Устав Македоније чл. 18.

<sup>23</sup> Устави Хрватске чл. 37; Русије чл. 24.

<sup>24</sup> Устави Хрватске чл. 37; Пољске чл. 51; Шпаније чл. 18.

<sup>25</sup> Устави Пољске чл. 51; Србије чл. 42; Словеније чл. 38.

<sup>26</sup> Устав Пољске чл. 51.

<sup>27</sup> Устав Русије чл. 24.

тем којих се остварује право појединца да буде упознат са подацима који су прикупљени о његовој личности и обавеза органа да омогуће остваривање тога права.

### Породица и брак

У контексту уставне регулативе релевантне за биомедицински асистирано зачеће, је несумњиво и сет уставних правила која се односе на породицу и њен статус у уставном и правном систему, јер биомедицински асистирано зачеће најнепосредније задире у могло би се тако рећи најсуптилније личне односе у породици.

Породица ужива заштиту државе и друштва што се у уставима експлицитно регулише.<sup>28</sup> Уз ову општу одредбу ретко се прецизира садржај, природа, квалитет и начин остваривања заштите коју породици пружа држава и друштво, а уставни који то чине задржавају се и задовољавају само гарантовањем социјалне сигурности породице,<sup>29</sup> као и одговорност породице за бригу о члановима породице који то сами не могу да чине.<sup>30</sup> Изузетак је Устав Швајцарске који детаљно регулише надлежности Конфедерације везане за заштиту породице.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Устави Бугарске чл. 14; Естоније чл. 27; Хрватске чл. 61; Италије чл. 29; Латвије чл. 110; Мађарске пар. 15; Македоније чл. 40; Немачке чл. 6; Русије чл. 38; Словеније чл. 53; Швајцарске чл. 61; Шпаније чл. 39.

<sup>29</sup> Устави Естоније чл. 28; Италије чл. 31; Пољске чл. 31; Швајцарске чл. 41 и чл. 116; Шпаније чл. 39.

<sup>30</sup> Устави Естоније чл. 27; Италије чл. 29; Пољске чл. 33; Швајцарске чл. 28.

<sup>31</sup> «Конфедерација у испуњавању својих задатака узима у обзир потребе породице. Конфедерација подстиче мере за заштиту породице.

Конфедерација може да донесе прописе о породичним додацима и да води једну касу, из које би се давале породичне накнаде на конфедералном нивоу.

Конфедерација уводи породично осигурање. Она може да на доприноси за ово осигурање обавезе чак и она лица, која не могу да уживају давање овог осигурања.

Конфедерација може да на општи начин или само за поједине групе становништва прогласи за обавезно приступање каси из које се исплаћују накнаде породицама и породицама и да своја давања на одговарајући начин усклади са давањима кантона.» (чл. 116 Устава Швајцарске).

Устави регулишу и брак и у вези са њим слободу одлучивања о склапању брака, форму брака (грађански или црквени), равноправност супружника у браку, статус ванбрачне заједнице, законско регулисање брака и односа у браку као и ванбрачне заједнице. За тему која је предмет наше анализе посебно су значајне уставне одредбе о равноправности и једнаким правима супружника у браку<sup>32</sup> посебно када се ради о њиховим личним односима, одлучивању о рађању деце, родитељским обавезама и одговорности родитеља за подизање деце.

### **Заштита материнства, репродуктивних права и посебних права детета**

Заштита материнства и репродуктивних права је такође уставна материја повезана са правном регулативом биомедицински асистираниог зачећа. Искуства компаративне уставности говоре да материнство и репродуктивна права жена уживају посебну заштиту. Осим начелно гарантоване заштите коју пружа држава, а коју гарантује највећи број устава, неки устави и детаљније регулишу сет посебних права која се гарантују мајкама,<sup>33</sup> прописују могућност предузимања мера усмерених на подстицање рађања,<sup>34</sup> и регулишу посебна права родитеља и самохраних родитеља.<sup>35</sup>

У овој групи уставом гарантованих права су и две групе права која су посебно значајна за поступке биомедицински асистираниог зачећа, а која гарантују поједини устави.

---

<sup>32</sup> У уставним системима у којима су брачна и ванбрачна заједница изједначене у статусу то се односи и на ванбрачну заједницу. Међу анализираним уставима то је случај са уставима Хрватске чл. 61; Италије чл. 30; Македоније чл. 40; Србије чл. 61; Словеније чл. 53.

<sup>33</sup> Нпр. плаћено одсуство пре и након порођаја, бесплатну акушерску помоћ, олакшање рада и друге социјалне помоћи (чл. 47 Устава Бугарске); услови рада који се морају довести у склад са вршњем женине битне породичне функције и обезбедити мајци и детету посебну заштиту. (чл. 37 Устава Италије); посебна заштита на раду (чл. 64 Устава Хрватске); посебна помоћ пре и после порођаја чији садржај, обим и начин остваривања регулише закон (чл. 71 Устава Пољске и чл. 66 Устава Србије) и др.

<sup>34</sup> Нпр. Устав Србије чл. 66.

<sup>35</sup> Нпр. чл. 66 Устава Србије.

Прва група права се односи на уставно гарантовање права везаних за истраживање очинства које поједини уставни гарантују општом одредбом која допушта могућност истраживања очинства у границама које пропише закон.<sup>36</sup>

Друга група права обухвата више посебних гаранција које регулишу и штите права детета. У овој групи су, између осталог и права најнепосредније везана за рођење међу којима нпр. право детета да сазна своје порекло<sup>37</sup> и право да очува свој идентитет.<sup>38</sup> Али, у овој групи је и више права које дете стиче по основу рођења као нпр. право на лично име,<sup>39</sup> право детета да буде уписано у матичну књигу рођених,<sup>40</sup> право на држављанство које се стиче рођењем по основу крвног сродства или рођењем на одређеној територији,<sup>41</sup> као и нека која се стичу и пре рођења као нпр. право на правну способност.<sup>42</sup>

Сва поменута права најнепосредније су повезана са рађањем и отуда њихова директна повезаност и са рађањем које је потпомогнуто применом биомедицинских метода. Зато је неопходно да се у уставу постави јасан и целовит основни правни оквир који може бити водич за потпунију законску регулативу поменутих питања.

### Однос цркве и државе

Уставом постављени принципи који дефинишу природу односа између цркве и државе значајни су, у ширем смислу за тему којој је посвећен овај прилог.

Принцип секуларне државе поставља однос између цркве и државе кроз призму односа две сфере - јавне сфере и приватне сфере. У складу са тим принципом у уставним системима<sup>43</sup> у којима је он при-

---

<sup>36</sup> Устави Италије чл. 30 и Шпаније чл. 39.

<sup>37</sup> Устав Србије чл. 64.

<sup>38</sup> Устав Србије чл. 64.

<sup>39</sup> Устав Србије чл. 64.

<sup>40</sup> Устав Србије чл. 64.

<sup>41</sup> Устав Србије чл. 38.

<sup>42</sup> Устави Италије чл. 22; Мађарске пар. 56; Србије чл. 37.

<sup>43</sup> Устави Бугарске чл. 13; Хрватске чл. 41; Латвије чл. 99; Мађарске чл. 60; Србије чл. 11 и 44; Словенија чл. 7.

хваћен устави гарантују пуну слободу вероисповести али експлицитно прописују да су цркве и верске установе одвојене од државе.

Једна од консеквенци секуларне државе и принципа одвојености државе и цркве је између осталог грађански брак (евентуално уз признавање и црквеног брака) као и односи у браку и породици који се регулишу правним прописима које доноси држава.

Евентуални утицај цркве на брак и породицу као и односе у браку и породици остаје у таквим околностима у сфери приватности као индивидуално право појединца које он користи у складу са свијим уверењима чији слободан избор се гарантује уставом.

### **Заштита здравља**

У оквиру уставних гаранција које се односе на заштиту здравља и права грађана у вези са заштитом здравља је и део одредби које се у ширем смислу могу сматрати уставним оквиром регулативе о биомедицински асистираним зачећу. Ту се у првом реду имају у виду уставне одредбе које на општи начин гарантују право на заштиту здравља,<sup>44</sup> одредбе које регулишу изворе, врсте и обим финансирања здравствене заштите<sup>45</sup> као и одредбе које регулишу обавезе државе везане за заштиту здравља (нпр. контрола и надзор над радом здравствених установа и обављањем здравствене делатности<sup>46</sup>) ниво и обим здравствене заштите која се обезбеђује из јавних прихода,<sup>47</sup> посебне категорије лица којима се гарантује здравствена заштита из јавних прихода међу којима су труднице и мајке током породилског одсуства.<sup>48</sup>

Уставом се изричито забрањује принудно подвргавање лечењу или санитарним мерама<sup>49</sup> и прописује одговорност, пре свега стручњака, за сакривање чињеница и околности које представљају опасност по

---

<sup>44</sup> Устави Бугарске чл. 52; Латвије чл. 111; Македоније чл. 39; Пољске чл. 68; Русије чл. 41; Србије чл. 68; Словеније чл. 51; Шпаније чл. 43.

<sup>45</sup> Устави Бугарске чл. 52; Пољске чл. 66; Русије чл. 41; Србије чл. 68; Словеније чл. 51.

<sup>46</sup> Устави Бугарске чл. 52; Србије чл. 68; Шпаније чл. 63.

<sup>47</sup> Устави Латвије чл. 111;

<sup>48</sup> Устави Пољске чл. 68; Србије чл. 68;

<sup>49</sup> Устави Бугарске чл. 52; Словеније чл. 51.

живот и здравље људи<sup>50</sup> и утврђују обавезу грађана да чувају и унапређују сопствено здравље и здравље других.<sup>51</sup>

### Слобода одлучивања о рађању

Уставне одредбе које гарантују слободу одлучивања о рађању најнепосредније су повезане са одлучивањем о зачећу које је потпомогнуто биомедицинским методама. У компаративној уставности која је анализирана одредбе о слободи одлучивања о рађању су изузетак. Само у три устава постоје одредбе које гарантују слободу одлучивања о рађању. Можда је у питању само случајност, али све три државе<sup>52</sup> чији устав гарантују слободу одлучивања о рађању су некада биле у саставу СФР Југославије чији је устав гарантовао ову слободу.

Слобода одлучивања о рађању у сва три устава гарантована је начелном уставном одредбом, али је приметна разлика међу њима.

Разлика се односи првенствено на субјекте којима се гарантује право да слободно одлучују о рађању деце.

Устав Србије најшире одређује круг субјеката којима гарантује право да слободно одлучују о рађању деце. Слобода одлучивања о рађању деце гарантује се «свакоме».<sup>53</sup> Устав Македоније уже одређује субјекте права на слободу одлучивања о рађању деце. То је индивидуално људско право које се гарантује као «право човека».<sup>54</sup> Устав Словеније не одређује субјекте права на слободно одлучивање о рађању деце, већ на општи начин прописује да је «одлучивање о рађању слободно».<sup>55</sup>

Уз гарантовање слободе одлучивања о рађању деце у уставима Србије и Словеније регулисане су и активности државе у овој области. Улога државе у популационој политици је различито регулисана. Устав Србије за државу резервише активну улогу која се огледа у подстицању

---

<sup>50</sup> Устав Русије чл. 41.

<sup>51</sup> Устав Македоније чл. 39.

<sup>52</sup> Устави Македоније чл. 41; Србије чл. 63; Словеније чл. 55.

<sup>53</sup> Устав Србије чл. 63.

<sup>54</sup> Устав Македоније чл. 41.

<sup>55</sup> Устав Словеније чл. 55.

родитеља да се одлуче на рађање деце и помоћи коју им држава у томе пружа.<sup>56</sup> Устав Словеније улогу државе види превасходно у креирању амбијента који ће пружити повољне услове за рађање деце. У складу са овим приступом, држава треба да «ствара могућности за остваривање слободе одлучивања о рађању као и да ствара услове који омогућују родитељима да се одлуче на рађање.»<sup>57</sup>

За уставни оквир биомедицински асистираниг зачећа веома су важне уставне одредбе које гарантују слободу одлучивања о рађању деце. Оне би требало да буду саставни део уставне регулативе која се односи на ову област. Посебно су важне и уставне одредбе које се односе на субјекте којима устав гарантује ову слободу, а нарочито јасно и недвосмислено одређивање круга субјеката који уживају ово право. За целовиту уставну регулативу биомедицински асистираниг зачећа било би целисходно уставом прописати и обавезе државе везане за реализацију права на слободно одлучивање о рађању деце.

### Уставне одредбе о генетског инжењерингу – пример Устава Швајцарске

Устав Швајцарске издваја се из групе устава који су били предмет анализе у овом прилогу управо по веома детаљним, и за уставни текст неубичајено конкретним правним нормама које исцрпно регулишу више важних питања која се односе на оплодњу и генетску технологију у хуманим областима.<sup>58</sup>

Устав у први план истиче заштиту појединца од «злоупотреба медицине по питањима оплодње и генетске технологије».<sup>59</sup>

За конфедерацију и власти на нивоу Конфедерације Устав резервише надлежност да «доноси прописе о поступању са људским за-

---

<sup>56</sup> Устав Србије чл. 63.

<sup>57</sup> Устав Словеније чл. 55.

<sup>58</sup> Рубрум члана 119 «оплодња и генетска технологију у хуманим областима» који регулише ова питања експлицитно о томе говори.

<sup>59</sup> Члан 119 ст. 1 Устава Швајцарске.



метком и наследним материјалом»<sup>60</sup> изузимајући на тај начин ову осетљиву материју из јурисдикције кантоналних власти.

Конфедерација према Уставу «води бригу о заштити људског достојанства, личности и породице»<sup>61</sup> као и о поштовању принципа који обезбеђују заштиту људског достојанства у процедурама биомедицински потпомогнутог зачећа.

Устав експлицитно утврђује најважније принципе чији је смисао да обезбеде заштиту људског достојанства, достојанства личности и достојанства породице у поступцима који се односе на оплодњу и генетску технологију у хуманим областима. Устав прописује следеће принципе:

«А. Све врсте клонирања и захвата у наследни материјал људских ћелија заметка и ембриона су недозвољене.

Б. Нељудски заметак наследни материјал не сме да се уноси у људски заметак или да се са њим стопа.

Ц. Поступци оплодње који имају медицинску подршку могу да се примене само ако се неплодност или опасност од преношења неке тешке болести не може отклонити на неки други начин, али не сме да се користе и за увођење одређених особина код детета, или за потребе истраживања; оплодња људске јајне ћелије изван тела жене дозвољена је само у законом утврђеним условима; изван тела жене у ембрионе може да се развије само онолико јајних ћелија, колико одмах може да се унесе у тело.

Д. Донације ембриона и све врсте изнајмљивања материнства нису дозвољени.

Е. Са људским заметком и са производима из ембриона не сме се вршити трговина.

Ф. Наследни материјал једног лица сме да се испита, региструје или објави, само ако се то лице нагласи са тим или ако то закон прописује.

Г. Свако лице има приступ подацима о свом пореклу.»<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Члан 119 ст. 2 Устава Швајцарске.

<sup>61</sup> Члан 119 ст. 2 Устава Швајцарске.

<sup>62</sup> Члан 119 ст. 3 Устава Швајцарске.

О целовитости уставне регулативе осетљивих питања која се, најшире посматрано, односе на примену генетског инжењеринга говоре и неке друге одредбе Устава Швајцарске, посебно одредбе о генетској технологији у нехуманим областима<sup>63</sup> као и одредбе о трансплантацији.<sup>64</sup>

Устав у првом реду гарантује на општи начин заштиту човека и његове животне средине од злоупотреба генетске технологије.<sup>65</sup>

Поред тога, Устав и у овој области установљава надлежност конфедерације и њених органа да «доноси прописе о поступању са заметком и наследним материјалом животиња, биљака и других организама»<sup>66</sup> и успоставља основне принципе којима се руководи конфедерација и њени органи приликом одлучивања о томе како регулисати ова питања. Приликом регулисања питања везаних за генетску технологију конфедерација «узима у обзир достојанство живог бића као и безбедност човека, животиње и животне средине и штити генетску разноликост животињских и биљних врста.»<sup>67</sup>

Уставне норме које се односе на ову област употпуњују и одредбе које се односе на трансплантацију.

Устав Швајцарске садржи и део правила која регулишу основна и најважнија питања везана за трансплантацију.

Устав најпре утврђује надлежност конфедерације и њених органа да регулише ову област и да «доноси прописе у области трансплантације органа, ткива и ћелија» да «води бригу о заштити људског достојанства, личности и здравља» као и да «утврђује посебно критеријуме за праведну доделу органа».<sup>68</sup>

Поред тога, Устав изричито прописује да «донације људских органа, ткива и ћелија су бесплатне»<sup>69</sup> и забрањује трговину људским органима.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> Члан 120 Устава Швајцарске.

<sup>64</sup> Члан 119 а Устава Швајцарске.

<sup>65</sup> Члан 120 став 1 Устава Швајцарске.

<sup>66</sup> Члан 120 став 2 Устава Швајцарске.

<sup>67</sup> Члан 120 став 2 Устава Швајцарске.

<sup>68</sup> Устав Швајцарске чл. 119 а.

<sup>69</sup> Устав Швајцарске чл. 119 а.

### **Основна запажања о уставном оквиру биомедицински асистираниог зачећа на примерима компаративне уставности**

Анализа компаративне уставности, уз фокус на одредбе устава које би могле бити релевантан извор уставне регулативе биомедицински асистираниог зачећа упућује на неколико закључака.

Прво, биомедицински асистираниог зачеће још увек није предмет пажње уставотворца. Нема експлицитних уставних норми које регулишу ово питање.

Друго, изузетак је Устав Швајцарске који питању биомедицински асистираниог зачећа посвећује дужну пажњу, и у самом уставу ближе регулише више питања која се директније односе на ову област, на генетски инжењеринг у хуманим и нехуманим областима као и на трансплантацију.

Треће, највећи број устава, иако нема експлицитних уставних одредби о медицински асистираниог зачећу, регулише питања која се директно односе на ову област. Међу таквим питањима су нпр: изричита уставна забрана вршења медицинских или научних огледа на човеку, без његовог слободно датог пристанка; право на живот; заштита података о личности и забрана коришћења ових података изузев за сврхе за које су подаци прикупљани; гарантовање слободе одлучивања о рађању деце; забрана клонирања; заштита права на приватност и др.

Четврто, многа из већ стандардизованог каталога људских права по садржини и капацитету индиректно односе се и на проблематику која је предмет нашег интересовања. То су нпр. уставно дефинисање односа цркве и државе; права везана за заштиту здравља; уставне гаранције које се односе на брак, односе у браку и породицу; гарантовање и заштита репродуктивних права; родитељска права и др.

Пето, Устав Србије међу правима која су непосредније повезана са правом на медицински асистираниог зачеће гарантује неколико права (односно забрањује одређено поступање) међу којима су: право на заштиту података о личности као и забрана сваке употребе ових података изван намене за коју су они прикупљани; забрана клонирања људских

---

<sup>70</sup> Устав Швајцарске чл. 119 а.

бића као и медицинских и научних опита који не почивају на слободном пристанку лица над којим се врше; слобода одлучивања о рађању деце; посебна права трудница и мајки као и посебна права самохраних родитеља; право детета да зна своје порекло и очува свој идентитет. Поред тога, Устав Србије гарантује и друга права која су, у ширем смислу значајна за остваривање права на медицински асистирано зачеће, а међу којима су: право на живот као и заштиту физичког и психичког интегритета личности; слобода закључења брака и равноправност супружника при закључењу брака, у току трајања брака и приликом развода брака; однос између државе и цркве који почива на начелу лаичке државе; право на заштиту здравља.

#### **Један могући предлог уставних (или основних законских) правила о биомедицински асистираном зачећу**

Поред слобода и права која већ гарантује Устав Републике Србије нормативни оквир би могао бити употпуњен сетом правила која бележимо у компаративном праву.

Будући да се овде ради о најопштијим гаранцијама и нормативном оквиру који дефинише основ за ближе нормативно уређивање медицински асистираног зачећа ова правила би требало гарантовати уставом или нормативним актом уставне снаге. У конкретном случају, за промену овог дела Устава Републике Србије (људска права и слобода) прописана је строга и сложена уставна процедура, укључујући и обавезни накнадни уставни референдум.<sup>71</sup>

Због тога, могуће је размишљати и у правцу дефинисање сета основних правила која би могла бити регулисана законом. Овај закон би Народна скупштина усвајала по строжијој процедури (усвајање већином гласова укупног броја посланика), јер је у питању материја која се односи на људска права.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Видети члан 203 ставове 3, 7 и 8 Устава Републике Србије.

<sup>72</sup> Видети члан 105 став 3 тачка 2 Устава Републике Србије.

Суштина правила која би, поред већ постојећих уставних гаранција, требало да поставе темељ за правно уређивање медицински асистираниог зачећа односе се посебно на:

Прво, ближе дефинисање забране клонирања људских бића.

Друго, прецизирање садржаја права на заштиту здравља.

Треће, прецизирање уставне одредбе о слободи одлучивања о рађању као и заштите репродуктивних права.

Четврто, експлицитну гаранцију заштите и оних података о личности који се тичу здравља (болести) и у том склопу и биомедицински асистираниог зачећа.

**Prof Marijana Rajvančić, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

## COMPARATIVE CONSTITUTIONAL APPROACH TO THE RIGHT TO A MEDICALLY-ASSISTED CONCEPTION

### **Summary**

*In this paper, the author has provided a comparative analysis of relevant constitutional provisions contained in the constitutions of some European countries which either directly or indirectly regulate the right to a medically-assisted conception. The comparative constitutional approach generates several conclusions.*

*The right to a medically-assisted conception has still not been the subject matter of a closer consideration by the constitution framers in Europe, for which reason very few European constitutions contain explicit legal provisions aimed at regulating this matter. An exception is the Constitution of Switzerland, which regulates the issue with due consideration. Although the constitutions of other European countries do not contain explicit constitutional provisions on the right to a medically-assisted conception, most constitutions regulate a number of issues directly pertaining to this matter. Moreover, there are many human rights, contained in the standardized catalogue of human rights, whose scope and contents are indirectly related to the problems of medically-assisted conception. The Constitution of Serbia, for example, guarantees a number of human rights (and prohibits certain forms of behaviour) which directly refer to the right to a medically-assisted conception, such as: the right to the protection of personal data and the prohibition of using the personal data for purposes other than those which they are collected for; the prohibition of human cloning, and the prohibition of medical and scientific experiments without the voluntary consent of the person subjected to the experiment; the freedom to decide on childbirth, etc. In addition, the Serbian Constitution guarantees some other rights which are, in a wider context, important for the exercise of the right to a medically-assisted conception, such as: the right to life and the protection of an individual's physical and mental integrity; the freedom to enter into marriage and the equality of spouses when en-*

*tering into marriage; the relation between the state and the church resting on the principles of a secular state, etc.*

*The author has presented a possible perspective on the set of constitutional (or basic statutory) rules on the right to a medically-assisted conception. Considering that these rules refer to the most general guarantees and the normative framework setting the grounds for a more specific and precise regulation of the right to a medically-assisted conception, these rules have to be guaranteed either by the constitution or by a normative act of an equal constitutional power. Specifically, the Constitution of the Republic of Serbia prescribes that any change to the part of the Constitution pertaining to human rights and freedoms is subject to a strict observance of the complex constitutional procedure, including a subsequent mandatory constitutional referendum. For this reason, it may be worth considering another track aimed at defining a set of basic rules which might be regulated by a specific legal act, given that there should be a more stringent procedure for adopting this act (by a simple majority of the total number of MPs).*

*In addition to the existing constitutional guarantees, these rules should lay down the grounds for a statutory regulation of the right to a medically-assisted conception. In particular, the essence of these rules is to more precisely define the prohibition of human cloning, to specify the contents of the right to health protection, to specify the constitutional provisions on the freedom to decide on childbirth and the provisions on the protection of reproductive rights, to explicitly guarantee the protection of personal data regarding one's health (illness) and, in due course, the right to a medically-assisted conception.*

**Key words:** *bio-medically assisted contraception, Constitution, comparative constitutional approach, reproductive rights*





*Др Душица Палачковић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу*

## **ИЗВРШНИ ПОСТУПАК И ПРИМЕНА ЧЛ. 6. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА**

### **Апстракт:**

*Неспорно је да национални судови држава које су ратификовале Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода имају обавезу да обезбеде њену примену у грађанским судским поступцима, како оним у којима се "одлучује", тако и у оним у којима се реализују, односно спроводе одлуке. Такав је, неспорно и извршни поступак. Ова обавеза, која се пре свих, тиче члана 6. Конвенције, потврђена је референтном праксом Суда за људска права, али је специфичан основ свакако Први додатни протокол уз Конвенцију (из 1952.), односно чл. 11 овог Протокола, односно "право на мирно уживање имања" које он предвиђа.*

### **Кључне речи:**

*правично суђење, разуман рок, извршни поступак, мирно уживање имовине*

У материји грађанских судских поступака, у које се неспорно убраја и извршни поступак, примарни извор права свакако је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Овај закључак темељи се на одредби чл. 194/5. Устава Републике Србије<sup>1</sup> који утврђује да закони и општи акти донети у РС не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. На основу одредбе чл. 16. Устава РС следи непосредна примена потврђених међународних уговора у правном систему РС и примат у односу на закон, али не и у односу на Устав РС. Поменута Конвенција је, иначе, ратификована, односно потврђена, у време тзв. Државне заједнице Србија и Црна гора, марта 2004., а на снагу је ступила месец дана касније.

Процесно правне гаранције, односно процесна права или овлашћења у материји грађанских судских поступака, Конвенција одређује у чл. 6., под насловом "**Право на правично суђење**". Дакле, у групи Конвенцијом зајемчених људских слобода и права јесте и право на правично суђење које, међутим није, према својој унутрашњој садржини, јединствено право. Његову садржину, наиме, чини низ оригинерних и изведених права која морају поштовати национални судови каква су: **право на приступ суду; правично суђење** (које, опет подразумева право на контрадикторан поступак, равноправност странака, право на образложену судску одлуку, право на одлуку у разумном року, право на усмену и јавну расправу и право објављивања судске одлуке) и **право на суђење пред независним и непристрасним судом.**<sup>2</sup>

Формулација чл. 6., која користи термин "**одлучивање**" и када су у питању грађанска права и обавезе на први поглед је применљива у оним грађанским судским поступцима у којима се одлучује непосредно о основаности захтева грађанско правне природе. Такав је, пре свих, парнични поступак, као споран поступак судске заштите. Ипак, низом својих одлука Суд за људска права у Стразбуру, одлучујући у оквиру Конвенцијом одређене надлежности о појединачним захтевима (било

<sup>1</sup> Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/06, од 10.11.2008.

<sup>2</sup> Види више, Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2007., стр. 79-85., Трива, Дика, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 2004., стр. 79-84.

физичких лица, било невладиних организација, било скупина поједи-наца) у случајевима када истичу тврдњу да је извршена повреда неког од права признатих Конвенцијом, потврдио је примену Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и у извршном поступку.<sup>3</sup>

### **1. Оправданост примене чл. 6. у односу на извршни поступак**

Прихватљивост оваквог приступа, полазећи од општеприхваћених теоријских гледишта,<sup>4</sup> па и на националном нивоу, оправдава свакако чињеница да право на (једнаку) заштиту права јесте свеобухватно јавно правно овлашћење<sup>5</sup> које се у најширем виду може управо одредити као **право на приступ суду** и другим државним органима или организацијама које имају тзв. јавна овлашћења, односно свима који имају надлежност да одлучују о правима и слободама правних субјеката. На овај начин подвлачи се самосталан карактер овлашћења за тражење правне заштите, али се потенцира и нераскидива повезаност овог овлашћења и свих осталих која проистичу из грађанско правног односа.<sup>6</sup> Односно, према скоро сагласном савременом ставу теорије грађанског процесног права управо се смисао захтева за пружање правне заштите види у томе што служи реализацији субјективних грађанских права.<sup>7</sup> А логичан наставак овог следа закључивања у теорији свакако је да се, по правилу, ефективно остварење обавезујућих одлука постиже тек принудно, односно у извршном поступку који као установу треба схватити у смислу "државне делатности управљене на остваривање или обезбеђивање одређеног низа **правних захтева...**"<sup>8</sup> Дакле, и у извршном по-

---

<sup>3</sup> Тако, у случају *Hornsby*, Пресуда од 19.03.1997., RJD, 1997-III, бр. 33., као и у случају *Scollo*, Пресуда од 28.09.1995., Series A, по 315-C, бр. 37., а све одлуке Суда налазе се на интернет страници <http://www.echr.coe.int/EHCR>

<sup>4</sup> Види више Дика, *Право на тужбу*, Загреб, 1987., стр.208, 234.; Трива, Дика, *op.cit.*, стр. 21-24.;

<sup>5</sup> С позивом на чл. 36/1. Устава РС.

<sup>6</sup> Посебно, Трива, Дика, *op.cit.*, стр. 22-24.

<sup>7</sup> Трива, Дика, *op.cit.*, стр. 19.

<sup>8</sup> Благојевић, *Систем извршног поступка*, Београд, 1938., стр. 2.

ступку постоји захтев за одлуком суда одређене садржине (решење о извршењу) па стога "право на правично суђење" из чл. 6/1 Европске конвенције има сасвим сигурно примену и у извршном поступку.

Суд за људска права у својој пракси заузима, такође, недвосмислен став, да је "извршење пресуда коју је домаћи суд донео саставни део "суђења" у смислу чл. 6/1 Конвенције и да стога закашњење у извршењу пресуде не сме бити такво да угрожава суштину заштићеног права на правично суђење".<sup>9</sup> У одлуци у случају *Hornsby*,<sup>10</sup> наводи да је право на принудно извршење судских или одлука других надлежних органа (који испуњавају услове националног законодавства да се по њима може спровести поступак принудног извршења) **дериват права на правну заштиту**, односно, конкретније права на приступ суду. У одлуци у случају *Scollo*,<sup>11</sup> утврђује и примену права на суђење у разумном року и у поступку извршења судских одлука.

Уз повреду права из чл. 6/1 Конвенције у већини случајева из праксе овог Суда подносиоци су се позивали и на повреду права на делотворан правни лек из чл. 13. Конвенције. При том, услов допуштености представке из чл. 35., је, поред осталих, исцрпљеност свих домаћих расположивих правних средстава, у складу са општеприхваћеним правилима међународног права и унутар периода од шест месеци од дана доношења коначне одлуке. Дакле, свака држава мора обезбедити све могућности да исправи кршење својих међународних обавеза по Конвенцији пре него што буде подвргнута међународном испитивању, односно надзору, обухватајући и накнаду у новцу. Исцрпљеност правних средстава подразумева сва која су предвиђена у теорији и пракси<sup>12</sup>, али уз услов да морају бити "делотворна". Дакле кумулативно "доступна" и "делотворна", а о томе да ли испуњавају ове услове Суд цени *in concreto*, од случаја до случаја, узимајући у обзир све околности правне ствари, односно све чињенице случаја. У пракси налазимо став да је правно средство "делотворно" само "ако спречава наводну повреду или наста-

<sup>9</sup> Види Случај ЕВТ против Србије, пресуда од 21. јуна 2007.

<sup>10</sup> Пресуда од 19.03.1997., RJD, 1997-III, бр. 33

<sup>11</sup> Пресуда од 28. 09. 1995., А, бр. 315-С, бр. 37.

<sup>12</sup> Види Случај Хорват против Хрватске, бр. 51585/99, пар. 38, ЕНСР 2001-VIII

вак исте или, пак, обезбеђује примерену накнаду за сваку повреду која је већ учињена<sup>13</sup> и подносиоцу обезбеђује разуман изглед на успех.<sup>14</sup>

У материји извршног поступка, од непосредног значаја је и Први додатни протокол уз Европску конвенцију, из 1952., који каталогу гарантованих људских права и слобода додаје и "право на мирно уживање имања (чл. I 1) уз нека друга за ову тему ирелевантна. У нашој процесно-правној теорији значај овог посебног права у вези са применом Конвенције у извршном поступку оправдава се констатацијом да је "сваки извршни наслов, уједно, и имовинско правна позиција њеног титулара која спада у заштитни домен Првог додатног протокола".<sup>15</sup>

## **2. Услови прихватљивости представке пред Судом за људска права**

На основу чл. 35. Конвенције издвајају се негативни и позитивни услови прихватљивости индивидуалне представке пред Судом за људска права.

Негативни су:

А. анонимност, односно да представка није потписна, и

Б. истоветност са другом представком, односно, како одредба предвиђа "у суштини истоветност са представком коју је Суд већ разматрао, или која је већ поднета некој другој међународној инстанци ради испитивања, односно решавања, а не садржи нове релевантне чињенице".

Као позитивни услови одређени су:

А. Као први услов прихваћена је "исцрпљеност" свих "доступних", "делотворних" и средстава која нуде "разуман изглед на успех".

При томе се мисли на унутрашња редовна правна средства, односно тзв. национални правни пут. При томе правна средства јесу сва-

---

<sup>13</sup> Види Случај Кудла против Пољске, (GC), бр. 30210/96, пар. 158, ECHR 2000-XI.

<sup>14</sup> Види Случај Акдивар и остали против Турске, пресуда од 16.09.1996., Reports of Judgments and decisions, 1996-IV, пар. 68, према Перин, Заштита права на суђење у разумном року у РХ с посебним освртом на проблем окончаних предмета, Зборник ПФ Свеучилишта у Ријеци, (1991), в. 28, бр. 2., 1353-1375 (2007).

<sup>15</sup> Јакшић, *op.cit.*, стр. 84.

како првенствено она која су теоријски и практично предвиђена и примењују се у конкретной врсти поступка, али су обухваћена и правна средства у односу на дужину трајања таквог поступка, односно обезбеђују "суђење у разумном року" и компензацију за случај повреде овог права.

Странка мора да савесно води поступак пред националним правосуђем, односно да је заиста и искористила сва допуштена правна средства у оба поменута смисла. Оцену ефикасности правног средства врши Суд за људска права, односно тужена држава у обавези је да на захтев Суда докаже "ефикасност" или делотворност<sup>16</sup> правног средства. Или, како у Одлуци у Случају *EVT Company v. Serbia*, наводећи из других одлука (у Случају *Вернијо* против Француске и *Далија* против Француске) каже Суд, "правни лек мора бити делотворан, односно доступан у теорији и пракси у релевантно време." Ако држава докаже ефикасност и делотворност,<sup>17</sup> на подносиоцу је терет доказивања да је такав лек, односно лекове исцрпао, или да је он (они) из неког конкретног разлога био неодговарајући и неделотворан у посебним околностима предмета, или да су постојале посебне околности које подносиоца ослобађају испуњавања тог услова (Случај *Данкевич* против Украјине). Суд, даље, у истој одлуци ЕТВ против Србије истиче да се мора утврдити да је подносилац представке учинио све "што се могло разумно очекивати како би исцрпео домаће правне лекове".<sup>18</sup>

Суд је, тако, у овој одлуци заузео став да обраћање подносиоца притужбом Надзорном одбору ВСС да би се упозорило на драстично кашњење са извршењем правноснажне судске одлуке (предлог је поднесен 21.06.1996, а представка Суду за људска права поднесена је 21.06.2007, стога што извршење још увек није било спроведено) није

<sup>16</sup> Поповић, Европски суд за људска права, Београд, 2008, стр. 64.

<sup>17</sup> Нису делотворне ни уставне жалбе из уставног закона Хрватске стога што је дискреционо право уставног суда да по њима покрене поступак, а није делотворно ни покретање поступка за оцену уставности закона, види Хорват против Хрватске, бр. 51585/99, ЕНСР 2001-VIII, Случај Црнојевић против Хрватске, бр. 71614/01, 21.10.2004., Варичак против Хрватске, бр. 78008/01, и др.

<sup>18</sup> Одлука Суда за људска права у Стразбуру у Случају ЕТВ против Србије, објављена у Сл. гласнику РС, бр. 63. из 2007. године.

ништа више до "информација поднета вишој инстанци са пуним дискреционим правом да искористи своја овлашћења по свом нахођењу", односно своја овлашћења према судији.<sup>19</sup> Такође, Суд сматра да ни могућност директног обраћања подносиоца Надзорном одбору, као ни чињеница да би на основу тога Одбор покренуо поступак разрешења судије пред Великим персоналним већем, подносиоцу не би омогућило да буде странка у таквом поступку и у најбољем случају био би само обавештен о његовом исходу.<sup>20</sup>

Б. Други позитиван услов прихватљивости представке је рок од шест месеци од дана када је донесена правноснажна одлука, односно, по схватању Суда, рачунање рока врши се од дана доношења правноснажне пресуде по редовном правном леку с обзиром да постоје значајне разлике националних правних система у погледу достављања судских одлука.

В. Трећи позитиван услов јесте "суђење у разумном року". Овај услов суд прихвата као коректив у случају да подносилац није био у прилици да испоштује услов да је исцрпео национални правни пут и поменути рок од шест месеци, стога што национални правни пут сувише дуго траје па ни један од два општа услова допуштености представке није могуће испоштовати, односно нема ни правноснажне одлуке, укупно правосуђе се показује неефикасним.<sup>21</sup>

### **3. Модели обезбеђења "суђења у разумном року" на националном нивоу**

Треба рећи да највећи број државе чланице Савета Европе управо има проблем са суђењем у разумном року. Један број их је донео

---

<sup>19</sup> Такође, у случају Хорват против Хрватске имамо исти став да је обраћање председнику суда или министарству само "хијерархијски позив", односно само обавештење надзорном телу с предлогом да употреби своја овлашћења ако сматра да је то мерено.

<sup>20</sup> При томе се Суд позвао на Случај Хорват против Хрватске, бр. 51585/99, став 47., ЕСЉП 2001-I.

<sup>21</sup> Поповић, *op.cit.*, стр. 65.

и посебне законе о томе (нпр., Италија, Пољска, Словенија, Црна Гора и др.). Начини на које се настоји обезбедити суђење у разумном року су различити. Таква је, тзв. ванредна уставна тужба, нпр. у Хрватској (чл.63/1. Устава Хрватске), која се може изјавити у два случаја, али уз услов да још нису исцрпена друга допуштена правна средства:

– у случају у коме суд није о правима и обавезама странке одлучио у разумном року, и

– у случају када се оспореном судском одлуком грубо вређају уставна права, а потпуно је јасно да би непокретањем уставно судског поступка за странку могле настати тешке и непоправљиве последице.

Такво је и обраћање жалбом надзорном органу са предлогом да се поступак убрза, предлог за утврђење крајњег рока суђења и тужба за правично задовољење, из Закона Словеније. Таква је и уставна жалба из чл. 170. Устава РС, против појединачног акта или радње државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења којима су повређена или ускраћена људска права и слободе зајемчене Уставом, овога пута под условом да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.<sup>22</sup> Пракса Суда, међутим, често указује на неефикасност, па су се и модели мењали, односно прилагођавали.

Стога је, нпр. у Хрватској, већ 2005, убрзо после уставне реформе, односно доношења релевантних закона о уставном суду<sup>23</sup> којима је успостављен уставно правни начин заштите права на суђење у разумном року, а услед огромног прилива предмета по уставној тужби за повреду овог права, који је практично онемогућио рада Уставног суда на другим предметима и пословима из његове надлежности, уведен са-

<sup>22</sup> Али, већ у наведеном случају Хорват против Хрватске, из 1999, Суд је заузео став да ни обраћање уставном суду није делотворно, те да практично и поред те правне могућности нема стварног правног средства које омогућава субјекту да се жали услед предугог трајања поступка. Тек обавезивање на покретање поступка које је извршено уставном реформом из 2002, прихватљиво је за Суд, односно измена чл. 63. Уставног закона о Уставном суду је условила да је у предметима Славичек против Хрватске, бр. 20862/02, ЕНЦР-2002-VII и Ноголица против Хрватске, бр. 77784/01, ЕНЦР-2002-VIII Суд констатовао да је уставна тужба делотворно правно средство у односу на дужину поступка у Хрватској. Види више Перин, *op.cit.*, стр. 1360-1362.

<sup>23</sup> Уставни закон о Уставном суду, Народне новине, бр. 99/99. и Уставни закон о изменама и допунама Уставног закона о уставном суду РХ, Народне новине, бр. 29/02.



свим нови правни пут заштите. Наиме, Закон о судовима из 2005,<sup>24</sup> у Глави III, под насловом "Заштита права на суђење у разумном року", омогућава покретање посебног поступка заштите пред непосредно вишим судом (односно Врховним судом у односу на поступке пред високим специјализираним судовима), а у вези повреде права на суђење у разумном року. Тек уколико надлежни суд нађе да нема основа усвајања захтева за убрзање поступка, односно и за обештећење, може се изјавити уставна тужба. Практично, уставна тужба се може поднети искључиво у односу на рад Врховног суда - на његово другостепено решење којим одлучује о жалби уложеној на решење првостепеног, непосредно вишег суда, или на његово првостепено решење којим одлучује о захтеву поднесеном у вези суђења у разумном року у односу на судове за које је Врховни суд непосредно виши суд или је изричито овлашћен, односно, на неразумно дуго трајање поступка пред самим Врховним судом. Мада о правној природи овог поступка има још дилема у хрватској правној науци ближи смо закључивању да је реч о ванпарничном адхезионом поступку, а не о парници.<sup>25</sup>

У Црној Гори је, новембра 2007, донесен посебан закон о заштити права на суђење у разумном року, који, у одредби чл. 2/1. одређује судску заштиту овог права и за странку и умешача у "грађанском судском поступку"<sup>26</sup>, под претпоставком да се поступци у којима је до повреде дошло "односе на заштиту њихових права у смислу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода". Само право и дужина трајања разумног рока утврђују се у складу са праксом Европског суда за људска права, а мерила из чл. 4. су: сложеност предмета у чињеничном и правном смислу; понашање подносиоца правног средства; понашање суда или другог надлежног органа и интерес подносиоца правног средства. Они су добрим делом упоредиви критеријумима у одређивању разумне дужине трајања поступка које је формулисао Суд за људска права:

---

<sup>24</sup> Закон о судовима, Народне новине, бр. 150/05,

<sup>25</sup> Тако и Перин, *op.cit.*, стр. 1371.

<sup>26</sup> Поред заштите за странку и заинтересовано лице у управном спору и окривљеног и оштећеног у кривичном поступку.

- обим и сложеност случаја;
- однос суда према брзини решавања случаја;
- понашање странака, и
- значај брзине окончања поступка за странке.<sup>27</sup>

Предвиђена су два правна средства: тзв. контролни захтев, односно захтев за убрзање поступка и тужба за правично задовољење. По првом одлучује председник суда (у већим судовима посебан судија), а по допуштеној жалби председник непосредно вишег суда, а решење којим се контролни захтев усваја води решењу којим се одређује рок (не дужи од четири месеца) за предузимање одређених процесних радњи, као и рок у коме га судија мора обавестити о предузетој радњи, може се одредити и приоритетно решавање предмета, а непредузимање мера из решења води могућности одузимања предмета од судије (у складу са посебним законом).<sup>28</sup> И непоступање у складу са одредбама овог закона и у роковима које он одређује води истим санкцијама. правично задовољење своди се на исплату новчане накнаде за штету проузроковану због повреде права на суђење у разумном року и (или) на објављивање пресуде да је право било повређено.

За разлику од првог поступка, по тзв. контролном захтеву, који с обзиром на лексику закона не одговара парничној процедури (иницијална радња је захтев, одлучује председник), овде се изричито ради о парничној процедури (иницијална радња је тужба, одлучује Врховни суд ЦГ у већу троје судија).

У Републици Србији Закон о парничном поступку<sup>29</sup> изричито одређује, дакле као посебно право, право на суђење у разумном року (чл. 10. ст. 1), уз низ гаранција везаних уз ефикасност, целисходност, рокове и др. Такође, Закон о судијама,<sup>30</sup> одредбама чл. 7., о праву на притужбу странке и другог учесника у поступку на рад суда кад сматра-

<sup>27</sup> Ове критеријуме Суд за људска права успоставио је у својој пракси, види *Случај Rafitis*, Пресуда од 26.06.1998, RJD, 1998 -I, бр. 66.

<sup>28</sup> Види чл. 3, 10, 18, 25, 26. Закона о заштити права на суђење у разумном року ЦГ.

<sup>29</sup> Закон о парничном поступку РС, Сл. гласник РС, бр 125/04.

<sup>30</sup> Закон о судијама РС, Сл. гласник РС, бр. 63/01, 42/02, 17/03-одл. УСРС, 25/03-испр. одл. УСРС, 27/03. 29/04, 35/04-одл. УСРС, 44/04, 61/05, 101/05.

ју да се поступак одуговлачи (да је неправилан или да постоји било каква утицај на његов ток и исход), и чл. 52., о поступку по притужби и чл. 40а и 40б, о Надзорном одбору у ВСС и његовој надлежности да, самоиницијативно, или по притужби, контролише судске предмете и начини увид у њих, односно да утврђена несавесност или нестручност може водити покретању поступка за разрешење или предлагању изрицања дисциплинских мера према судији, свакако су начини настојања да се оствари и право на суђење у разумном року, али према одлукама Суда недовољно делотворни.

Посебну пажњу заслужују разматрања на тему уставне жалбе из чл. 170. Устава РС, а нарочито решење из чл.82/2. Закона о Уставном суду<sup>31</sup>, који уводи модалитет уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року, која је и уведена у наш правни систем управо у настојању изналагања ефикасног начина заштите конвенцијског права на суђење у разумном року, а с обзиром на низ, једним делом и овде цитираних одлука Суда за људска права у којима је заузео став о неефикасности његове заштите на националном ниво. Карактеристике и ефикасност овог правног средства заслужују, међутим, посебно разматрање које не може бити смештено у оквире овога рада.

Што се тиче саме извршне процедуре, начело хитности из чл. 5. ЗИП, са одређењем кратких рокова за поступање суда (три дана од подношења за одлучивање по предлогу за извршење, 30 дана код стране извршне исправе, три дана као општи рок који одређује суд за предузимање одређених радњи са наступањем преклузије истеком овог рока и тд.) уз претњу да се поступање извршног суда противно поменутих одредбама о роковима сматра несавесним и нестручним поступањем судије што је разлог разрешењу, требало би да услове ефикасан извршни поступак и реализацију права на суђење у разумном року. Ово без обзира на то да се једним бројем одредби, сасвим у складу са овлашћењем из чл. 5. предвиђају и нешто дужи рокови. Начело ефикасности, које се најнепосредније препознаје у кратким роковима за процесне активности значи, међутим да се извршење мора спровести у најкраћем могу-

---

<sup>31</sup> Закон о уставном суду, Сл. гласник РС, бр. 109/07.

ћем року, што подразумева низ других околности (нпр, техничка опремљеност судова, електронска веза са банкама, опремљеност персонална и техничка судских извршитеља и др.).<sup>32</sup>

#### 4. Неефикасност правних лекова у Републици Србији пре увођења уставне жалбе

Пракса Суда за људска права указује на неефикасност правних лекова кроз низ већ донесених одлука у односу на извршну процедуру. Одлуке садрже низ ставова на које се убудуће мора обратити пажња у циљу елиминисања вођење, а посебно губитка оваквих спорова.

Посебно треба, пре конкретних делова образложења одлука Суда у случајевима везаним уз неефикасност извршења навести један став из Одлуке В.А.М против Србије,<sup>33</sup> у којој се као најделотворније решење сматра правни лек чији је циљ убрзање поступка, тј. да такав правни лек има неспорну предност у односу на правни лек чији је циљ само компензација. Као најбољи систем у заштити права на суђење у разумном року на националном нивоу Суд препоручује комбинацију два типа правних лекова - један ради убрзања поступка, други ради обезбеђивања надокнаде.

*Конкретније, у поменутој Одлуци у случају ЕВТ против Србије, у којој се подносилац позвао на кришење чл. 6. Конвенције и Протокола бр. 1., нпр., чињеница да су прво запослени физички спречили судске извршитеље у попису покретне имовине дужника, а затим да је и полиција у неколико наврата одбила да помогне судским извршитељима у покушајима да заплене ту имовину, па је извршење одлагано уз образложење председника суда да је одбијање полиције да асистира уобичајено у предметима извршења у којима незадовољни радници опструирају извршење, није прихваћена као и оправдавајуће за извршни суд, односно државу Србију чији је то суд. Наиме, Суд за људска права је у одлуци ко-*

<sup>32</sup> Види Шаркић, Николић, Коментар Закона о извршном поступку, Београд, 2008, стр. 65.

<sup>33</sup> Пресуда бр. 39177/05, од 13. марта 2007, став 153.

јом је утврдио повреду чл. 6/1. Конвенције навео да држава има обавезу да организује делотворан систем извршења пресуда, и правно и у пракси, и да обезбеди извршење без закашњења, уз позив на већ постојећу праксу (Фуклев против Украјине, Мужевић против Хрватске). Очигледно је, констатује Суд такође, да је одбијање полиције држава, односно Влада толерисала. Даље, неизвршење се не може приписати недостатку средстава код извршног повериоца, а и нема индиција да је поступак извршења био посебно сложен, што Суд констатује упркос чињеници да се извршни дужник трансформисао у четири посебна предузећа.

Суд је нашао да је држава Србија јасно пропустила да делотворно спроведе поступак извршења и да је тиме угрозила суштину "права на суд". Тиме је подносилац спречен да добије новчана средства која је законито очекивао да добије па је повређено и право на имовину, односно мирно уживање имовине из Првог додатног протокола Конвенције, стога што, по мишљењу Суда из случаја Бурдов против Русије и неких других, "тужбени захтев" може представљати "имовину" ако је подложан извршењу. Односно неизвршење правноснажне судске одлуке без обзира ко су странке, приватна или друга лица директно кореспондира повреди права на имовину као Конвенцијом гарантованог права чију заштиту у оквирима Конвенције обезбеђује и Суд за људска права.

У Случају Томић против Србије, у коме је Пресуда донесена 26. јуна 2007., подносилац представке је навео да је 25. фебруара 2004. суд донео одлуку којом јој је малолетно дете из разведеног брака поверено. Предлог за извршење поднет је 11. марта 2005., после поступка по жалби и ревизији. Већ 18. марта 2005. усвојен је захтев и наложена предаја детета уз претњу одузимања у сарадњи са центром за социјални рад. Дана 11. априла и окружни суд потврђује ову одлуку. Покушаји извршења одлуке о предаји чињени су са прекидима од 25. маја 2005, до 02. фебруара 2007., када је одложено извршење до правноснажности одлуке из посебног парничног поступка који је отац покренуо у вези старатељства. У овом поступку донесена је, затим, одлука којом је оцу поверено малолетно дете, а мајка обавезана на издржавање, дато јој право на ограничено виђање детета и осуђена на плаћање трошкова.

Суд у Стразбуру усвојио је делимично новчани захтев на име претрпљене нематеријалне штете стога што је подносиоцу онемогућено да у дужем временском периоду успостави контакт са дететом и оствари право на негу, чување и васпитање, које је било утврђено правноснажном судском пресудом стога што националне власти нису предузеле потребне мере да обезбеде и олакшају извршење у циљу спајања подносиоца са дететом, што представља повреду и чл. 6/1, и чл. 8. (право на поштовање свог приватног и породичног живота) и чл. 13. (право на делотворан правни лек). Ценећи, према критеријумима које је формулисао у својој пракси околности овог случаја суд је у одлуци констатовао: да његова пракса штити примену правноснажних обавезујућих судских одлука, односно да оне не смеју остати неизвршене на штету једне странке (случај Хорнсби против Грчке, Бурдов против Русије, Јаисуниене против Литваније); даље, да је свака држава дужна да предузме све потребне мере да се изврши правноснажна одлука уз обавезу да осигура делотворно учешће целог свог апарата; да је одлука у овом случају остала неизвршена у периоду од 25. фебруара 2005., односно 18. марта 2005. до 14. априла 2007., када је престала да буде извршена, те да је у овом периоду извршни суд изрицао у више махова новчане казне и покушао са употребом принудних мера у више наврата, али до предаје детета није дошло; да се подносиатељка представке у поступку извршења понашала са нарочитом пажњом, док је противна страна јасно стављала до знања да нема намеру да сарађује са властима или да преда дете, те да се чак није могло од подносиоца очекивати да у извршни суд путује више пута око 230 км да би присуствовао рочиштима за предају детета која се свакако нису могла одржати из разлога који се не односе на понашање подносиоца, нити да путује противно савету лекара; да није уопште било покушаја извршења у неколико периода од по неколико месеци; да је подносилац коначно изгубио право на негу, чување и васпитање детета; да је подносиоцу био онемогућен сваки контакт са дететом током две године, те да је допуштено противнику да искористи правосудни систем док се чињенично стање протеклом времена није довољно изменило што је омогућило и измену одлуке о поверавању.

Како се подносиатељ представке обраћао због закашњења у поступку извршења и председнику Општинског суда и председнику окружног суда и Министарству правде то је учинио све да својим понашањем не угрози поступак и да надлежни органи предузму мере на убрзању, али безуспешно. То да није захтевана накнада нематеријалне штете по Закону о облигационим односима не значи да подносилац није искористио све делотворне правне лекове стога што тужена држава није доказала да би тај поступак био ишта бржи од било које редовне грађанске парнице која може да траје годинама и пређе више нивоа надлежности по правним лековима (случај Мерит против Украјине, Скордино против Италије), а и овакав тужбени захтев не би убрзао извршење. Ни кривичне пријаве које нису поднесене по свим основама, да су биле поднесене не би водиле ништа бржем поступку него у кривичним стварима иначе. Очигледно је да наша држава није имала референтну судску праксу којом би доказала (пошто је доказивање делотворности правног лека и да су теоријски и практично били на располагању у релевантном времену подносиатељу на туженој држави) делотворност ни на терену парничне ни на терену кривичне процедуре (као ни интерних поступака оцене савесности судија).

Сличну аргуменацију Суд користи и у Случају Буловић против Државне заједнице Србија и Црна Гора, односно Србије, у пресуди од 01. априла 2008, где се подносиатељ представке није позвао на повреду неког конкретног права из Конвенције, већ да тужена држава није обезбедила брзо извршење правноснажне пресуде којом је њен бивши супруг обавезан на њено издржавање. Пресуда је постала правноснажна 31. маја 1994. Предлогом је тражено извршење износа који су у међувремену доспели плус настала сума на основу затезне камате и законске камате. На решење о извршењу од 12. септембра 1996. бивши супруг је изјавио жалбу у погледу тачности износа, а општински суд га је упутио на парницу коју је овај и покренуо. Наложено је одлагање извршног поступка до окончања парнице. Извршење је настављено по службеној дужности јер је утврђено да је у тој парници наступио прекид до окончања другог спора. Наставак је поновно тражење одлагања због опет нове покренуте парнице. У међувремену је подносилац лишен пословне способности,

одређен је привремени старатељ који је тражио опет наставак извршног поступка јер је у парници бивши супруг одбијен са захтевом.

У међувремену је прошло дванаест година да би 25. октобра 2006. општински суд у интерном документу констатовао да се цео спис поступка извршења нашао у омоту другог списка због чега жалба није била разматрана скоро две године. Затим је жалба на решење којим је одбијен прекид извршног поступка одбијена 26. октобра 2006. Тек 01. марта 2007. учињен је први покушај пленидбе покретне имовине бившег супруга, али су наишли на закључане просторије. После тога дуг је измирен у целини. Подносиатељ је тражио правично задовољење јер јој држава није обезбедила никакву накнаду за то без обзира на изричито признање председника суда да се предмет изгубио у дужем периоду. Без обзира на статус жртве Суд није досудио правичну накнаду стога што је захтев пред домаћим судом поднесен по протеку рока, односно може се приписати у пропуст подносиоца представке. Ипак, Суд сматра да држава није учинила све да обезбеди делотворност извршне процедуре и тиме је угрожена суштина права на суђење подносиоца и повређен чл. 6/1 Конвенције.

### Резиме

Несумњива је примена чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права, потврђена респектабилним бројем одлука Суда за људска права донесених против низа држава услед непоштовања права на правично суђење, посебно стандарда о праву на суђење у разумном року и у случају његове повреде у односу на извршну судску процедуру. Његово остварење у судским поступцима заштите, па стога и у извршном поступку пред националним судовима, отвара низ проблема.

Национални правни системи европских држава, у настојању да остваре право на суђење у разумном року, као усвојени међународни стандард, усвајају различите моделе. Интерна контрола рада судске власти, преко различитих надзорних тела, али и уставна жалба, не показују се као довољни и ефикасни приступи у налажењу делотворног и доступног правног средства.



Пракса Суда за људска права показује да је најделотворније комбиновање тзв. контролног захтева, односно захтева за убрзање поступка и захтева за правично задовољење. Низ држава донео је посебне прописе којима је искључиви циљ остварење права на суђење у разумном року. То, међутим, није случај и у Републици Србији, где је уставна жалба прихваћена као правно средство којим се постиже заштита права на суђење у разумном року.

Неуспех у споровима пред Судом за људска права у претходном периоду указује на потребу анализе резултата које пракса примене уставне жалбе тек почиње да показује, а онда и евентуалном проналажењу нових, другачијих делотворних, и доступних у теорији и пракси, и тиме и ефикасних модела заштите права на суђење у разумном року. У том смислу неопходно је, анализирајући до сада прихваћене моделе у различитим националним правним системима, бирати убудуће најефикаснији. При том се идеја о потпуно самосталном поступку заштите показује као веома рационалније решење, посебно с обзиром на потребу јасне дистинкције између надлежности редовних судова и уставног суда, без обзира на то да ли ће одредбе о њему бити део постојећих процесних закона, или то подразумева доношење посебног закона.

**Prof. Dušica Palačković, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac

## **THE ENFORCEMENT PROCEDURE AND THE APPLICATION OF ART. 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS**

### **Summary**

*The application of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights is not disputable and has been confirmed by a respectable number of Human Rights Court's decisions brought against a serious of countries as a result of a serious neglect of the right to a fair trial, especially the right to have the trial completed in a reasonable period of time and the violation of the right related to the court enforcement procedure. The protection of the rights in the court proceedings, and in the enforcement procedure before the national courts opens numerous questions.*

*In their attempts to secure timely completion of court cases, national legal systems of European countries have adopted various models of international standards. Internal control of judicial power, establishment of various review bodies, constitutional appeal – these approaches have proven as not efficient and sufficient for the securing of an effective and applicable legal means. The practice of the Human Rights Court has shown that, possibly the most effective means may represent the combination of an “assessment request”, that is a request for a summary (speedy) trial and the request for a fair procedure. A number of countries have passed special laws aimed at securing the right to a timely completion of a trial. However, this is not the case with the Republic of Serbia where the constitutional appeal is accepted as a legal means to secure the protection of the right to have the trial completed in a reasonable period of time.*

*The failure of our court decisions before the Human Rights Court points out to the need for a detailed analysis of the results of the application of the constitutional appeal in practice, and, afterwards, for a possible search for*

*new, different, more efficient and applicable models that are available in the international legal theory and practice, that could effectively protect the individual's right to a fair and timely completion of trial. A comparative analysis of the existing models in various legal systems can help in choosing the one that has proven the most efficient. Also, an idea to have a completely independent protection procedure might be considered as a rational solution, especially when a clear distinction should be made between the jurisdiction of regular courts and the constitutional court, no matter whether the applicable provisions will be the part of the existing procedural laws, or a new procedural law will be adopted.*

**Key words:** *fair hearing, reasonable time, enforcement procedure, peaceful enjoyment of property*



*Др Невена Петрушић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **СТАНДАРДИ ЕУ О ПРУЖАЊУ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У ПРЕКОГРАНИЧНИМ СПОРОВИМА**

### **Апстракт:**

Елиминисање препрека за ефикасно решавање прекограничних спорова у грађанским и трговинским односима, који су део свакодневног живота људи, представља један од примарних услова за развој ЕУ као простора слободе, безбедности и правде. Међу активностима које су, на основу чл. 65. Уговора о Европској заједници и закључака са Европског самита у Тампереу, у том циљу реализоване у оквиру Хашког програма, кључно место заузимају мере за унапређење капацитета ЕУ и држава чланица да у решавању прекограничних спорова грађанима гарантују основна права, минимум процесне заштите и делотворан приступ правди. Предузимањем планираних мера, хармонизовани су поједини сектори цивилне процедуре и ојачана је и поједностављена институционална сарадња држава чланица у области грађанског правосуђа успостављањем мрежа судских и вансудских органа, као што су: Европска правосудна мрежа у грађанским и трговинским стварима, Европска мрежа центара за заштиту потрошача, Мрежа за вансудско решавање прекограничних финансијских спорова и др.

Овај рад посвећен је стандардима ЕУ о пружању правне помоћи у прекограничним грађанским и трговинским споровима, чија је примена од кључне важности за остваривање права на правично суђење, гарантованог чл. 6. Европске конвенције о људским правима и чл. 47. Повеље ЕУ о основним правима. Стандарди су установљени прописивањем минималних заједничких правила о пружању правне помоћи у прекограничним споровима, садржаним у Директиви 2002/8/ЕС од

27. јануара 2003. године. Овим правилима регулисани су домен примене правила о пружању правне помоћи, садржина права на правну помоћ, услови за пружање правне помоћи, расподела надлежности у пружању правне помоћи између државе у којој лице има пребивалиште или боравиште и државе у којој се прекогранични спор решава и, коначно, регулисан је сам поступак за остваривање права на правну помоћ. Стандарди о пружању правне помоћи операционализовани су стандардизовањем процесних инструмената који олакшавају и убрзавају остваривање права на правну помоћ, чија је садржина утврђена одлукама Комисије 2004/844/ЕС и 2005/630/ЕС.

Успостављањем минималних стандарда о пружању правне помоћи у прекограничним споровима створене су правне гаранције да ће у свим државама чланицама ЕУ особама слабог имовног стања бити пружена адекватна и благовремена правна помоћ, која обезбеђује делотворан приступ правди.

**Кључне речи:**

европски правни простор, прекогранични спор, приступ правди, правна помоћ.

## СТАНДАРДИ ЕУ О ПРУЖАЊУ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У ПРЕКОГРАНИЧНИМ СПОРОВИМА\*

### 1. Право на правну помоћ као критеријум правичног суђења у грађанскоправним стварима

Процес стандардизације правозаштитне делатности, отпочео у првој половини 20. века, резултирао је уобличавањем права на правично суђење, посебног људског права базираног на идејама фундаменталне правде, којим се штити правни интегритет појединца и обезбеђује пружање делотворне и експедитивне правне заштите. Право на правично

---

\* Рад је резултат истраживања на пројекту "Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

суђење гарантовано је универзалним документима о људским правима, као и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, којом је највише разрађено и конкретизовано.<sup>1</sup> Због свог значаја, у савременим демократским државама право на правично суђење има ранг основног уставног права.<sup>2</sup>

Право на правично суђење у грађанскоправним стварима састоји се из читавог низа посебних процесних права,<sup>3</sup> међу којима је и право на приступ суду (*access to court, access to justice*). Ово право је неопходна претпоставка за остваривање свих осталих процесних људских права, будући да она могу бити остварена само ако је правним субјектима омогућено да приступе суду и затраже заштиту својих права.<sup>4</sup>

Да би приступ правди био делотворан, правни субјекти морају имати једнаке могућности да заштите и остваре своја права пред судом и другим органима јавне власти. Зато је у савременом праву начело једнакости у приступу правди једно од основних правних начела и стандарда. Делотворност приступа правди зависи од низа фактора, као што су једноставност и транспарентност судских процедура, информисаност јавности о правозаштитним механизмима, прихватљив износ трошкова поступка и др. Ипак, од примарне важности је адекватан

---

<sup>1</sup> Чл. 10. Опште декларације о правима човека, чл. 14 ст. 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

<sup>2</sup> У праву Републике Србије право на правично суђење гарантовано је чл. 32. Устава РС ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006).

<sup>3</sup> О садржини права на правично суђење, детаљно: Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H., *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Deventer: Kluwer, 1998; Leach, F., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press Limited, London, 2001; Janis, W. M., Kay, S. R., Bradley, W. A.: *European Human Rights Law*, Oxford University Press, 2000; Gomien, D., Harris, D. and Zwaak, L., *Law and practice of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1996; Gomien, D., *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg Cedex, 2000; Mole, N., Harby, C., *The right to a fair trial. A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights* Strasbourg: Council of Europe, 2006; Пауновић, М.: *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Правни факултет у Београду, Београд, 1993.

<sup>4</sup> Европски суд за људска права је у многим одлукама овакав став експлицитно изразио. Видети: *Golder v. the United Kingdom*, одлука од 21. јануара 1975, Series A no. 18, pp. 16-18, §§ 34 *in fine* and 35-36, *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], No. 29392/95, §§ 91-93, ECHR 2001-V, *Kreuz v. Poland*, No. 28249/95.

систем правне помоћи, који обезбеђује пружање правне помоћи, бесплатно или по смањеним трошковима, свима којима је таква помоћ потребна, а који нису у стању да је плате.

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода право на правну помоћ изричито је признато само појединцима оптуженим за кривично дело – чл. 6. ст. 3. т. (ц). Међутим, иако Европска конвенција изричито не гарантује право на правну помоћ у домену цивилне правне заштите,<sup>5</sup> Европски суд за људска права стоји на становишту да је право на (бесплатну) правну помоћ један од инструмената за остваривање права на правично суђење и од држава се очекује да странкама обезбеде правну помоћ уколико би без ове помоћи право на приступ суду било неделотворно.<sup>6</sup>

Према Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, дужност пружања правне помоћи постоји када „интерес правде“ то налаже. Критеријуми на основу којих се „интерес правде“ процењује развијени су у дугогодишњој пракси Европског суда за људска права и изражени у многим његовим одлукама. Међу овим критеријумима, кључну улогу имају: правна и чињенична сложеност случаја, тежина запрећене казне, природа супстанцијалног права ради чије се заштите поступак води, као и његов значај за појединца, постулациона неспособност појединца, фактичка неспособност постулативно способног појединца да разуме своју правну позицију, смисао

---

<sup>5</sup> У чл. 6. ст. 3. т. ц. Европске конвенције. Два су основна критеријума према којима Европски суд за људска права утврђује повреду дужности државе да обезбеди пружање правне помоћи: недостатак средстава окривљеног да плати правну помоћ и "интерес правичности", при чему се садржина клаузуле "интерес правичности" попуњава имајући у виду многе околности: дужину или "озбиљност" казне која прети окривљеном, правну и чињеничну комплексност случаја, способност окривљеног да се сам брани, припадништво маргинализоване друштеној групи и др. О томе, детаљно: Лукић, М., *Правна помоћ у кривичним поступцима у Србији - резултати истраживања*, у: *Право на приступ правосудју, имплементација европских стандарда у правни систем Републике Србије*, (ур. Н. Петрушић), Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006, стр. 7-10.

<sup>6</sup> Видети аргументацију Европског суда у предметима: *Airey v. Ireland*, одлука од 9. октобра 1979, Series A No. 32. и *Ashindane v. U.K.* (1985) 7 EHRR 528. (<http://echr.coe.int>, приступ 20. 03. 2009).



поступка и лично предузима процесне радње, при чему се сагледавају све околности које се тичу појединца, као што су узраст, степен писмености, припадност социјално угроженој односно маргинализованој друштвеној групи и др.<sup>7</sup>

Остваривање права на правну помоћ у цивилним стварима било је предмет разматрања многих међународних организација и форума, о чему сведоче бројне студије<sup>8</sup> и препоруке.<sup>9</sup>

У стандардизацији и олакшавању приступа правној помоћи најзначајнију активност испољио је Савет Европе, усвајањем бројних резолуција, међу којима се, као посебно значајне, издвајају: Резолуција (76) 5 о правној помоћи у грађанским, комерцијалним и административним стварима,<sup>10</sup> Резолуција Р (78) 8 о пружању правне помоћи и савета,<sup>11</sup> Препорука Р (81) 7 Комитета министара државама чланицама о мерама које омогућавају приступ суду,<sup>12</sup> Препорука (84) 5 Комитета министара државама чланицама о начелима грађанског поступка за унапређење остваривања правде, Препорука (93) 1 Комитета министара државама чланицама о ефективном приступу праву и правди за веома сиромашне,<sup>13</sup> Резолуција No 1 "Пружање правде у 21. веку"<sup>14</sup> и др.

<sup>7</sup> Artico v. Italy, Steel and Morris v. U.K., Pakelli v. FRG, Goddi v. Italy, Czakalla v. Portugal, Croissant v. Germany, Quaranta v. Switzerland, Boner v. U.K., Granger v. U.K., Airey v. Ireland и др. <http://www.echr.coe.int/echr>. (приступ 20. 03. 2009).

<sup>8</sup> Видети, нпр. студију "Towards justice accessible to all: legal aid machinery and certain local initiatives as seen by families affected by severe poverty" [H(92)2], [www.pili.org](http://www.pili.org) – приступ 15.03.2009.

<sup>9</sup> XXIII Conference of the European Ministers of Justice "Administering Justice in the 21st century," London, 8 and 9 June 2000. (Resolution No. 1). [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/steering\\_committees/cdcj/Documents/2000/CDCJ\(2000\)19E.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/Documents/2000/CDCJ(2000)19E.pdf). (приступ 02.03.2009).

<sup>10</sup> Resolution (76) 5 on legal aid in civil, commercial and administrative matters, усвојена 18. фебруара 1976, (<http://www.coe.int>, приступ 15.03.2009).

<sup>11</sup> Resolution (78) 8 on legal aid and advice, усвојена 2. марта 1978. (<http://www.coe.int>, приступ 15.03.2009).

<sup>12</sup> Recommendation No. R (81) 7 of the Committee of Ministers to member States on measures facilitating access to justice, усвојена 14. маја 1981 (<http://www.coe.int>, приступ 15.03.2009).

<sup>13</sup> Recommendation No. R (93) 1 of the Committee of ministers to member states on effective access to the law and to justice for the very poor, усвојена 8. јануара 1993. (<http://www.legislationline.org>, приступ 15. 03. 2009).

Посебна правила о остваривању права на правну помоћ у иностранству садржана су у *Европском споразуму о прослеђивању молби за правну помоћ* од 27. јануара 1997. године<sup>15</sup> и *Додатном протоколу* уз овај Споразум од 4. децембра 2000. године,<sup>16</sup> који су, такође, резултат рада Савета Европе.

## 2. Европски програми за унапређење доступности правде

Ступањем на снагу Амстердамског уговора 1. маја 1999. године, принцип поштовања људских права и основних слобода, као и принцип слободе, демократије и владавине права, кодификовани су као базични принципи ЕУ.<sup>17</sup> Изградња европског простора слободе, безбедности и правде дефинисана је као посебан циљ ЕУ (чл. 61. и 69), а хармонизација цивилне процедуре као њен експлицитан задатак (чл. 65).<sup>18</sup> Пребацавањем низа области из трећег у први стуб сарадње, међу

---

<sup>14</sup> *Resolution No 1 "Delivering justice in the 21<sup>st</sup> century"*, усвојена на 23. састанку европских министара правде одржаном 8-9. јуна у Лондону.

<sup>15</sup> *European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid*, (ETS No. 092), усвојен у Стразбуру, 27.01.1977. године (<http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/092.htm>, приступ 01. 05. 2009). Наша држава је ратификовала овај споразум (Видети: Закон о потврђивању европског споразума о прослеђивању молби за судску помоћ, "Сл. лист СРЈ - Међународни уговори", бр. 9/2001). Треба приметити да је у тексту закона термин „legal aid“ погрешно преведен као судска помоћ, мада се ради правној помоћи.

<sup>16</sup> *Additional Protocol to the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid*, усвојен у Москви, 04.10.2001. године (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/179.htm>, приступ 01.05.2009).

<sup>17</sup> Амстердамски уговор је усвојен у раздобљу које се у литератури означава као „Нови полет“ ЕУ, настао после раздобља „европске склерозе“ и стагнације. Видети: Кошутић, Б., *Увод у Европско право*, Београд, 2006., стр. 33-34.

<sup>18</sup> Према чл. 65. Уговора, мере на плану правосудне сарадње у грађанскоправним стварима са прекограничним импликацијама обухватају; унапређење и поједностављење система прекограничног достављања судских и вансудских докумената, сарадње у прибављању доказа, признања и извршења одлука у грађанским и комерцијалним стварима, укључујући и одлуке вансудских тела, затим, унапређење компатибилности прописа држава-чланица о сукобу закона и сукобу јурисдикција и елиминисање препрека за добро функционисање цивилних поступака, ако је по-

којима је и област правосудне сарадње у цивилним стварима,<sup>19</sup> отворен је шири простор за убрзану изградњу европског грађанског процесног права.<sup>20</sup>

За унапређење приступа правди у европском правном простору од изузетне важности били су оквирни и специфични програми и акциони планови, које је ЕУ у континуитету усвајала почев од 1998. године.

Операционализација циљева у домену изградње европског простора слободе, безбедности и правде започела је и пре него што је Амстердамски уговор ступио на снагу, усвајањем тзв. Бечког акционог плана (*Акциони план од 3. децембра 1998. о томе како најбоље имплементирати одредбе Амстердамског уговора о креирању простора слободе, безбедности и правде*).<sup>21</sup> Тачком 16. Бечког акционог плана предвиђено је јачање сарадње у области цивилног правосуђа, као најзначајнији корак ка креирању Европског правног простора, који, како је наглашено, треба да пружи реалан бенефит сваком грађанину ЕУ. Изражено је очекивање да ће правни амбијент бити поједностављен, а правна сигурност и једнакост у приступу правди постати главни циљеви сарадње, да ће, упркос разликама међу правним системима држава-

---

ребно и путем унапређења компатибилности правила цивилне процедуре која се примењују у државама чланицама.

<sup>19</sup> У први стуб прешле су и области: царине, заштита финансијских интереса ЕУ, азил, визе, миграција. (Видети раздео С.3).

<sup>20</sup> Детаљно: Freundenthal, M., *The Future of European Civil Procedure*, vol 7.5 *Electronic Journal of Comparative Law*, (December 2003), <http://www.ejcl.org/ejcl/75/art75-6.html> (приступ 01.02.2009).

<sup>21</sup> *Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice* ("Vienna Action Plan"), 3 December 1998, 1999/C 19/01, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/133080\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/133080_en.htm) (приступ 02.02.2009). Акциони план је први пут представљен на Cardiff summit-у одржаном јуна 1998. године. Садржи 51 специфичан циљ, чије је остваривање орочено на две до пет година. У Акционом плану изражен је експлицитан став да је правосудна сарадња у цивилним стварима од фундаменталне важности за изградњу европског правног простора, да су неопходне измене правила о сукобу закона и сукобу јурисдикција, посебно оних која се односе на уговорне и неговорне облигације, развод, брачне имовинске односе, наслеђивање, те да је неопходно развијати медијацију, посебно у брачним конфликтима. Детаљно: McClean, D., *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford University Press Inc, New York, 2002, pp. 21-57.

чланица, бити предузете мере како би се у прекограничним споровима, поред осталог, омогућили приступачни, брзи и правични поступци и делотворне процедуре извршења. Указано је, такође, и на потребу успостављања правосудне мреже у грађанским и трговинским стварима, како би се повећали контакти међу професионалцима.

На Европском самиту одржаном 15. и 16. октобра 1999. године у Тампереу усвојен је „Програм Тампере“ за период 1999–2004. година.<sup>22</sup> Програмом је, у оквиру поглавља „Истински европски правни простор“, поред осталог, било предвиђено, да инкомпатибилност и сложеност правних и административних система држава-чланица не сме спречити и обесхрабрити појединце и привредне субјекте да траже заштиту својих права (тачка 28). Сагласно томе, Комисија је позвана да, у сарадњи са другим надлежним телима, предузме адекватне мере како би олакшала приступ правосудју. На листи предложених мера су јавне кампање, штампање одговарајућих водича о правосудној сарадњи, успостављање сарадње правосудних органа и правних система држава-чланица, установљавање лако приступачног информационог система (тачка 29). Једна од кључних иницијатива Самита у Тампереу огледа се у установљавању минимума стандарда који обезбеђују једнак ниво правне помоћи у прекограничним споровима, као и специјалних заједничких процесних правила за поједностављење и убрзање прекограничних парница о споровима мале вредности из потрошачких и трговинских односа, као и поступака у неспорним стварима. При томе су државе упућене да креирају вансудске процедуре за решавање прекограничних спорова (тачка 30).

---

<sup>22</sup> *Tampere Summit Conclusions*, 15-16 October 1999. [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.html](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.html), (приступ 2.2.2009). Занимљиво је да су представници цивилног друштва упутили низ замерки Тампере процесу, који су оценили нетранспарентним и недемократичним јер цивилно друштво није било укључено, упркос томе што је пар. 7. Закључака из Тампереа предвиђено да се простор слободе, безбедности и правде морају базирати на принципу транспарентности и демократске контроле, што подразумева развијање дијалога са цивилним друштвом (Детаљно: *The story of Tampere an undemocratic process excluding civil society*, <http://www.statewatch.org/news/2008/aug/tampere.pdf>, приступ 01.02.2009).

На основама Закључног извештаја о спровођењу „Програма Тампере“ и консултација са грађанима ЕУ, Европски Савет је 2004. године усвојио нови вишегодишњи програм – „Хашки програм: јачање слободе, безбедности и правде у ЕУ“<sup>23</sup>, којим су дефинисани нови циљеви ЕУ у овој области за период 2005–2010. година. Ради реализације Хашког програма, Европска комисија је 10. маја 2005. године усвојила Акциони план „Хашки програм – десет приоритета за наредних пет година“.<sup>24</sup>

Да би се остварили амбициозни политички циљеви утврђени Хашким програмом, Европска Комисија је преложила три оквирна програма: „Солидарност и управљање миграцијским токовима“, „Сигурност и заштита слобода“ и „Основна права и правосуђе“. Трећи оквирни програм, „Основна права и правосуђе“, треба, поред осталог, да допринесе стварању европског правног простора у којем се остварују људска права и слободе гарантоване Повељом о основним правима и даље развија правосудна сарадња. Један од крајњих циљева овог оквирног програма огледа се у успостављању заједничког законодавства и поступака у домену правосудне сарадње, који олакшавају прекогранично остваривање права и интереса правних субјеката. Очекује се да спровођење ових програма, за које су обезбеђена финансијска средства,<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *The Hague programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*, (2005/C 53/01), Official Journal C 53/1, 3/3/2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF>. (приступ 01.02.2009).

<sup>24</sup> *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 10 May 2005 – The Hague Programme: ten priorities for the next five years. The Partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice* [COM(2005) 184 final – Official Journal C 236 24/9/2005. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/fundamental\\_rights\\_within\\_european\\_union/116002\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_en.htm). Акциони план укључује следеће области: Основна права и држављанство ЕУ, Борба са тероризмом, Опште пространство за избеглице, Управљање миграционим токовима, Интеграција, Унутрашње границе, спољашње границе и визе, Заштита података и безбедности приликом размене информација, Организовани криминал, Грађанско и кривично право, Слобода, безбедност и правда.

<sup>25</sup> Акционим планом предвиђено је да за реализацију постављених циљева у области слободе, безбедности и правде буде утрошено 0,5% укупног буџета ЕУ, а да се до 2013. године овај износ повећа на чак 1,3%. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/fundamental\\_rights\\_within\\_european\\_union/116002\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_en.htm).

буде примерен одговор на изазове с којима се проширена Унија суочава у обезбеђивању права физичких и правних лица.

Саставни део трећег програма „Основна права и правда“ чини специјални програм „Цивилна правда“, установљен 2007. године,<sup>26</sup> са циљем да допринесе елиминисању препрека за ефикасно решавање прекограничних спорова, побољшању свакодневног живота правних субјеката, јачању међусобног поверења, што се постиже унапређењем приступа правди, стварањем услова за боље разумевање националних правних и правосудних система кроз успостављање и унапређење европских мрежа националних органа и институција и др. (тачке 6, 7. и 8).

Упркос тешкоћама у реализацији програма ЕУ у области слободе, безбедности и правде,<sup>27</sup> у протеклих десет година знатно је унапређен капацитет ЕУ и држава-чланица да у решавању прекограничних спорова правним субјектима гарантују основна права, минимум процесне заштите и делотворан приступ правди. Томе су допринели хармонизација појединих сектора цивилне процедуре, посебно у области извршења, остваривања неспорних захтева и захтева мале вредности, вансудског решавања потрошачких<sup>28</sup> и других спорова, примене медијације и др.<sup>29</sup> као и ојачавање и поједностављивање ин-

---

<sup>26</sup> Decision No 1149/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 25 September 2007 establishing for the period 2007-2013 the Specific Programme "Civil Justice" as part of the General Programme "Fundamental Rights and Justice", Official Journal L 257, 03/10/2007 P. 0016–0022, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:257:0016:01:EN:HTML> (приступ 02.03.2009).

<sup>27</sup> Тако у Извештају о испуњавању Хашког програма за 2007. годину ([http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf\\_com2008\\_0373en01.pdf](http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_com2008_0373en01.pdf)) оцењено је да су резултати реализације програма веома незадовољавајући и да је 41% планираних активности одложено.

<sup>28</sup> Галич, А., Вансудско решавање потрошачких спорова – са примјерима из земаља чланица ЕУ, [www.zap-serbia.com](http://www.zap-serbia.com) (приступ 02. 03. 2009); Howells, g., *Access to justice for consumers*, [iaclaw.web.its.manchester.ac.uk/Research.../ecaccesstojustice.pdf](http://iaclaw.web.its.manchester.ac.uk/Research.../ecaccesstojustice.pdf). (приступ 02.03.2009).

<sup>29</sup> Видети нпр. Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, Official Journal of the European Union L 143, 30/4/2004; Commission Regulation (EC) No 1869/2005 of 16 November 2005 replacing the Annexes to Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council creating a European Enforcement Order for uncontested claims, Official Journal, L 300, 17/11/2005; Regulations (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small

ституционалне сарадње држава чланица у области цивилног правосуђа кроз успостављање интернет мрежа и сервиса, као што су: Европска правосудна мрежа у грађанским и трговинским стварима (*European Judicial Network in civil and commercial matters*),<sup>30</sup> Европска мрежа центара за заштиту потрошача (*European Consumer Centres Network: "ECC-Net"*),<sup>31</sup> Мрежа за вансудско решавање прекограничних финансијских спорова (*FIN-NET – the Cross-border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services*),<sup>32</sup> Систем за решавање проблема на унутрашњем тржишту (*SOLVIT network – Internal Market Problem Solving System*),<sup>33</sup> Европски правосудни атлас у грађанској материји (*European judicial atlas in civil matters*)<sup>34</sup> и др.

---

*Claims Procedure*, Official Journal L 199/1 31/7/2007, *Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure*, Official Journal of the European Union, L 399/1, 30/12/2006; *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Official Journal L 136, 24/5/2008.

<sup>30</sup> Видети 2001/470/EC: *Council Decision of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters*, Official Journal of the European Union L 174, 27/6/2001.

<sup>31</sup> *Council Resolution of 25 May 2000 on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes*, Official Journal C 155, 6/06/2000. Ова мрежа је настала спајањем двају мрежа: Мрежа за вансудско решавање потрошачких спорова (*Network for the extra-judicial settlement of consumer disputes - EEJ-Net*) и Euroguichet Network. Мрежу чини 30 националних центара за решавање потрошачких спорова, најмање један у свакој држави-чланици, укључујући и центре у Норвешкој и Исланду.

<sup>32</sup> Ова мрежа је заснована на акту Комисије 98/257/EC: *Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance)* и *Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area*. Текст меморандума доступан на [http://ec.europa.eu/internal\\_market/fin-net/docs/mou/en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/en.pdf). (приступ 02.03.2009).

<sup>33</sup> *Commission Recommendation of 7 December 2001 on principles for using "SOLVIT" - the Internal Market Problem Solving Network*, Official Journal L 331, 15/12/2001. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001H0893:EN:HTML>.

<sup>34</sup> *European judicial atlas in civil matters* ([http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/sc\\_communicationsHTML](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/sc_communicationsHTML)) је својеврсни on-line претраживач, који корисницима пружа могућност да сазнају прописе ЕУ и прописе држава-чланица у областима: судска надлежност, правна помоћ, достављање докумената,

### 3. Европски стандарди прекограничне правне помоћи у цивилним стварима

Повећано кретање људи, робе и услуга на јединственом европском тржишту и све већи број трансакција путем Интернета довели су до повећања прекограничних спорова. У заштити и остваривању својих права пред судовима и органима јавне власти у другим државама-чланицама ЕУ, правни субјекти су суочени са низом препрека и потешкоћа, као што су језичке баријере, високи трошкови поступка, непознавање права, недостатак информација о сервисима за правну помоћ и др.<sup>35</sup> Поред тога, у државама чланицама ЕУ, које имају различите системе правне помоћи, у приличној мери се разликују појам и садржина правне помоћи, круг субјеката којима је признато право на правну помоћ, услови под којима се правна помоћ пружа и др. У таквим околностима, остваривање једнакости у приступу правди, као темељно начело и правна вредност ЕУ, није могућно без успостављање заједничких стандарда у погледу обима и квалитета правне помоћи и предузимање мера како би се олакшао приступ прекограничној правној помоћи и она учинила делотворном на читавој територији ЕУ.

У сагледавању европских стандарда прекограничне правне помоћи у цивилним стварима неопходно је поћи од *Повеље Европске уније о основним правима*,<sup>36</sup> којом је предвиђено је да свакоме треба пружити могућност да буде саветован, брањен и заступан, а да се онима који немају довољно средстава, мора учинити доступном правна помоћ у мери која је неопходна да би им се обезбедио ефективан приступ правди (47. ст. 3). Значај ове одредбе не огледа се само у томе што право

---

европски налог за плаћање, малични захтеви, прикупљање доказа, признање и извршење судских одлука и обештећење жртава преступа.

<sup>35</sup> Према Специјалној студији Еуробарометра, преко половине држављана Еу сматра да је доступност цивилног правосуђа у другим државама чланицама ЕУ веома или прилично отежана, док само 2% њих сматра да се доступност веома лака. (*Civil justice in the European Union, Special Eurobarometer 292, 2008*). [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_292\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_292_en.pdf). (приступ 01.03.2009).

<sup>36</sup> *Charter of fundamental rights of the european union, (2000/C 364/01)*, Official Journal С 364/1, 18/12/2000. Повеља је потписана и свечано проглашена на састанак Европског савета одржаном у Ници, 7. децембра 2000. године.



на правну помоћ експлицитно гарантује као основно људско право, већ и у томе што је њоме утврђено и опште мерило у погледу обима и квалитета ове помоћи.

Минимални стандарди прекограничне правне помоћи у ЕУ утврђени су и конкретизовани Директивом 2002/8/ЕС од 27. фебруара 2003. године о унапређењу приступа правди у прекограничним споровима путем утврђивања минимума заједничких правила која се односе на правну помоћ у таквим споровима.<sup>37 38</sup>

Полазећи од експлицитно израженог става да недостатак средстава, нити тешкоће које су повезане са прекограничном природом спора, не смеју бити препрека за делотворан приступ правосуђу, у Директиви 2002/8/ЕС наводи се да је њен циљ да омогући пружање правне помоћи у прекограничним споровима лицима која немају довољно средстава, и то онда кад је правна помоћ неопходна за делотворан приступ правди (тачка 5). Директивом се, истовремено, гарантује одговарајући ниво правне помоћи у прекограничним споровима из грађанских и трговинских односа, установљавањем минималних општих стандарда који се тичу правне помоћи у овој врсти правних ствари (тачка 8). Општи и основни критеријум на основу којег се оцењује да ли се пружена правна помоћ има сматрати „одговарајућом“ јесте да ова помоћ мора бити таквог обима и квалитета да појединцу омогућава делотворан приступ правди.

---

<sup>37</sup> Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, Official Journal L 26, 31/1/2003. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj\\_l26\\_20030131\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj_l26_20030131_en.pdf). На основу Corrigendum to Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes (Official Journal of the European Communities L 26 of 31 January 2003), ова Директива носи нови број Council Directive 2003/8/EC. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj\\_l032\\_20030207\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj_l032_20030207_en.pdf). (у даљем тексту: Директива 2003/8/ЕС)

<sup>38</sup> Припрема Директиве 2003/8/ЕС имала је уобичејени ток. 2000. године припремљена је Зелена књига „Правна помоћ у грађанској материји: проблеми са којима се суочава прекогранични парничар“, као материјал за консултације и дебату, у којој су понуђена и бројна решења. (Видети: *Commission Green Paper of 9 February 2000: Legal aid in civil matters: The problems confronting the cross-border litigant* [COM(2000) 51final, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/l33122\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33122_en.htm)).

### 3.1. Ко има право на прекограничну правну помоћ

У складу са принципом забране дискриминације, изричито прокламованом у чл. 4. Директиве 2003/8/ЕС, право на прекограничну правну помоћ признато је сваком физичком лицу које је држављанин ЕУ, али и сваком држављану било које треће државе, под условом да законито борави у некој од држава чланица ЕУ.

### 3.2. У којим правним стварима се пружа прекогранична правна помоћ

Према Директиви 2003/8/ЕС, право на прекограничну правну помоћ ограничено је тиме што оно припада физичким лицима само ако је њихов спор грађанскоправне или трговинске природе. При томе је ирелевантно пред којим ће се судом спор решавати, односно пред којим се судом он решава, и да ли ће се појединац који тражи правну помоћ пред судом јавити, односно да ли се јавља у улози тужиоца или туженог. Пошто је природа спора основни критеријум, неважно је да ли се спор решава пред судом или у неком од поступака за вансудско решавање спорова, тако да се правна помоћ може остварити и у току поступка медијације и других вансудских метода за решавање спорова (чл. 10).

Пружање прекограничне правне помоћи, према чл. 1. т. 2. Директиве 2002/8/ЕС, изричито је искључено у пореским, царинским или административним правним стварима.<sup>39</sup>

### 3.3. Када спор има обележје прекограничног спора

Директивом 2003/8/ЕС, за потребе њене примене, прекогранични спор је дефинисан као спор у коме страна која тражи праву помоћ има пребивалиште или боравиште у држави-чланици различити-

---

<sup>39</sup> У литератури се наводи да су се државе-чланице определиле за ужи концепт пружања правне помоћи. (Чавошки, А., Кнежевић Бојовић, А., *Правна помоћ у Европској унији*, у: Гајин, С., Водинелић, В., Косановић, С., Чавошки, А., Кнежевић Бојовић, А., Сепи, Р., Релјановић, М., *Правна помоћ*, (С. Гајин, ур.), Београд, 2007., стр. 55.

тој у односу на државу чланицу пред чијим се судом спор решава или у којој ће судска пресуда бити извршена (чл. 2. т. 1). У погледу услова под којима се држава-чланица има сматрати државом у којој лице има пребивалиште, важе правила садржана у Уредби Савета (ЕЦ) No 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима.<sup>40</sup>

Прекогранична обележја спора утврђују се према околностима које постоје у тренутку подношења молбе за пружање правне помоћи, што је изричито предвиђено чл. 2. ст. 3.

### 3.4. Садржина и обим прекограничне правне помоћи

Према чл. 3. ст. 1. Директиве 2003/8/ЕЦ, појединац као страна прекограничног спора, има право на „одговарајућу правну помоћ“, која се таквом може сматрати само ако гарантује делотворан приступ правосуђу, у складу са условима утврђеним Директивом 2002/8/ЕЦ.

Правни стандард „одговарајућа правна помоћ“, коју су државне чланице дужне да обезбеде, конкретизован је тиме што је предвиђено да правна помоћ треба да обухвати: 1) пружање савета пре покретања судског поступка у циљу споразумног решавања спора, 2) пружање правне помоћи у циљу покретања судског поступка, 3) заступање пред судом, 4) потпуно или делимично ослобођење од плаћања трошкова поступка, 5) усмено превођење, 6) писмено превођење докумената које тражи суд или које по сопственој иницијативи прилаже лице, а неопходни су за решење спора, 7) путне трошкове лица која учествују у поступку, ако је њихово физичко присуство неопходно, 8) таксе за лица која по овлашћењу суда предузимају радње у судском поступку, и 9) пружање правне помоћи у поступку по жалби (чл. 3. ст. 2. и чл. 7).

У оним државама-чланицама у којима у погледу плаћања трошкова поступка важи правило да трошкове плаћа странка која изгуби парницу, правна помоћ, сагласно Директиви 2003/8/ЕЦ, обухвата и

---

<sup>40</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 12, 16/1/2001; Одлука је измењена Commission Regulation (EC) No 1496/2002 (Official Journal L 225, 22/8/2002).

покривање трошкова које је имала супротна странка, ако је прималац правне помоћи има пребивалиште или боравиште у држави-чланици у којој суд заседа (чл. 3. ст. 2).

Државе-чланице нису дужне да обезбеде правну помоћ у покретању поступка и заступање пред судом у оним поступцима у којима је странкама пружена могућност да лично воде парницу, тј. у којима су постулативно способне, изузев ако суд или други надлежни орган одлучи да странка буде заступана због сложености предмета како би се обезбедила равноправност странака у поступку (чл. 3. ст. 3).

Директивом 2003/8/ЕС државама-чланицама остављена је могућност да својим прописима овласте суд пред којим се води поступак да донесе одлуку којом налаже странци да делимично учествује у плаћању трошкова поступка, ако њена финансијска ситуација то омогућава (чл. 3. ст. 4). Поред тога, да би се превенирале могуће злоупотребе, Директивом 2003/8/ЕС отворена је могућност да се примаоцу правне помоћи накнадно наложи плаћање трошкова поступка, у целини или делимично, ако је у међувремену његова финансијска ситуација побољшана или ако је приликом подношења молбе за правну помоћ дао нетачне податке о свом имовном стању (чл. 3. ст. 5).

Једном одобрена права помоћ пружа се и по окончању парнице, и обухвата трошкове извршења у држави чланици у којој суд заседа. Прималац правне помоћи који је правну помоћ примио у држави-чланици у којој суд заседа наставља да прима правну помоћ и у фази извршења, према закону државе у којој тражи признање или извршење судске одлуке. Уколико је изјављена жалба од стране или против примаоца правне помоћи, пружање правне помоћи се наставља, уколико су испуњени услови предвиђени Директивом 2003/8/ЕС (чл. 9).

Државама-чланицама остављена је могућност да предвиде преиспитивање испуњености услова за пружање правне помоћи, и то у свакој фази поступка (чл. 9. т. 4).

### **3.5. Услови за пружање правне помоћи**

Према чл. 5. Директиве 2003/8/ЕС, државе-чланице су дужне да пруже бесплатну прекограничну правну помоћ појединцу која потпуно

или делимично нису у стању да плате трошкове за све оне радње које чине садржину правне помоћи, а чије је предузимање неопходно како би се обезбедио делотворни приступ правди.

У погледу утврђивања имовног стања појединца који тражи правну помоћ, Директива 2003/8/ЕС садржи неколико обавезујућих и инструктивних правила. Пре свега, њоме је утврђено да имовно стање тражиоца правне помоћи процењује надлежни орган државе-чланице у којој се налази седиште суда, и да то чини узимајући у обзир различите објективне чиниоце, као што су приход и капитал којим тражилац располаже, његово породично стање, имовино стање лица која финансијски зависе од тражиоца и сл. (чл. 5. ст. 2).

Државама-чланицама омогућено је да утврде „прагове“ у погледу имовине, изнад којих ће појединци који траже правну помоћ бити сматрани способним да сnose трошкове вођења поступка. Међутим, с обзиром да су трошкови живота у државама-чланицама различити, остављена је могућност да појединац чија имовина прелази утврђени праг докаже да није у могућности да плати трошкове вођења поступка (чл. 5. ст. 4).

Директивом 2003/8/ЕС предвиђена је могућност ускраћивања правне помоћи ако појединац који тражи правну помоћ има приступ другим механизмима који покривају трошкове вођења судског поступка (чл. 5. ст. 5.).

У циљу спречавања обесног парничања, Директивом је предвиђено да орган који одлучује о молби за пружање правне помоћи може одбацити молбу ако се правна помоћ тражи у погледу тужбе која је очигледно неоснована (чл. 6. ст. 1). Такође, ако се правна помоћ пружа пре покретања судског поступка, њено даље пружање може бити обустављено ако се оцени да је неоснован тужбени захтев који тражилац намерава да истакне.

Органима држава-чланица који одлучују о молбама за правну помоћ упућен је захтев да приликом одлучивања имају у виду важност предмета са подносиоца молбе, да узму у обзир карактер предмета, природу права које се штити и сл. (чл. 6. ст. 3).

### **3.6. Расподела трошкова прекограничне правне помоћи међу државама**

Директивом 2003/8/ЕС извршена је веома прецизна и јасна расподела трошкова прекограничне правне помоћи између државе-чланице у којој суд поступа и државе-чланице на чијој територији појединац коме се правна помоћ пружа има пребивалиште или боравиште. Садржина правила о расподели ових трошкова показује да је основни критеријум расподеле било, заправо, место у којем се, по природи ствари, радње предузимају.

Према чл. 7. Директиве 2003/8/ЕС, трошкови правне помоћи које сноси држава у којој суд заседа обухватају: усмено превођење, писмени превод докумената и путне трошкове лица чије је физичко присуство у судском поступку неопходно, по закону или по одлуци суда, зато што имају дужност да учествују у поступку, а суд је оценио да не постоји могућност да буду саслушани на други начин (чл. 7).

Држава чланица у којој појединац има место пребивалишта или боравишта дужна је да покрије трошкове правних савета, које појединцу пружају адвокати или друга законом овлашћена лица, и то све до тренутка подношења молбе за пружање прекограничне правне помоћи у држави-чланици у којој суд заседа. Поред тога, ова држава-чланица покрива и трошкове превођења молбе за правну помоћ и осталих неопходних докумената који се прилажу, ако се молба подноси органу те државе-чланице (чл. 8). С обзиром да о молби за пружање правне помоћи одлучује орган државе-чланице у којој суд заседа, о захтеву за пружање правне помоћи пре покретања поступка одлучује орган државе-чланице у којој појединац има пребивалиште или боравиште, у складу са националним прописима ове државе.<sup>41</sup>

### **3.7. Поступак за одобравање прекограничне правне помоћи**

Поступак за одобравање прекограничне правне помоћи детаљно је регулисан одредбама садржаним у чл. 12-16. Директиве 2003/8/ЕС.

---

<sup>41</sup> Тако и: Чавошки, А., *op. cit.*, стр. 59.

О молби за одобравање правне помоћи одлучује надлежни орган државе чланице у којој заседа суд надлежан да одлучује о предмету (чл. 12).

У циљу олакшавања приступа прекограничној правној помоћи, предвиђена је могућност подношења молбе и надлежном органу државе-чланице на чијој територији подносилац молбе има пребивалиште или боравиште (*organ отпреме – transmitting authority*) и надлежном органу државе-чланице у којој заседа суд надлежан да одлучује о предмету, односно надлежном органу државе чланице у којој се извршава судска одлука (*organ пријема – receiving authority*) – чл. 13. ст. 1.

Уколико је молба упућена органу отпреме, овај орган ће одбити да је проследи органу пријема ако је очигледно да је неоснована или да прелази границе утврђене Директивом 2003/8/ЕС.

Пошто прими молбу, надлежни орган отпреме стара се да молба буде састављена на одговарајућем језику,<sup>42</sup> да уз молбу буду приложени сви потребни документи и обезбеђује њихово превођење. Молба се, заједно са прилозима, прослеђује надлежном органу пријема, у року од 15 дана од дана пријема.

У циљу олакшавања приступа прекограничној правној помоћи, Директивом 2003/8/ЕС предвиђено је да су документи који се прилажу ослобођени легализације и било каквих формалности еквиваленције (чл. 13. ст. 5), а државама-чланицама остављена је могућност да не наплаћују таксе за услуге које њихови органи пружају, с тим што могу предвидети да подносилац молбе који на територији државе-чланице има пребивалиште или боравиште плати трошкове превода које је орган отпреме имао ако молба за пружање правне помоћи буде одбијена (чл. 13. ст. 6).

Национални органи пријема дужни су да пруже гаранције да су подносиоци молби за пружање правне помоћи у пуној мери информисани о начину одлучивања о молбама. Одлука којом се молба за правну помоћ у потпуности или делимично одбија мора бити образложена (чл. 15. ст. 1. и 2).

---

<sup>42</sup> Молба се саставља на службеном језику или једном од службених језика државе-чланице у којој је надлежни орган пријема, који одговара једном од језика институција Заједнице или на другом језику који је та држава-чланица одредила (чл. 13. ст. 2).

Државе-чланице су дужне да уреде поступак по жалби на одлуку којом је молба за пружање правне помоћи одбијена. Уколико су жалбе на решење административне природе, оне су увек искључиво предмет судске контроле (чл. 15. ст. 4).

Свака држава-чланица дужна је да одреди један или више националних органа који су надлежни да примају и отпремају молбе за пружање правне помоћи и да о тим органима и њиховој надлежности обавести Комисију. Поред тога, свака држава-чланица дужна је да Комисију обавести о начину остваривања комуникације приликом пријема молби, као и о језицима на којима се молбе могу саставити (чл. 14. ст. 2).

Поступак одлучивања о молбама за пружање прекограничне правне помоћи олакшан је увођењем стандардизованих образаца: стандардизовани образац молбе за пружање правне помоћи и стандардизовани образац за њихово отпремање. Ови обрасци су уведени двома одлукама Комисије: *Одлука Комисије 2004/844/ЕС од 9. новембра 2004. године о увођењу обрасца молбе за правну помоћ у оквиру Директиве 2003/8/ЕС*<sup>43</sup> и *Одлука Комисије од 26. августа 2005. године у увођењу обрасца за отпремање молби за правну помоћ у оквиру Директиве 2003/8/ЕС*.<sup>44</sup>

Директивом 2002/8/ЕС утврђен је минимум заједничких правила која се односе на правну помоћ у прекограничним споровима. Државе-чланице ЕУ овлашћене су да предвиде повољније услове за пружање прекограничне правне помоћи, што је чл. 19. изричито предвиђено.

У односима међу државама-чланицама и у погледу питања на која се односи, Директива 2002/8/ЕС има првенство у односу на норме садржане у двостраним и вишестраним споразумима које су државе-

---

<sup>43</sup> *Commission decision of 9 November 2004 establishing a form for legal aid applications under Council Directive 2003/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes (notified under document number C(2004) 4285) (2004/844/EC)*, Official Journal of the European Union L 365, 10/12/2004. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:365:0027:0034:EN:PDF>.

<sup>44</sup> *Commission decision of 26 August 2005 establishing a form for the transmission of legal aid applications under Council Directive 2003/8/EC (2005/630/EC)*, Official Journal of the European Union L 225, 31/8/2005. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj\\_1225\\_20050831\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj_1225_20050831_en.pdf).



чланице закључиле, укључујући Европски споразум о прослеђивању молби за правну помоћ и његов Допунски протокол, као и Хашку конвенцију од 25. октобра 1980. године о међународном приступу правди.

#### 4. Уместо закључка

Да би Директива 2002/8/ЕС била имплементирана, државне чланице су дужне да њене одредбе транспонују у своја национална законодавства и испуне обавезе које Директива поставља. Све државне чланице, изузев Бугарске, Румуније и Грчке, испуниле су своје обавезе и доставиле Комисији све неопходне информације у предвиђеном року, који је истекао је 30. новембра 2004. године. Захваљујући ажурности држава-чланица, већ 2003. године припремљен је Приручник који садржи све неопходне податке о надлежним националним органима, њиховој надлежности и начину поступања,<sup>45</sup> који је знатно олакшао приступ правној помоћи.

Директивом 2002/8/ЕС успостављени су основи новог и јединственог система прекограничне правне помоћи у ЕУ,<sup>46</sup> који, без сумње, представља позитиван корак на плану унапређења и уједначавања степена делотворности у приступу правди на тлу ЕУ и даљег развоја јединственог европског правног простора. Да ли је и у којој мери он

---

<sup>45</sup> Видети: *Manual – complete version*, који има 1.456 страна и садржи све релеватне информације о пружању прекограничне правне помоћи. Manual је доступан на порталу *European judicial atlas in civil matters*, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/pdf/manual\\_la.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/manual_la.pdf).

<sup>46</sup> Преглед упоредних законодавстава показује да међу националним системима бесплатне правне помоћи постоје знатне и суштинске разлике. Ниједан од успостављених система не може се сматрати супериорним у односу на друге јер не постоји један „прави одговор“ у погледу начина на који ће бити организовано пружање бесплатне правне помоћи. О различитим моделима пружања бесплатне правне помоћи, детаљно: *Strategic Review on the Delivery of Legal Aid, Advice and Information*, Report to Ministers and the Scottish Legal Aid Board, Scottish Executive, Edinburgh, 2004, стр. 17-24. Књига је доступна на сајту Владе Шкотске, [www.scotland.gov.uk](http://www.scotland.gov.uk). О различитим приступима у успостављању система бесплатне правне помоћи, видети: Петрушић, Н., *Систем бесплатне правне помоћи - Јужноафрички модел*, Правни живот, Тематски број „Право и међународне интеграције“, Том IV, 13/2008, стр. 504-506.

операционализован и какве резултате даје, још увек се не може са сигурношћу знати јер још увек нису вршена свеобухватна истраживања. У сваком случају, Директива 2002/8/ЕС представља поуздан путоказ за све оне државе, чланице ЕУ и оне које претендују да то постану, којима предстоји реформа неефикасних, ригидних и застарелих система правне помоћи.

**Prof. Nevena Petrušić, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

## THE EU STANDARDS ON LEGAL AID IN CROSS - BORDER DISPUTES

### **Summary**

*Cross-border disputes in civil and commercial matters are quite common in everyday life. Eliminating obstacles for an efficient resolution of these cross-border disputes is one of the primary conditions for the development of the EU as an area of freedom, security and justice. Pursuant to Article 65 of the Treaty establishing the European Community and the conclusions of the Tamere European Summit, the principal activities which have been realized within the Hague programme to accomplish this objective are the measures for improving the capacities of the EU and Member States to guarantee their citizens the basic rights in resolving the citizens' cross-border disputes, the minimum procedural protection and the effective access to justice. By adopting these measures, the EU has harmonized certain sectors of civil procedure, strengthened and simplified the institutional cooperation of the Member States in the field of civil justice, and established networks of judicial and extra-judicial bodies (such as: the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters, the European Consumer Centres' Network, the European Extrajudicial Network for the resolution of cross-border financial disputes, etc).*

*This paper deals with the EU standards on legal aid in cross-border disputes in civil and commercial matters. The implementation of these standards is largely significant for the exercise of the right to a fair trial, guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights and reaffirmed by Article 47 of the EU Charter of the Fundamental Rights. The standards are laid down in the Directive 2002/8/EC of 27<sup>th</sup> January 2003, which established certain minimum common rules on providing legal aid in cross-border disputes. These standards regulate the scope of application of the legal aid rules, the contents of the right to legal aid, the application criteria and eligibility for legal aid, the cooperation and distribution of responsibilities in providing legal aid between the applicant's state of residence or domicile and the state where the cross-border dispute is being resolved, as well as the procedure for*

*exercising the right to legal aid. The legal aid standards have been put into effect by standardizing the procedural instruments which facilitate and accelerate the exercise of the right to legal aid. The contents of these instruments are determined in the Commission decisions 202004/844/EC and 2005/630/EC.*

*By establishing the minimum standards on legal aid in cross-border disputes, the EU has created legal safeguards that all EU Members States shall guarantee that all persons lacking sufficient resources necessary to secure an efficient legal assistance will be provided adequate and timely legal aid, which reinforces and ensures an effective access to justice.*

**Key words:** *European legal area, cross-border dispute, access to justice, legal assistance*

*Др Мила Јовановић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **НЕКА ПИТАЊА ПРАВНОГ И ФАКТИЧКОГ ПОЛОЖАЈА ЖЕНЕ У РИМСКОМ И МОДЕРНОМ ДРУШТВУ**

### **Апстракт:**

*Предмет овога рада је осврт на нека питања правног и фактичког положаја жене у европској прошлости, даљој и ближој, и само делимично у данашње доба, прожето унеколико рефлексима прошлости и истовремено оптерећено новим проблемима, преваходно у Србији, а донекле и у неким земљама Европске уније. Та питања су, по мишљењу аутора, значајна и у склопу ширег концепта усаглашавања права Србије са правом Европске уније. Конкретни циљ рада је двоструки: уочавање, уз општепознате, још неких узрока вишевековне обесправљености жене на тлу Европе (као што су: искривљавање и злоупотреба хришћанске вере, погрешна схватања о жени на почетку историје друштва, посебно античког римског, као и погрешна схватања националних обичаја на штету жене); и уочавање, уз прокламовану и великим делом остварену родну равноправност, одређених проблема на том пољу у Србији, а унеколико и у земљама Европске уније, уз изношење неких идеја које би могле имати значаја у трасирању путева за њихово превазилажење, при чему се као централно истиче питање приближавања Европској унији.*

### **Кључне речи:**

*правни и фактички положај жене; европска прошлост; антички Рим; злоупотреба хришћанства; данашња Србија; приближавање Европској унији.*

Додатна инспирација за овај рад произашла је из сасвим случајно прочитане књиге о животу у неким земљама источне Африке, у другој половини XX века, Сомалији, Кенији и Етиопији, уопште и у погледу положаја жене на тим врло сиромашним просторима, растрзаним сталним сукобима, социјалним, верским и племенским, чије циљеве је тешко дефинисати; на просторима који представљају конгломерат различитих обичаја, моралних схватања и верских убеђења (чак и неких расних разилажења), на којима се преплићу стари номадски начин опстајања и неки елементи савременог начина живљења, и на којима, уз огромну економску беду, доминирају политичка неорганизованост, стална несигурност и скоро потпуна правна неуређеност. Жена је на тим просторима посебно угрожена, како сведочи Ајан Хирски Али, снажна, храбра и интелектуално супериорна припадница једног од црначких племена, која је успела да се уздигне из врло хаотичне средине Африке чак до парламента Холандије; и која у потресном аутобиографском делу сведочи о мукотрпном животу и страдањима жена, обавезних на потчињавање мушкарцима, према мешавини старих обичаја, старих паганских веровања и некакве варијанте ислама.<sup>1</sup> Поједини превише уопштени закључци ауторице, међутим, унеколико су у нескладу са подацима које износи, када апелује на цивилизовану Европу да не затвара очи пред потчињеним положајем жене у неким досељеничким етничким групацијама муслиманске вере, и уопште пред положајем жене према крутом тумачењу извора ислама. Наиме, износећи да највећу трауму из раног детињства, поготово за њену сестру (што је касније изазвало њене менталне поремећаје), представља обрезивање, Ајан каже: "Мрцварење женских гениталија старије је од ислама. Не раде то сви муслимани; чак постоји и мали број људи који нису муслимани а раде то. У Сомалији, где је скоро свака жена зашивена, ова пракса се правда религиозним разлозима. Необрезане девојке ће запосести ђаво..."<sup>2</sup> Реч је, дакле, о старим паганским суровим обичајима који немају изворне везе са исламом, те се страдања девојчица од ове праксе ни не

---

<sup>1</sup> Хирси Али, Ајан: Неверница, превод, Београд, 2007.

<sup>2</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 39.

може приписивати муслиманској вери. Уосталом, мајка ауторице, која је у Саудијској Арабији успела да се разведе од првог мужа, била је против ове праксе, а обрезивање је, ван њеног знања, организовала неписмена бака, као поштовалац старих обичаја, које је често на специфичан начин тумачила.. Ајан заправо приговара неукидању тог старог обичаја: "Имами никада нису устали против ове праксе".<sup>3</sup> А то заправо значи да је прихваћени ислам на појединим теренима, уз задржавање старе праксе, у крајњој линији модификован, дакле измењен у односу на изворне принципе, а понегде изгледа и злоупотребљаван.

Унеколико би оваква појава могла да подстакне сећања Европљана на неке епохе властите историје, обележене злоупотребом хришћанске вере и искривљавањем њених изворних принципа, што је прескупо коштало не само хиљаде жена већ и бројне мушкарце, и то и ван оног најцрњег – спаљивања на ломачи. Борећи се за реформу ислама, онаквог какав она познаје, Ајан тежи обједињавању полова а не њиховом разједињавању. Иако је и сама била жртва неравноправности и тлачења жене, није отишла у екстремни феминизам нити запала у мизандрију, мржњу према мушком роду. Уосталом, због филмске промоције њених идеја смртно је страдао, како каже, од руке муслиманског екстремисте из Марока, угледни интелектуалац и њен пријатељ, Холанђанин; а пуно подршке јој је пружио, заједно са бројним женама, и један угледни професор универзитета, Иранац. Као да су се унеколико и у овом случају поновила нека догађања везана за историју жене - да су као борци за њену еманципацију више били експонирани мушкарци. То је за раније епохе, обележене необразованошћу и потпуним потискивањем жене, било сасвим разумљиво, као што је разумљивао и за неке савремене земље Африке, али не и за данашње доба Европе, које женама даје пуно слободе у сваком погледу, па и на пољу тако значајних питања каква су она везана за односе између полова. Ајан управо ту слободу користи да би устала у одбрану жена из своје домовине, потврђујући и потенцирајући чињеницу да изразито потчињени положај жене карактерише друштва која генерално споро напредују.

---

<sup>3</sup> Исто.

Иако је значај питања правног и фактичког положаја жене општепознат, ваља га ипак нагласити; и то не само генерално са аспекта реализације давно прокламоване правне равноправности за све поданике друштва и одскора посебно прокламоване родне равноправности (која подразумева практично половину популације). Ваља га нагласити и са аспекта карактера породице (још увек основне ћелије друштва, и поред низа разарајућих утицаја), која укључује оба пола, свеједно о којој друштвеној класи је реч и о каквој етничкој или верској припадности. Јер положај жене у великој мери утиче на карактер породице као основе формирања одређеног склопа личности деце. Познато је, са друге стране, да скоро читаву историју цивилизације одликује више или мање изражена обесправљеност жене и њена подређеност мушкарцу (економска, правна, па и духовна), као и антифеминизам и антагонистички однос између полова.<sup>4</sup> Такве одлике, на жалост, изгледа да карактеришу и нека друштва данашњице, ван Европе, пружајући рефлексе и на своје припаднике у земљама Европске уније.<sup>5</sup> Кретање цивилизације на тлу Европе, иако генерално уз прогрес на пољу људских права, није било свагда и свуда праћено адекватним напретком у погледу статуса жене, поготово током Средњег века; а чак и у периоду с краја XIX и почетка XX века, који карактеришу бурне промене на пољу борбе за људска права, у погледу статуса жене евидентно је заостајање. Основано у том смислу истиче Бебел, укратко пратећи историју жене до овог периода: "Једна често навођена изрека гласи: 'Најбоље мерило за културу неког народа јесте положај жене'. Ми узимамо то као тачно, и видеће се да наша толико хваљена култура није измакла далеко".<sup>6</sup>

До данашњих дана, што је такође познато, европска култура јесте "измакла далеко". Односно познат је изузетно велики прогрес у погледу родне равноправности на тлу Европе. Изузетно велики тим више што је историја жене у Западној Европи под инквизицијом била крвава

---

<sup>4</sup> Више о томе у Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, превод, Београд, 1976. Такође в. Бебел, А.- Жена и социјализам, превод, Београд, 1956; Де Бовоар, С.- Други пол, I, превод, Београд, 1982, итд.

<sup>5</sup> О томе в. Хирси Али, А.- Неверница, превод, Београд, 2007.

<sup>6</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, превод, Београд, 1956, стр. 107-108.



у буквалном смислу, о чему бројне податке и Бебел износи. И лаицима је познато колико је било прогона тзв. вештица и спаљивања на ломачи чак и девојчица од девет година, уз урлике подивљале гомиле.<sup>7</sup> До Бебеловог времена остала су само сећања о тим застрашујућим зверствима над женским родом, али је до родне равноправности још увек било потребно доста времена. Но, чак и данас, када је достигнута, бар генерално у формалноправном смислу, неки аспекти родне равноправности актуелни су и даље; односно, тачније речено, рефлекси прошлих времена још увек су делимично присутни, те су и одређени проблеми у погледу потпуне реализације родне равноправности присутни и данас, како у Србији и екс-Југославији, тако и у читавој Европи, па унеколико и у земљама Европске уније. Уз то, трагови антифеминизма, уз реакцију кроз неке видове екстремног феминизма, и даље унеколико обележавају односе између полова, одржавајући тако и неке елементе вековног антагонизма, произашлог из вековне обесправљености жене и подређености мушкарцу, не само економске и правне већ и духовне.

Те појаве су углавном релативно површно познате, а свакако заслужују озбиљнији научни приступ. Међутим, познато је такође у коликој мери је сложена проблематика везана за положај жене, како кроз праћење историје на тлу Европе тако и данас, посебно уз чињеницу да су још увек раширена нека погрешна мишљења о прошлости у том смислу, рецимо у погледу статуса жене у античком Риму.<sup>8</sup> Отуда би иоле комплетнија анализа захтевала врло обимну студију правноисторијског и социолошког карактера, каква, колико је познато, још увек није сачињена. Овај рад скромног обима, међутим, само ће у најкраћем дотаћи нека питања правног и фактичког положаја жене у европској прошлости, даљој и ближој, и само делимично у данашње доба, прожето унеколико рефлексима прошлости и истовремено оптерећено новим проблемима, превасходно у Србији, а донекле и у неким земљама Европске уније. Дотаћи ће питања која су, по мишљењу аутора (који се овом проблематиком бави више од четврт века)<sup>9</sup>, значајна и у склопу

<sup>7</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, превод, Београд, 1956.

<sup>8</sup> О томе ће касније бити речи, уз навођење неких радова.

<sup>9</sup> Неки радови аутора биће наведени касније.

ширег концепта усаглашавања права Србије са правом Европске уније. Ово тим више што читаву Европу, па и Србију, на пољу положаја жене карактеришу неки обједињавајући елементи, великим делом потекли из прошлости. Конкретни циљ рада је двоструки: уочавање, уз опште-познате, још неких узрока вишевековне обесправљености жене на тлу Европе; и уочавање, уз прокламовану и великим делом остварену родну равноправност, одређених проблема на том пољу у Србији, а унеколико и у земљама Европске уније, уз изношење неких идеја које би могле имати значаја у трасирању путева за њихово превазилажење, при чему се као централно истиче питање приближавања Европској унији.

Процес усаглашавања права Србије са правом Европске уније у сфери односа између полова, односно по питању родне равноправности, карактеришу неке специфичности у поређењу са другим правним питањима, као и што историју положаја жене у Србији и већини земаља Европске уније обележавају одређене специфичности које, уз несумњиве сличности, носе и доста различитих карактеристика. На први поглед, усаглашавање у овој области је сасвим једноставно. Јер, колико год да је претходни пропали српски и екс-југословенски систем прокажен, чак озлоглашен, његов плод је била прокламација потпуне правне равноправности полова, пре но што је то учињено у неким земљама данашње Европске уније. То не значи да су српској жени превише "цветале руже" али је несумњиво учињен изузетно велики корак ка њеној еманципацији, не само економској и правној већ и духовној. Овај корак је тим значајнији што је жена по Српском грађанском закону из 1844. године (а који је, уз неке мање измене и допуне, практично важио све до 1945. године), била у неповољнијем положају но жене у већини земаља данашње Европске уније. А онда се десило да буде, бар правно, потпуно изједначена са мушкарцем, што није била одлика већине европских друштава изван тзв. социјалистичког блока. То свакако ваља нагласити као квалитет који Србију (као и друге бивше тзв. социјалистичке државе) итекако приближава Европској унији. Са друге стране, међутим, извесно је да прокламована правна равноправност полова (пре више од пола века) у данашњим неповољним српским приликама није довољна за постизање пуне фактичке равноправности, с обзиром,

поред осталог, на постојеће обичаје у погледу активности жена, као и с обзиром на све већи очај мушкога рода због тешке економске ситуације. Али, што такође ваља нагласити, ни у земљама Европске уније није код свих категорија становништва обезбеђена пуна фактичка равноправност полова, па чак ни правна, посебно када је реч (по сведочењу Ајан Хирси Али) о досељеницима из неразвијених исламских земаља.<sup>10</sup> Но, пре акцентовања одређених проблема модерног европског друштва на пољу родне равноправности, корисно је и нужно скренути пажњу на нека питања из прошлости Европе, посебно античке римске, чији је утицај на каснија времена несумњив.

Историја положаја жене у Србији и друштвима Европске уније, уз одређене разлике, садржи и доста сличности. На правном пољу је обједињавајући фактор за већину европских држава вековима представљало римско право. Заправо, реципирано римско право, познато је, генерално има вишевековну обједињавајућу улогу на тлу Европе.<sup>11</sup> Односно, познато је да су у већини европских друштава темељи модерног приватног права изграђени кроз рецепцију римског права (директну или индиректну, раније или касније извршену). Мање је познато, међутим, да се у погледу статуса жене поступало нешто другачије но у погледу других правних питања, и то у већини европских држава које настају на рушевинама античке римске цивилизације. И већину тих држава везује заједничка нит – више или мање изражена обесправљеност жене, више или мање зависно превасходно од друштвеног система о којем је реч (углавном израженија рецимо у феудализму но у капитализму), али свуда присутна. У погледу статуса жене је, може се рећи, римско право селективно преузимано, те се у једном тренутку могло десити да у неким европским системима положај жене буде чак неповољнији но статус слободне Римљанке по Јустинијановој кодификацији. Из ви-

---

<sup>10</sup> О томе в. поменуто дело Ајан Хирси Али, из којег ће касније бити поменути неки подаци.

<sup>11</sup> Нека запажања о томе в. у Јовановић, М.- Римско право и Европска унија, Зборник радова "Правни систем Републике Србије-усаглашавање са правом Европске уније" са истоимене научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 17. маја 2005. године, Правни факултет у Нишу, 2005, стр. 67-83.

шевековне историје римског права често су извучене баш норме које обесправљују жену, а најстарији институти су углавном погрешно тумачени на штету жене. На више начина је, дакле, кроз рецепцију римског права утемељивана неравноправност полова на тлу Европе.

Најпре, иако се рецепира приватно римско право, као одговарајуће превасходно за поново рођену тржишну привреду, један сегмент римског јавног права је практично свуда скоро потпуно прихваћен – искључивање жене из политичког живота, односно лишавање и пасивног и активног бирачког права. У том погледу се чак и у доба развијеног капитализма здружено позивало на антички Рим. На сличан начин су се Римљани класичног доба позивали на старо доба Рима, наглашавајући како се некада давно жене нису мешале у политичка питања, а један од најгласнијих у том смислу био је Катон Старији, познат по низу антифеминистичких наступа (и тврдњи да жене "желе да се дочепају и јавних послова").<sup>12</sup> Ваља нагласити, међутим, да је лишавање жене политичких права у Риму имало различит карактер и различиту тежину зависно од периода који се посматра. Далеко мање је погађало жену у првим вековима Рима када је, са једне стране, политичка делатност још увек била релативно неразвијена, и када је, са друге стране, улога жене у породичном животу била изузетно значајна, заправо значајна колико и политичка делатност мушкарца.<sup>13</sup> Далеко више је жена погођена у доба развијеног робовласништва када је, са једне стране, политичка делатност била изузетно развијена, подразумевајући и развијену законодавну делатност (па тиме доношење и закона против жена), и када је, са друге стране, кроз развијену производњу (уз ангажовање робова и разбијање широких породичних група) жена изгубила значајну фактичку позицију у породичном животу.

Са феудалним системом ситуација се унеколико мења, али не и тежина женине искључености из политичког и уопште јавног живота.

---

<sup>12</sup> Нека запажања о томе в. у Јовановић, М.- Пораз Римљанки у доба Катона Старијег, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2006, стр. 229-259.

<sup>13</sup> Више о томе у Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, превод, Београд, 1976, стр. 69.

Такав однос према жени задржаће и капиталистички систем, те ће друга половина XIX века и почетак XX века бити, поред осталог, обележени и борбом жена за политичка права. Иако је феудализам значио напредак у погледу људских права у односу на робовласништво, а капитализам још далеко већи (прокламујући и једнакост пред законом), у погледу политичких права жене вековима се није одмакло од античког Рима. При том, током периода феудализма било је фаза када је жена губила чак и право на живот (будући једноставно проглашена за вештицу), те се положај одређеног броја жена у том погледу није битније разликовао од положаја римских робинја. Чак и са развојем капитализма фактички положај хиљада пролетерки, иако изашлих из уског круга породице и запослених, али понекад принуђених и на проституцију ради исхране властите деце, по неким аспектима није далеко одмакао од положаја појединих римских робинја; јер ни њихов живот није имао високу цену.<sup>14</sup> Жена из слоја капиталиста није имала такве проблеме, али је била редовно потискивана из јавног живота и спречавана да изађе из круга породице. Вековима наглашавана и укорењена схватања да је жена (будући економски и правно обесправљена) духовно нижа од мушког рода и достојна само породичног живота, потискују и образоване жене из јавног живота.<sup>15</sup>

Дакле, кроз европске правне системе дословце је преузета из римског права искљученост жене из политичког живота, те би се очекивало и да су дословце преузете норме које третирају њен приватноправни положај. То се, међутим, није десило, што је такође, могло би се рећи, била обједињавајућа карактеристика већине европских правних система, у које спада и српски по Грађанском законнику за Кнежевину Србију. Наиме, на пољу приватног права није преузето све оно што жени пружа Јустинијанова Кодификација, нити је узето у обзир све оно

---

<sup>14</sup> Живот под "прогонима вештица" у феудализму и нељудски живот жене почетком капитализма врло пластично описује Бебел, А.- Жена и социјализам, превод, Београд, 1956, као и Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, Београд, 1939; унеколико такође и Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, превод, Београд, 1976.

<sup>15</sup> Више о томе у наведеним делима Бебела, Енгелса и Ане Божић.

што се тамо каже о третману жене у најстаријем римском праву.<sup>16</sup> Чак се и кроз неке грађанске законике из XIX века, који несумњиво представљају изузетна цивилизацијска остварења, жени ускраћује низ приватних права.<sup>17</sup> Наравно, овде се не може залазити у анализу, чак ни у набрајање свих норми у том смислу, но ће, само примера ради, неке бити поменуте. Рецимо, по Јустинијановој кодификацији практично нема ограничења пословне способности жене, бар у формално-правном смислу, иако се назире предност мушкарца; јер туторство над женама је било укинато још 410. године, дакле нешто више од стотину година пре Јустинијана. А у неким европским државама с почетка XIX века кроз грађанске законике се ограничава пословна способност жене, уз далеко наглашенију улогу мужа (и уопште мушкарца), но по Јустинијановој кодификацији.<sup>18</sup> Такође је наследноправни положај жене у неким европским државама из XIX века регулисан као неповољнији но наследноправни положај жене по Јустинијановој кодификацији (као и по најстаријем римском праву).<sup>19</sup> Прокламована правна равноправност, дакле, не обухвата у потпуности жену ни у приватном праву. Додуше, следећи Декларацију о правима човека и грађанина, Француски грађански законик из 1804. године проглашава и равноправност полова,

---

<sup>16</sup> О томе в. Јовановић, М.- Историјски значајан фрагмент за статус жене (Јустинијанове Институције, II, 13, 5), Зборник радова "Современото право, правната наука и Јустинијанова кодификација", са истоименог научног скупа на Правном факултету у Скопју, октобра 2003. год, Скопје, 2004, стр. 246-267. Неки аспекти дотакнути су у поменутом делу Ане Божић, а неки у радовима аутора који ће касније бити поменути.

<sup>17</sup> Неки аспекти ових питања дотакнути су у Јовановић, М.- Статус жене према грађанском законнику за Кнежевину Србију, Зборник радова са научног скупа "Сто педесет година Српског грађанског законика", одржаног на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1995, стр. 80; Code civil и нека питања статуса жене по Српском грађанском законнику, Зборник радова "Двестотине година од доношења Француског грађанског законика-утицај Француског грађанског законика на српско право", са истоименог научног скупа на Правном факултету у Нишу, 2004. године, Ниш, 2005/06, стр. 197-221.

<sup>18</sup> О томе в. наведени рад М. Јовановић о Француском грађанском законнику, као и рад о Српском грађанском законнику.

<sup>19</sup> О томе такође в. рад М. Јовановић о СГЗ-у, као и наведени рад "Историјски значајан фрагмент за статус жене".

али та прокламација има значаја само до удаје жене.<sup>20</sup> А када се има у виду вековна пракса и дубоко укоренењени обичај да жена може "пристојно" опстати само као удата, јасно је да се од те прокламације одступило. Са друге стране, низ података о неповољној фактичкој позицији жене, не само у пролетерским но и у капиталистичким круговима, довољно говори о изразитој неравноправности полова и непоштовању жене. "Дама цивилизације – како истиче Енгелс – окружена лажним поштовањем и одстрањена од сваког стварног посла, има бескрајно нижи друштвени положај него жена варварства која тешко ради, али која у свом народу важи за стварну даму..."<sup>21</sup> Одлика таквога стања је и омаловавајући однос према жени, мада се доста напредовало у односу на доба прогона "вештица", које изражава екстремни антифеминизам, чак бескрајну мржњу према жени.

Није једноставно разјаснити фазе изразите мизогиније (мржње према жени) у европској историји, а није лако ни маркирати упоришта оних који су оправдавали и потенцирали обесправљеност жене и њену подређеност мушкарцу. О основним факторима који доводе до подређивања жене, гледано кроз широку историјску перспективу, релативно довољно је рекао Енгелс, чије дело није изгубило на актуелности, иако је након пропасти тзв. социјализма од неких аутора проглашавано за ненаучно.<sup>22</sup> Ваља подсетити да је Енгелс побио тезу, тј. научно разбио заблуду о наводној ендогамији у античком Риму (над којом је било дилема чак и за такве научнике какав је био Монзен), односно да је аргументовао став о егзогамији, исправно тумечећи једну сенатску одлуку из 186. године старе ере.<sup>23</sup> И ваља истаћи да је презентирао драгоцене податке из истраживања Ковалевског о српској породичној задрузи из XIX века, упоредо пратећи широке породичне заједнице код више народа, назначавачући истовремено, кроз вредновање неких података, и карактеристике старе римске породице, консорцијума, о којем се у то доба скоро ништа није знало.<sup>24</sup> Даљој разради и аргументацији идеја

<sup>20</sup> Такође в. поменути рад М. Јовановић о Француском грађанском законнику.

<sup>21</sup> Енгелс, Ф.- Наведено дело, стр. 47.

<sup>22</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, превод, Београд, 1976.

<sup>23</sup> Енгелс: наведено дело, стр. 118-122.

<sup>24</sup> Енгелс: наведено дело, стр. 55-56.

Енгелса (и Маркса), ослоњених великим делом на рад Моргана (Ancient Society), велики допринос је дао Бебел.<sup>25</sup> Занимљиво је да С. де Бовоар, износећи критику неких Енгелсових идеја (посебно у смислу да се "полови не могу свести на економске ентитете"), заправо индиректно углавном потврђује њихову основаност.<sup>26</sup> Гледано данас на карактер друштвене историје и историје положаја жене, не само са временске дистанце већ и кроз искуства XX века, скоро да се нема шта приговорити ставу да економска подређеност и правна обесправљеност жене, као карактеристике класног друштва, временом доводе и до духовне инфериорности жене, често потенциране од мушког рода, повремено уз изразити антифеминизам; као и да такво стање резултира антагонизмом између полова. Нема се шта приговорити ни ставу да почетке цивилизације, о чему данас има довољно података, обележава сараднички однос између полова, а не антагонистички, каква је рецимо ситуација била донекле у старој Спарти, а посебно у првим вековима Рима, као и унеколико код Германа из I века нове ере (по Тацитовом сведочењу).<sup>27</sup> Првобитни патријархат је једноставно представљао промену сродства и наслеђивања (са мајчине лозе на очеву), уз задржавање уважавајућег односа према жени и уз моногамију у етимолошком смислу.<sup>28</sup>

Временом, међутим, патријархат поприма оштре, чак драстичне облике, а класична моногамија прераста у однос строге обавезности жене на верност, уз истовремену полну слободу мушкараца. Изразита таква ситуација среће се у Атини класичнога доба, у којој, према једној

---

<sup>25</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, превод, Београд, 1956.

<sup>26</sup> Де Бовоар, С.- Други пол, I, превод, Београд, 1982.

<sup>27</sup> Неки подаци о томе изнети су у Јовановић, М.- Положај жене у најстаријем римском праву, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 1984. Опсежнија анализа података о жени у првим вековима Рима садржана је у делима неколицине познатих аутора: Де Куланж, Ф.- Античка држава, превод, Београд, 1956 (дело из 1864. године); Gide, P.- Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, Paris, 1885; Ihering, R.- L'esprit du droit romain, Bologna-Paris, 1886-1888; Ihering, R.- Histoire du développement du droit romain, Paris, 1900.

<sup>28</sup> Више о томе у наведеном делу Енгелса. Неки аспекти су дотакнути у наведеној магистарској тези М. Јовановић и у Јовановић, М.- Нека разматрања о друштвеном положају жене од античког до буржоаског друштва, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1981, стр. 355-376.



познатој тврдњи, Грци имају три врсте жена: супруге, да рађају децу и брину о кући (из које ретко излазе и то само под строгим пратњом, бораваћи највише у тзв. гинекологису), слушкиње и робиње за физичка уживања и образоване хетере за духовна уживања<sup>29</sup>. У Риму, међутим, жена никада, ни у једној фази развоја, није била толико јавно унижена колико Атињанка,<sup>30</sup> али довољно података сведочи о погоршању њенога положаја током периода Републике, рецимо у времену Катона Старијег.<sup>31</sup> Узгред, ваља приметити да је и данас раширено мишљење како се временом положај Римљанке побољшавао, при чему се има у виду само део правне регулативе. Тачно је да су временом следила нека правна побољшања, али следила су након што се покушало са потпуном обесправљеношћу, са којом се у Риму није успело, а фактичка позиција жене је несумњиво погоршана у односу на доба из првих векова Рима (о чему ће и касније бити речи).<sup>32</sup> За опадање угледа жене и све изразитији омаловажавајући однос према њој, посебан значај је свакако имало класично ропство, поред осталог и у психолошком смислу. Обесправљеност жене, међутим, остала је у Европи и након укидања ропства, односно након пропасти робовласничког друштвеног система. Средњевековни европски мрак је посебно погодио жене; и за велики број њих се може рећи, у скоро буквалном смислу, да их је "мрак појео". Буржоаски систем ће донети одређена побољшања, али не и пуну полну равноправност, те ће пут до данашње родне равноправности бити обележен непрекидном, повремено по жену врло тешком и недовољно успешном борбом; борбом не само за правну равноправност и економску независност, већ и за веће уважавање жене и значајнији фактички утицај у друштву. Стереотипи у смислу да је жени место само у кући и да је духовно инфериорна у односу на мушкарца врло споро се мењају; а њиховом окоштавању много је допринело доба европског фе-

<sup>29</sup> Неке податке о томе в. у наведеном делу Бебела.

<sup>30</sup> Неке податке о томе в. у поменутих делима Де Куланжа, Жида и Јеринга.

<sup>31</sup> О томе в. Јовановић, М.- Пораз Римљанки у доба Катона Старијег, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2006, стр. 229-259.

<sup>32</sup> Детаљна разрада ових идеја дата је у Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига прва, *Leges regiae*, Ниш, 2002, 223. страница; Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица (I-VI), Ниш, 2007, 451. страница.

удализма, и то не само из оне фазе када су прогоњене "вештице", но и касније.

С разлогом се поставља питање: откуда толики антифеминизам у Средњем веку? И зашто се и у Новом веку задржава родна неравноправност? Међутим, овако постављена питања, осим што подразумевају обимну студију, скопчана су и са опасношћу да се јачи акценат стави на мање битне феномене. У ствари, уместо упадања у клопку оваквих, изузетно сложених питања, далеко је рационалније, а свакако корисно на путу ка коначним одговорима, поставити нека конкретна питања. Рецимо, какви су аргументи и од кога коришћени за антифеминизам у феудално доба, каква су схватања владала током доба просвећености XVIII века о историји положаја жене и чиме се у буржоаским системима XIX века оправдавало задржавање одређеног степена неравноправности и подређености жене мушкарцу? Несумњиво је да су, уз оне основне узроке обесправљености жене у генералном смислу (о којима је Енгелс довољно рекао, као и Бебел и неки други аутори), на тлу Европе утицајни били и неки посебни. Односно, тачније речено, уз већ устаљено мишљење о жени као духовно нижем бићу, и неки додатни аргументи су коришћени за потенцирање антифеминизма и одржавање родне неравноправности чак и онда када је генерално проглашена једнакост пред законом. Рекло би се да је историја европских друштава, насталих на рушевинама античког Рима, дубоко прожета погрешним тумачењем старих норми, религијских, правних, обичајних и моралних, на штету жене. Томе иначе није посвећено довољно пажње у литератури, мада је на неке аспекте скренута пажња, као на утицај Цркве рецимо. Црквени канони, потпуно удаљени од изворног хришћанства, реципирано римско право чији почеци се погрешно тумаче, као и погрешно тумачење старих националних обичаја појединих друштава, практично представљају темеље аргументације против жена. Грубо речено, на штету жене се користило фалсификатима старих религијских, правних и обичајних норми. При том није увек било зле намере, али је несумњиво било, најблаже речено, пуно произвољности, немара и недостатка воље да се студиозно сагледа смисао старих норми на које се позивало. Ових утицаја најдуже је била поштеђена жена Скандинави-

је.<sup>33</sup> Западноевропска друштва, међутим, практично су током читавог Средњег, великим делом и током Новог века, била обележена изразитом обесправљеношћу жене, уз аргументацију таквог стања кроз низ погрешних, чак и накарадно схваћених старих норми. На жалост, неке заблуде су се веома дуго одржале, посебно у погледу тумачења старих римских прописа, иако су поједини научници из XIX века, достојни дивљења, ставили под сумњу њихову аутентичност.<sup>34</sup>

Изгледа да је највише несреће женама у Европи (као и неким мушкарцима који нису могли да се покоре бесмисленим схватањима и окоштаним догамама) донело извртање хришћанства, посебно западна његова варијанта - католичанство. Инквизиција (*inquisitio sanctum officium*), црквени суд против неверника (тзв. јеретика) већ од XII века (и све изразитије надаље) постаје симбол "страшног суда" на земљи. Ни разбуктали Лутеров покрет реформације, средином XVI века, иако уз доста успеха, није спречио инквизиторе да 1600. године спале Ђордана Бруна, пошто није одустао од својих научних идеја ни после седмогодишњег заточеништва. Погром жена, међутим, и то огромног броја, харао је независно од било каквог контакта са науком, јер га нису ни могле имати, углавном као неписмене; а на ломачу су, будући проглашене за вештице, отишле хиљаде њих, међу којима је било и девојчица испод десет година старости. Такву мизогинију (екстремну мржњу према жени) тешко може да схвати ум нормалне особе. Реч је о једном од најмрачнијих времена сујеверја, огрнутом плаштом хришћанства. Заправо реч је о времену масовних злочина, диригованих мрачним умовима моћних појединаца и група, пре свега из црквених редова, али несумњиво повезаних са неким световним структурама из највиших слојева феудалних европских друштава. "Обрада" хришћанства, несумњиво диригована и идеолошким мотивима, с тежњом да се формира и верско-теоријска подлога инквизиторских поступања, резултирала је изградњом драстично патријархалног и изразито антифеминистичког система црквених канона; система потпуно различитог од изворног хри-

<sup>33</sup> Неке податке о томе в. у Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, Београд, 1939.

<sup>34</sup> О томе ће касније бити више речи.

шћанства, са пуно накарадних схватања и уз опште искривљавање духа, посебно у сфери полног морала. Тешко је разјаснити све основе оваквог стања; а вероватно је томе допринело и већ раније искривљено схватање свештеничке функције, односно већ давно укорењена обавеза на изузетно строги аскетизам и целибат, што је свакако код оних недовољно посвећених, а и таквих је било, представљало извор фрустрација, поготово што им се стално сугерисало схватање да су само одабрани мушкарци могли бити носиоци и тумачи Христове вере. Временом, међутим, сви мушкарци бивају проглашени достојнијим пред Богом но жене.

Изграђује се доктрина (са дугорочним деловањем) по којој се наглашава да је "само мушкарац створен према слици Божјој", док је жена другоразредно биће којем се наређује да буде понизна слушкиња свога мужа (и мушкарца уопште), јер он је "глава жени као што је Христос цркви", а што омогућује, како Бебел каже, "да се и најгори мушкарац сматра бољим од најбоље жене".<sup>35</sup> Жени се наређује да се стално моли како би се искупила за "први грех", а презирање жене је, како А. Божић истиче, доведено до кулминације кроз тумачење Божијих заповести.<sup>36</sup> Жена се а priori сматра нечистом и грешницом. Црквени презир према њој као да је утемељен на Тертулијановом *Apologeticum*-у; односно скоро да превазилази овог припадника ранохришћанске секте монтаниста, који пропагира строги аскетизам уз истовремени презир према жени, тежећи, кроз врло неумерени стил писања, да изазове гађење мушкарца према њој.<sup>37</sup> Жени је забрањено било какво образовање, осим елементарне писмености за поједине жене да би читале Библију, уз наметнуто тумачење управо на штету жене. Формира се став да је жена практично од настанка света створена да буде скоро робиња мушкарца, чиме се практично иде на фалсификовање изворног хришћанства. Односно, канонски религијски систем се потпуно удаљава од изворних хришћанских принципа, градећи тако политички систем тор-

<sup>35</sup> Бебел, А.- Наведено дело, стр. 60-61.

<sup>36</sup> Божић, А.- Наведено дело, стр. 47.

<sup>37</sup> Неке податке о Тертулијану в. у Бухвалд, В., Холвег, А., Принц, О.- Речник грчких и латинских писаца антике и средњег века, превод, Београд, 1984.

туре, пре свега за жене и за непокорне учене мушкарце. Временом ће тај систем тортуре, уз пренаглашени хришћански аскетизам, свештенству наметнути строги целибат и опште искривљавање духа, посебно у сфери полног морала (практично уз накарадна схватања односа између полова), изазвати отпор и појаву нове идеологије. Најснажнији израз тог отпора, познато је, представља покрет Реформације у Немачкој, у XVI веку, на челу са Мартином Лутером (покрет уз који је следио и чувени Немачки сељачки рат). Ипак, и поред великог одјека овог покрета, кроз који су несумњиво бар делимично пробијена челична врата инквизиторске тврђаве, доминација устоличеног верско-идеолошког система опстаће још дуго на тлу Европе. Временом ће снага инквизиције опасти, мада ће формално укидање уследити тек у XIX веку (рецимо озлоглашена шпанска инквизиција основана 1480, укинута је тек 1843. године). Али утицај искривљених принципа хришћанства ће врло дуго опстати у сфери односа између полова, односно изузетно много ће допринети укореењивању схватања о нижеразредности жене и наводно одувек постојеће власти мушкарца над њом. Допринеће погрешном погледу на давну прошлост, на почетке историје цивилизације, када је положај жене у питању. Тек ће бројна открића о старим народима и нови филозофски приступ историји развоје цивилизације, из XIX века, темељно подрити таква схватања, односно избациће на светло дана низ заблуда о положају жене у старим друштвима; заблуда чији трагови, на жалост, и данас унеколико опстају.

Наиме, како Енгелс каже, "једна од најапсурднијих представа, наслеђених из доба просвећености XVIII века, јесте да је жена била на почетку друштва робиња мушкарца. Жена има код свих дивљака и свих варвара на нижем и средњем ступњу, делимично још и на вишем ступњу, не само слободан већ и врло поштован положај. Шта она значи још у синдијазмичком браку може посведочити Артур Рајт, дугогодишњи мисионар међу Сенека-Ирокезима..."<sup>38</sup> Такве погрешне представе су, током прве половине XIX века, уз све интензивније изучавање доба најстаријег Рима, већ саме за себе представљале основу за погрешно ту-

---

<sup>38</sup> Енгелс, Ф.- Наведено дело, стр. 46.

мачење најстаријег римског права као изразито патријархалног и обесправљујућег у односу на жену. Други основ представља реконструкција тзв. Краљевских закона (*Leges regiae*), једне неаутентичне збирке прописа, наводно донетих у доба настајања римске државе, тзв. доба Краљевства (754-509. год. старе ере). Наведени су углавном у делу Дионисија из Халикарнаса (из 7. године старе ере) и делимично у делу Плутарха (с краја I и с почетка II века нове ере), двојице познатих Грка, који су тежили да истакну сличности између Рима и Атине. Текстови, наводно из Краљевских закона, уз постојеће предрасуде о положају жене у најстаријим временима, и уз чувене антифеминистичке говоре Катона Старијег (с краја III и с почетка II старе ере) заиста омогућавају да се жена у првим вековима Рима види као потпуно обесправљена и подређена мушкарцу. Додатак томе је да су и одредбе Закона XII таблица (донетог 451-450. год. старе ере) тумачене по угледу на тзв. Краљевске законе и уз постојеће предрасуде. Тако је Европа Средњег века, делом и Новог века, уз искривљену слику о изворном хришћанству, добила и искривљену слику о најстаријем римском праву, а све на штету жене (како у погледу правне регулативе тако и у погледу фактичког односа према њој). Ово друго искривљавање, мора се признати, било је далеко разумљивије но оно прво. Много мање је разумљиво, међутим, да се неке заблуде о старом времену Рима и данас понављају.

Наиме, скоро без изузетка се и данас у уџбеничкој литератури, најраширенијој по тиражу и најдоступнијој научној јавности, посебно студентској, понавља како је старо римско право било строго патријархално и обесправљујуће према жени, а да се временом њен положај постепено побољшавао, те да се, у приватно-правној сфери, приближио статусу мушкарца у доба Јустинијана (528-565. год. нове ере). При том, тешко да се данас неке може приписати зла намера или неко изразито незнање. Просто се поступа по инерцији, јер иначе је, и изван уџбеничке литературе, релативно мало аутора који су се бавили првим вековима Рима, а сасвим су ретки они који су се бавили положајем жене у том времену. Уопште је у погледу положаја жене, и за касније фазе развоја Рима (у периоду од скоро миленијума), остало доста нејасноћа, па и неких погрешних схватања. Али их је неупоредиво више за прве ве-

кове, јер већина аутора полази од строго патријархалних тзв. Краљевских закона, верујући у њихову аутентичност, и прихвата неадекватна тумачења одредби Закона XII таблица, углавном вршена под утицајем одредби из *Leges regiae*. При том скоро да нико не обраћа пажњу на податке о повољном фактичком положају жене у старо доба Рима, односно већини су непознати; а, са друге стране, углавном су познати али не и правилно схваћени антифеминистички говори прослављеног Катона Старијег, у којима се редовно наглашава како је жена у првим вековима Рима била апсолутно покорна мушкарцу и подређена малтене као робинја.

Тако су створени и даље одржавани оквири за погрешна схватања о положају жене, делом утемељена још у самом Риму; а разоткривање њихове погрешности и данас је једно од најсложенијих питања романистике. Зато и опстају старе заблуде, чак и данас; а годинама је, кроз европску историју, било једноставније не бавити се таквим питањима, но се при регулисању статуса жене позвати на римско право као строго патријархално, поготово што је томе погодновало и накарадно искривљавање хришћанске вере. Погубни значај такве вере временом је опао, па и нестао, али неке заблуде о античком Риму су остале и до данашњих дана, мада, на срећу, без осетнијег утицаја на данашњи статус жене. Али је свакако изузетно значајно разоткрити их, и то не само ради простог упознавања старе римске историје. Односно треба маркирати основе погрешних схватања, а то су, поред већ устоличених предрасуда о жени, тзв. Краљевски закони и Катонове говори, уз истовремено недовољно познавање укупних друштвених и породичних прилика у старо доба Рима, ондашњих ванправних норми и врло уважене фактичке позиције жене у породици и друштву. Темељи таквих схватања, међутим, давно су подривени, али је још неколико корака било потребно да се поруше, неколико корака на које се, колико је познато, романисти нису до сада одважили, а на шта се одважио аутор овога рада.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Синтеза идеја, изнетих у више радова аутора, презентирана је у наведеним двема монографијама: Јовановић, М. – Коментар старог римског *Ius civile*, Књига прва, *Leges regiae*, Ниш, 2002; Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица (I-VI), Ниш, 2007.

Најпре, већ на самом почетку XIX века појавила се сумња у аутентичност тзв. *Leges regiae*, додуше генерално, а не конкретно у погледу одредби о статусу жене.<sup>40</sup> Неки радови су врло аргументовано оспорили аутентичност ових прописа, мада је временом доста опао интерес за ово питање. Могло би се рећи да један од најјачих аргумената представља чињеница да се збирка тих наводно старих прописа први пут помиње у Риму тек крајем периода Републике или почетком Принципата, дакле неколико стотина година након наводног формирања; и да је као правну збирку помиње само један правник, Помпоније (из II века нове ере). Не помиње је генијални правник Гај, а ни неки други познати правници. Заправо, скоро је сигурно да се збирка први пут помиње у доба Октавијана Августа (почетком Принципата), са циљем да се подупру неке принципсове идеје на пољу демографског законодавства и тежње да се, колико-толико, обнове старе римске врлине (мада обојене управо Августовим временом).<sup>41</sup> С обзиром на обим и карактер овога рада, дубље се у то питање не може залазити. А након дугогодишњег бављења овим питањима, закључак је аутора овога рада да је реч о неаутентичној, апокрифној компилацији из каснијега времена, која додуше садржи и неке архаичне прописе, пре свега религијске, али чији највећи број одредби о жени је сасвим непримерен времену којем се приписује.<sup>42</sup> Дакле, могло би се грубо рећи да је реч о једном фалсификату старе римске историје, недовољно успелом за саме Римљане, јер тој збирци наводно старих закона практично уопште не посвећују пажњу кроз следећих више од петсто година.

---

<sup>40</sup> Неки подаци о томе изнети су у Бујуклић, Ж. – Почети римског законодавства, Зборник "Правна држава у антици-pro et contra", из оквира пројекта "Конституисање Србије као правне државе", Правни факултет у Београду, 1998, стр. 99-140; такође у Јовановић, М. – *Leges regiae* (питање аутентичности), извод из магистарске тезе, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1984. Такође су дотакнута у поменутих два монографијама М. Јовановић.

<sup>41</sup> Више о томе в. у Јовановић, М. – Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

<sup>42</sup> Рекло би се да је довољно аргументације у том смислу дато у поменутих радовима аутора, а посебно у првој монографији.



Предрасуде о жени, односно погрешне представе о њеном положају на почетку историје цивилизације, наслеђене, како Енгелс каже, "из доба просвећености XVIII века", такође су стављене под сумњу већ у првој половини XIX века, а скоро потпуно срушене у другој половини и крајем тог века. Са једне стране, упознавање постојећих примитивних друштава показало је да жена у њима уопште није, како се мислило, робинја мушкарца. Посебан значај у том погледу има дело Бахофена (Mutterrecht) и дело Моргана (Ancient family)<sup>43</sup>. Са друге стране, проучавање података о фактичком положају жене у неким старим друштвима (података који су раније мање били познати, а неки и игнорисани) показало је такође да жена није била робинја мушкарца. Доста је података у том смислу о старој Спарти, као и о Германима из I века нове ере, а највише их је сачувано управо о античком Риму из првих векова (отприлике прва три-четири века). Леп хронолошки преглед догађања у којима се види колико је жена уважена дат је у делу великог римског историчара Ливија.<sup>44</sup> Иако се та догађања углавном третирају као легенде, у њима је свакако садржан део истине, како то и Бебел констатује.<sup>45</sup> Тешко је поверовати у тврдње о обесправљености римске жене када се има у виду следећих неколико података, макар да су везани за легенде: Пад тзв. Краљевства везује се за обесчашћење једне угледне Римљанке, односно наводи се да је то био повод за револуцију чији резултат је било увођење римске Републике, уређења којим су се дичили и којем су се дивили и Римљани с краја римске империје. Пад децемвира везује се за покушај једног од писаца Закона XII таблица да пороби младу плебејку, Виргинију, због чега је замало избио грађански рат. Прослављеног ратника Кориолана, када се окренуо против Рима, могле су да зауставе само мајка и супруга. Најсветији римски култ, светилиште богиње Весте, одржавале су свештенице Весталке, а породични

---

<sup>43</sup> Управо се на Бахофеново, а посебно на Морганово дело великим делом ослања Енгелс у "Порекло породице, приватне својине и државе", наглашавајући то и у предговору првом издању.

<sup>44</sup> Livius Titus: Ab urbe condita, превод прве две књиге на стари хрватски језик, дао је Пажур, Ф. – Повијести римске Тита Ливија, књ. I-II, Вараждин, 1896.

<sup>45</sup> Бебел, А. – Наведено дело, стр. 21.

култ је одржаван само у заједништву мужа и жене. Даље, када би матрона пролазила улицом сви су јој давали предност пролаза, чак и високи државни функционери. А кад би свештеница Весталка пролазила градом конзул би, заустављајући се и дајући јој предност, наређивао ликторима да окрену ка земљи копља и снопиће прућа, као симболе римске државности. А ако би девица Весталка сусрела поворку која води осуђеника на смрт, могла је измолити његово спасење. Мајку породице су сви у кући поштовали, а кћерима су обезбеђивали мираз и они сиромашнији, јер је то било питање части. Све значајније породичне одлуке доношене су уз учешће жена; а када би се жене успротивиле некој одлуци из јавног живота и окружиле Форум, обавезно је уважавано њихово мишљење. Ови и бројни други подаци доказују да је жена поштована не као нечија мајка, супруга, сестра или ћерка, већ једноставно као жена, као личност, као уважени члан друштва.<sup>46</sup>

Карактеристично је, иначе, да се уочава све веће уважавање жене и све значајнија њена улога, не само у породици но и у друштвеним догађањима, што се дубље залази у прошлост. Или обрнуто, све је мање уважавања и мање утицаја жене што се више удаљава од старог доба Рима; дакле, супротно предрасудама, а у складу са новим сазнањима о старим друштвима. Огромну заслугу и улогу у презентирању и уважавању, тј. вредновању ових података имају дела великих умова, инвентивних и објективних истраживача из XIX века, Де Куланжа, Жида и Јеринга.<sup>47</sup> Дела ових аутора заиста представљају бисере научне књижевности XIX века. Штета је што, уз Де Куланжово, нису преведена на српски језик и дела Жида и Јеринга. Ово тим више што њихове идеје прожима заједничка нит, а Јеринг се и изричито позива на дела претходника. Кроз њихова дела потпуно су пале предрасуде о жени у првим веко-

---

<sup>46</sup> Ове и још неке друге сличне податке садржи поменуто Ливијево дело, као и дела неких других римских писаца. Хронолошки преглед неких од података о уважавању жене даје Herrmann, Cl. – *La role judiciaire et politique des femmes sous la republique Romaine*, Bruxelles, 1964. Коментар неких података дат је у поменутиим радовима аутора.

<sup>47</sup> Де Куланж, Ф. – *Античка држава*, превод, Београд, 1956 (дело из 1864. године); Gide, P.- *Etude sur la condition privee de la femme dans le droit ancien et moderne*, Paris, 1885; Ihering, R. – *L'esprit du droit romain*, Bologna-Paris, 1886-1888; Ihering, R.- *Histoire du developpement du droit romain*, Paris, 1900.

вима Рима као обесправљеној, мада изнетим подацима већина романиста није придала дужну пажњу, уопште као и у уџбеничкој литератури. У домаћој литератури унеколико је изузетак у том смислу уџбеник Станојевића.<sup>48</sup> Имајући у виду ове податке, затим податке о жени код савремених примитивних народа, као и податке о старој породичној организацији која подразумева, код већине народа, широку породичну заједницу са значајном улогом жене у њој, Енгелс изражава сумњу у тврдње о строгој патријархалности старе римске агнатске фамилије, помињући само њу, јер се о консорцијуму, као широј породичној групи, још увек скоро ништа није знало. Енгелс, наиме каже: "И римска породица се своди на овај тип, те се, доследно томе, у последње време јако оспорава апсолутна власт оца породице и обесправљеност осталих породичних чланова насупротив њему".<sup>49</sup>

Допринос потврди ових идеја дали су и неки аутори из XX века, као Леви-Брил рецимо, Жирар, такође и Кл. Херман (која коментарише старе легенде и презентира хронолошки низ драгоцених података о жени из првих векова Рима).<sup>50</sup> А о карактеру старе римске породичне организације, ондашњим обичајним, религијским и моралним нормама, уз осврт на дело Годмеа, изузетно драгоцену сазнања изнео је Стојчевић.<sup>51</sup> Иако се уопште није бавио статусом жене, и као ментор је годинама имао другачије мишљење но аутор овога рада, кроз његове радове је, уз раније већ изнете податке о фактички уваженом положају жене, и о неаутентичности *Leges regiae*, оформљен један од темеља за разрешење одређених дилема, мада су неке од њих практично и до да-

<sup>48</sup> Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2003.

<sup>49</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице..., стр. 56.

<sup>50</sup> Levy-Bruhl, H.- *Nouvelles etudes sur le tres ancien droit romain*, Paris, 1947; Girard, P.- *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1918; Herrmann, Cl.- *La role judiciaire et politique des femmes sous la republique romaine*, Bruxelles, 1964.

<sup>51</sup> Стојчевић, Д.- *Adgnatus proximus* (Droit de l' antiquites et sociologie juridique), Paris, 1959; *Формирање ране римске државе*, Зборник радова Правног факултета у Београду, 1966; *Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1968; "Uti legassit" закона XII таблица, *Анали Правног факултета у Београду*, 1959; *Облици својине у старом Риму*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1971; *Римско приватно право*, уџбеник, Београд, 1969; 1974; 1982. Стојчевић се осврће на Gaudemet, J.- *Les cominautes familiales*, Paris, 1963.

нас остале. Заправо, уз сва поменута и још нека научна достигнућа остала је ипак дилема о томе да постоји огроман раскорак између правног и фактичког положаја жене на почетку римске историје. Наиме, скоро сви аутори који су се овим питањима бавили остали су са убеђењем да је жена тада била правно обесправљена, иако фактички врло уважена; а ретки су покушали да објасне тај раскорак, мада безуспешно. Занимљив је у том смислу став Симон де Бовоар: "Уочљива је веома значајна чињеница на коју ћемо наилазити у историји: апстрактно право није довољно да дефинише конкретан положај жене. Тај положај знатним делом зависи од економске улоге жене у друштву и породици. Често апстрактна слобода и конкретна права варирају у обрнутом смислу. Легално потчињенија од Гркиње, Римљанка је знатно више укључена у друштво..."<sup>52</sup>

Већина романиста, иначе, од оних малобројних који констатују раскорак између правног и фактичког положаја римске жене, углавном остају при самој тој констатацији или дају неадекватно, или непотпуно објашњење. Велики Де Куланж рецимо, тумачи раскорак кроз снагу религијских норми.<sup>53</sup> Тачно је да су религијске норме имале изузетно значаја, и у том смислу је Де Куланж направио велики помак, али одредбе Закона XII таблица су вековима тумачене прилично "световно" на штету жене. Нека тумачења изузетно великог аналитичара Жида, у смислу да су *tutela mulierum* и *manus* превасходно имовинске установе, такође су изузетно велики помак ка решавању дилеме о том зачуђујућем раскораку, али конкретизовање тумачења неких одредби Закона XII таблица тј. конкретна примена на породични живот ондашњег времена не изгледа адекватна.<sup>54</sup> Отуда је велики познавалац духа онога времена, Јеринг, при тумачењу одредбе о избегавању мануса по Закону XII таблица, одустао од Жидовог става, констатујући да је боље оставити ову одредбу као историјску енигму но дати погрешно тумачење.<sup>55</sup> И

<sup>52</sup> Де Бовоар, С.- Други пол, I, превод, Београд, 1982, стр. 124.

<sup>53</sup> Де Куланж, Ф.- Античка држава, превод, Београд, 1956, стр. 223.

<sup>54</sup> Gide, P.- Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, Paris, 1885. стр. 139.

<sup>55</sup> Ihering, R.- L esprit du droit romain, Bologna-Paris, 1886-1888; Ihering, R.- Histoire du développement du droit romain, Paris, 1900, стр. 71.

апсолутно је основано тако поступио. Сложеност тог питања видљива је и из чињенице да ни после скоро стотину година није дато адекватно тумачење, али је кроз даља изучавања припремљен терен за решавање енигме. Ново тумачење ове одредбе (након дугогодишњег изучавања укупних породичних и друштвених прилика, као и карактера низа ванправних норми у првим вековима Рима), дато је од стране аутора овога рада у саопштењу на конгресу Удружења романиста и историчара античких права (SIHDA) у Мадриду 1998. године, и од неких романиста већ прихваћено као адекватно.<sup>56</sup> А тумачење друге одредбе, врло уско везане са наведеном, дато је у саопштењу на Конгресу романиста Источне и Централне Европе и Азије, у Новом Саду, 2002. године. У ствари ово, као и нова тумачења неких других одредби Закона XII таблица уследила су уз прихватање нешто другачијих полазних претпоставки (од уобичајених).

Наиме, како је већ речено, одредбе Закона XII таблица које се односе на жену вековима су тумачене, под утицајем одредби из тзв. *Leges regiae*, као обесправљујуће, те се редовно задржавало схватање о великом раскораку између правног и фактичког положаја жене. Одредбе о жени из тзв. *Leges regiae*, међутим, апсолутно су непримерене времену којем се приписују, односно неаутентичне су, што је, рекло би се, довољно аргументовано доказано у монографском раду аутора овог чланка, посвећеном старом *ius civile*, конкретније тзв. Краљевским законима (*Leges regiae*).<sup>57</sup> На данашњем степену сазнања о старом времену Рима, и уз већ доста аргументованих схватања о неаутентичности тзв. Краљевских закона у генералном смислу, то и није био несавладив задатак. Романистима су, међутим, недовољно упознатим са укупним околностима и старог доба Рима и оног с краја III и с почетка II века старе ере, велики проблем представљали говори чувеног и изузетно цењеног у антици Катона Старијег. У тим говорима је потенцирана обес-

---

<sup>56</sup> Jovanović, M.- Enigme a l'egard de l'esquive du manus de la Lois des XII tables, рад саопштен на Конгресу историчара античких права (52-eme session de la Societe F. de Visscher, SIHDA), у Мадриду, септембар-октобар 1998. Изнето тумачење је прихватио и унео у уџбеник Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2002, стр. 146.

<sup>57</sup> Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига прва, *Leges regiae*, Ниш, 2002.

прављеност жене и њена подређеност мушкарцу у старо доба Рима. Спојивши те говоре са одредбама из тзв. *Leges regiae*, аутори су редовно закључивали о раскораку између права и живота, и одредбе Закона XII таблица тумачили у складу са таквим ставом. Катонски говори, међутим, далеко претходе првом помињању наводно постојеће збирке Краљевских закона; односно збирка се први пут помиње близу два века касније, и не може се избећи утисак да је, као неаутентична компилација, сачињена и по угледу на Катонске антифеминистичке говоре.<sup>58</sup> У ствари, ток историје жене је обрнут од онога што Катон тврди.

Упоредно проучавање укупних породичних и друштвених прилика од времена оснивања Рима до Катонског доба, као и проучавање значаја и карактера ванправних норми у том временском распону и, коначно, проучавање података, хронолошки праћених, о фактичком положају жене, наводе на сасвим супротан став од оног што Катон каже. Није тачно да су жене некада биле само часне и достојанствене а покорне и обесправљене, и да су се временом безразложно (тј. због зле природе) узјогуниле и појамиле за влашћу и утицајем на друштвена збивања. Тачно је да су некада давно заиста биле врло часне и пожртвоване, али су биле и уважене, и утицајне, а не обесправљене. И тачно је да су до времена Катона много изгубиле од некадашње часности, али не због зле природе но управо због опирања подређивању и омаловажавању од стране мушкараца, који теже да их обесправе (додуше не баш сви). Антифеминистичке тенденције, уосталом, карактеришу скоро све познате старе цивилизације, са више или мање успеха, у Риму мање но у Атини. Средњи век је прихватио "готова решења", али у Старом веку су се она тек изграђивала. Доба Катона је управо доба антифеминистичких тенденција, а Катон њихов изразити представник. То је доба када је римска жена, пред погубним утицајем ропства, поред осталог, доживела коначни пад, мада и даље не онолико тежак какав је Гркиња доживела.

Кроз сенатску одлуку из 186. године старе ере похваљена је и награђена једна бивша робинја, ослобођеница и куртизана, Феценија Хи-

---

<sup>58</sup> О томе в. наведену монографију и поменуте чланке аутора.

спала, зато што је издала Римљанке, у слободи рођене жене из средњих и виших слојева, да су наводно поводом свечаности *Bachanallia* припремале тровање мужева, док су те исте жене биле осуђене, неке чак на смртну казну; али је већина препуштена, наводно опет по старом обичају, мужевима и очевима да одлуче како ће их и да ли ће их казнити.<sup>59</sup> Био је то коначни пораз Римљанки, коначни пад трагова њиховог некадашњег достојанства, угледа и уважавања у друштву и породици. Истовремено била је то победа Катона (и његових истомишљеника) над женама, заправо његова освета за ранији властити пораз који је доживео када су жене успеле, уз подршку неколико угледних мушкараца (који су уместо њих говорили на Форуму) да издејствују укидање *lex Oppia*, закона против женске раскоши, донетог на Катонову иницијативу.<sup>60</sup> Врло је чудно, међутим, да је у XIX веку овој сенатској одлуци, уз Момзеново погрешно тумачење, више пажње придао Енгелс но романисти, додуше и он само са аспекта питања егзогамије.<sup>61</sup>

У новијој литератури, из друге половине XX века, једино Cl. Herrmann коментарише ову сенатску одлуку, уочавајући, у иначе изванредном делу, опадање угледа жене до времена Катона, што је изузетан допринос сагледавању историје жене у античком Риму.<sup>62</sup> Али у погледу тзв. *Leges regiae*, Херманова задржава дилему, не залазећи посебно у питање њихове аутентичности, а ни не залазећи посебно у тумачење одредби о жени из Закона XII таблица. Ипак, мора се истаћи вредност ауторкине анализе доба Катона, тј. карактера његове активности, што је изузетан допринос научном сагледавању статуса жене и за претходно доба; јер пре Херманове се изгледа нико није усудио, бар не изричито, да у говорима прослављеног Катона види изразити антифеминизам. А

---

<sup>59</sup> О томе в. Јовановић, М.- Пораз Римљанки у доба Катона Старијег, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2006, стр. 229-259. Текст поменути сенатске одлуке преузет је из Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 118.

<sup>60</sup> Више о том закону в. Herrmann Cl.- *La role judiciaire et politique des femmes sous la republique romaine*, Bruxelles, 1964, стр. 67; такође и у наведеном чланку аутора.

<sup>61</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 118-122.

<sup>62</sup> Herrmann Cl.- *La role judiciaire et politique des femmes sous la republique romaine*, Bruxelles, 1964, стр. 67-81.

то је управо била карика која недостаје да би се сагледао статус жене у претходном времену Рима, и да би се коначно приступило одговарајућем тумачењу одредби о жени из Закона XII таблица. Односно, овим је практично заокружен један целовит поглед на историју жене током неких пет-шест векова античког Рима (од оснивања, негде око 754. године старе ере, до поменуте сенатске одлуке из 186. године старе ере). А тиме су заправо измењене полазне претпоставке за тумачење Закона XII таблица.

Наиме, када се дубље сагледају друштвене и породичне прилике из првих векова Рима и из доба Катона Старијег, уз праћење значаја и карактера ванправних норми и уз хронолошко праћење података о фактичком положају жене, закључује се да су Катонове антифеминистички говори, најблаже речено, неадекватни за старо доба Рима и да су одредбе о жени из тзв. Краљевских закона потпуно непримерене старом времену којем се приписују. А то даље значи да одредбе о жени из Закона XII таблица треба тумачити без једног и другог, тј. без утицаја и Катонових говора и тзв. Краљевских закона, а у склопу ондашњих породичних и друштвених прилика, ондашње улоге жене у породици и друштву, и ондашњег њеног уважавања. Тумачење уз такве полазне претпоставке даје сасвим другачију слику од оне која се годинама, у ствари вековима понавља. Односно, такво тумачење одредби Закона XII таблица доводи до закључка да жена у то доба уопште није била онако обесправљена и подређена мушкарцу како се мислило, те да заправо и нема онако великог раскорака између правног и фактичког положаја жене какав су констатовали велики научни ауторитети из XIX века, а такав став задржали и аутори из XX века. Рекло би се да је довољно аргумената у том смислу изнето у другој монографији аутора овог чланка, посвећеној такође (као и првој) старом *ius civile*, али конкретно Закону XII таблица (док је прва била посвећена тзв. Краљевским законима).<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица (I-VI), Ниш, 2007.



Наведено тумачење одредби о жени из Закона XII таблица, колико је познато, представља новину у романистици, прихваћену од стране тек малог броја аутора, јер малом броју њих је и било доступно.<sup>64</sup> Чудно је унеколико, и поред чињенице да се ради о изузетно сложеној проблематици (која захтева дугогодишњи студиозни рад, не само правничког карактера), да се у новије време, колико је познато није појавила нека студија сличног карактера. Мање је чудно што су аутори из XIX века остали у убеђењу да постоји раскорак између правног и фактичког положаја жене у првим вековима Рима, тим више што су тек они констатовали фактички врло уважену позицију жене у том времену. Законодавци из XIX века, међутим, нису знали за тај раскорак; а и они који су касније могли бити информисани о тој новини у романистици нису залазили у питање раскорака јер им је основу, разумљиво, представљало Јустинијаново право а не оно из Закона XII таблица. Али у расправама о статусу жене провејавао је и став како је у старо доба Рима жена била обесправљена, што се могло користити као аргумент за неприменљивање, или бар непотпуно примењивање проглашеног принципа једнакости пред законом када је жена у питању, па чак и за одступање од римског права садржаног у Јустинијановој кодификацији, на штету жене. Старе заблуде су несумњиво, макар индиректно, утицале на европско законодавство XIX века, па чак делимично и на законодавство XX века. Тамо где није било других аргумената, при законском регулисању се посезало за националним обичајима, наводно обесправљујућим према жени. Тако се, уз верске предрасуде и погрешне представе о жени на почетку историје друштва, уопште и римског посебно, додаје и погре-

---

<sup>64</sup> Ђирилично издање монографије о Закону XII таблица тек треба да буде одштампано ових дана, а латинично издање из 2007. године штампано је у малом броју примерака, те ће ових дана бити доштампано. Неке идеје аутора прихваћене су на помнутом Конгресу историчара античких права у Мадриду, 1998. године, као и на Конгресу романиста у Новом Саду 2002. године, док је неке идеје рецимо Станојевић унео у уџбеник, в. Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2001, стр. 148 (и следећа издања уџбеника). Први пут су, иначе, јавно презентирале неке од нових идеја кроз одбрану магистарског рада аутора, "Положај жене у најстаријем римском праву", на Правном факултету у Београду, 1984. године. Сумарни приказ дат је у Jovanović, M.- Conclusions des recherches sur la position de la femme dans le plus ancien droit romain, Facta universitatis, Series Law and Politics, Vol. 1, No 2, 1998, Univerzitet u Nišu, 1998, стр. 157-182.

шно тумачење националних обичаја на штету жене. Познато је, рецимо, да се при доношењу Наполеоновог Code civil из 1804. године, водила и антифеминистичка расправа уз позивање на националне обичаје, и да је жена по том закону више ограничена у пословној способности но Римљанка из доба Јустинијана.<sup>65</sup> Још изразитији пример таквог поступања, или бар познатији српској научној јавности, пружа доношење и садржина Грађанског законика за Кнежевину Србију из 1844. године. Овим запажањем се, наравно, никако не тежи умањењу великог прогреса на путу еманципације жене, но се само указује на утицај давно формираног антифеминизма и додатну аргументацију за задржавање неких ограничења статуса жене.

Редовно истицање да је Аустријски грађански законик из 1811. године био узор за Српски грађански законик требало би да увек буде праћено констатацијом како се у односу на половину ондашњег живља у Србији потпуно одступило од тог узора. Није довољно рећи, како се често чини " ... изузев породичних односа" или " ... изузев наследног права". А при том се углавном додаје да се у погледу статуса жене приклонило старим националним обичајима, уз ретке констатације да у тој области има утицаја француског права, тј. Наполеоновог грађанског законика. Тај утицај је несумњив, како у смислу правног регулисања, тако и у погледу карактера расправа при доношењу једног и другог законика, и аргументације за обесправљивање жене.<sup>66</sup> Додуше, тешко је рећи колики је конкретно директни утицај француског права, али је сличност два законика очигледна, с тим што је Српкиња још горе прошла но Францускиња, а и једна и друга горе но Римљанка из доба Јустинијана;<sup>67</sup> јер оба законика су у погледу пословне способности жене од-

---

<sup>65</sup> Нека запажања о томе в. у Јовановић, М.- Code civil и нека питања статуса жене по Српском грађанском закону, Зборник радова "Две стотине година од доношења Француског грађанског законика- утицај Француског грађанског законика на српско право", са истоименог научног скупа на Правном факултету у Нишу, 2004. године, Ниш, 2005/06, стр. 197-221.

<sup>66</sup> Нека запажања у том смислу изнета су у наведеном раду аутора, "Code civil и нека питања статуса жене по Српском грађанском закону".

<sup>67</sup> Нека запажања о томе изнета су у Јовановић, М.- Статус жене према Грађанском закону за Кнежевину Србију, Зборник радова са научног скупа "Сто педесет година

ступила од римског права, док Аустријски грађански законик то питање регулише углавном по угледу на Јустинијанову кодификацију, изумимајући унеколико утицај канонског права. Наравно, овде се не може залазити у низ одредби о статусу жене, којима је старија литература посветила више пажње но новија, а на неке погрешне констатације из новије литературе указано је делимично у радовима аутора овог чланка.<sup>68</sup> Овде се само скреће пажња на аргументовање обесправљивања жене кроз позивање (углавном погрешно) на старе националне обичаје.

Познато је рецимо да се Наполеон оштро супротставио неким идејама које би значиле правно изједначавање полова, иако је Code civil генерално прокламовао равноправност.<sup>69</sup> А чувена је Наполеонова изјава поводом неких параграфа у пројекту Грађанског законика којима је требало допустити одређена права удатој жени: "Има нешто што није француско, тј. да жена може чинити што јој се свиђа".<sup>70</sup> Француски је обичај, дакле, по Наполеону, да жена не може чинити што јој се свиђа, што је дошло до изражаја кроз ограничавање пословне способности удате жене. Таква ограничења предвиђена су и за Српкињу по СГЗ-у, с тим што јој, као неудатој, пословна способност није превише доносила при изузетно великим ограничењима имовинскоправне способности,

---

Српског грађанског законика", одржаног на Правном факултету у Нишу 1994, Ниш, 1995, стр. 80-97.

<sup>68</sup> О томе в. поменути чланак аутора Code civil и нека питања статуса жене по Српском грађанском законнику; такође в. Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију (неке сличности са старом римском породицом), Зборник радова "Србија 1804-2004", са истоименог научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу, 2004. године, Ниш, 2005, стр. 333-376. Нека запажања изнета су раније у Јовановић, М.- Droit romain et la famille serbe (du XX siecle), саопштење на Конгресу романиста Источне и Централне Европе и Италије, у Риму, на Универзитету "La Sapienza", децембра 1998. Иначе опсежнију анализу одредби СГЗ-а о жени даје Ајзнер (Eisner), Б.- Приватно-правни положај жене по данашњем праву Југославије и његово уређење у јединствени грађански законик за Југославију, Загреб, 1934; такође и Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, Београд, 1939;

<sup>69</sup> О томе в. Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, стр. 83-91.

<sup>70</sup> Податак преузет из Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, стр. 83.

посебно наследне (која је онда била најзначајнији, најчешће једини извор прихода). А управо се такав имовински положај жене приписује старом националном обичајном праву, и то кроз прилично велико замешатељство у погледу старих и нових норми у области породичних односа. Међутим, ако се не може, овом приликом, довољно да зађе у Наполеонову тврдњу о томе шта "није француско" у погледу положаја жене, скоро са сигурношћу се може рећи да обесправљеност жене није била одлика старе српске породичне задруге, пре доношења СГЗ-а. Али то није једноставно доказати, управо с обзиром на поменуто замешатељство, посебно кроз тумачења у литератури из тридесетих година XX века, чему је разлог највероватније било недовољно познавање српских прилика пре СГЗ-а. А у новијој литератури се углавном понављају слични ставови.<sup>71</sup>

Овде се не може залазити у анализу појединих чланова СГЗ-а (што је иначе већим делом учињено у претходним радовима аутора) нити детаљније у ставове из литературе.<sup>72</sup> Биће истакнут само општи осврт на погрешност неких ставова из литературе у односу на стање пре доношења СГЗ-а. У оквиру опширније расправе о приватно-правном положају жене, при анализи СГЗ-а, Ајзнер констатује како СГЗ одступа од АГЗ-а у породичном и наследном праву, додајући како је у тој материји "српски законодавац добрим делом задржао национално право". Даље додаје како је из националног права преузета породична задруга, као и "инфериоран положај жена према мушкарцима, а нарочито у браку и у наследном праву"<sup>73</sup>. Да, јесте из старог националног обичајног права преузет појам породичне задруге, заправо, тачније речено,

---

<sup>71</sup> Неки подаци о томе изнети су у поменутом раду М. Јовановић: *Code civil* и нека питања статуса жене по Српском грађанском законнику.

<sup>72</sup> Неке податке в. у Јовановић, М.- Статус жене према грађанском законнику за Кнежевину Србију; *Droit romain et famille serbe (du XIX siecle)*; *Code civil* и нека питања статуса жене по Српском грађанском законнику; Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију (неке сличности са старом римском породицом).

<sup>73</sup> Ајзнер (Eisner), Б.- Приватно-правни положај жене по данашњем праву Југославије и његово уређење у јединствени грађански законик за Југославију, Загреб, 1934, стр. 356.

термин "задруга", али оно што СГЗ регулише под овим термином битно се разликује од оног што је претходно значило. Довољно је рећи да је у старој породичној задрузи доминирала заједничка, колективна својина, а СГЗ је претвара у сусвојину. Заправо разбија задругу као широку породичну заједницу, допуштајући њену поделу међу мушким члановима. Отуда се не може рећи да се потпуно преузима старо обичајно породично и наследно право, јер већ измењени карактер задруге, као раније основне породичне јединице, значи уношење новина у сферу породичних и наследних односа. Те новине су, са своје стране, у најмању руку правно потенцирале инфериорност жене. Заправо, с обзиром на измењени карактер задруге може се рећи да су је итекако повећале; а све уз позивање на наводно одувек постојећу такву ситуацију, народним обичајима устоличену.

Интересантно је да и А. Божић, од које би се очекивало да је боље познавала стару српску породичну задругу но Ајзнер, износи скоро исто мишљење. Истичући да је СГЗ у погледу статуса жене одступио од свог узора, АГЗ-а, Божић додаје: "Однос жене према човеку у браку, у породици, у наследном праву и у задружном праву, нормирао је законодавац углавном онако како је нашао у националном обичајном праву. Стога је српска жена остала подређена човеку у свим деловима грађанског права, исто онако као што је била у средњем веку. Цео Српски грађански законик прожет је идејом да је човек више биће од жене и да стога мора да има повлашћен положај".<sup>74</sup> Када се има у виду да се у оно доба живело од наслеђене имовине, као и да се за жену брак подразумевао као нормални "пристојни" начин живљења, а да је потпуно била искључена из јавног живота, очигледна је њена инфериорност. Али се толика инфериорност не може сматрати потпуно преузетом из националних обичаја; јер треба имати у виду разлике између карактера старе породичне задруге и сусвојинске заједнице по СГЗ-у која је третирана скоро као збир инокосних породице, иако је носила назив "задруга". Не може се безрезервно прихватити тврдња како је кнез Милош (приси-

---

<sup>74</sup> Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, Београд, 1939, стр. 157-158.

љавајући писца Законика, Хацића, да пристане на инфериоран положај жене) спровео анкету по нахијама.<sup>75</sup> Наравно да је кнез добио подршку за обесправљеност жене, јер већина жена о томе ништа није знала, а ни велики број мушкараца. То наводно анкетирање умногоне је слично оним наводно великим притисцима из народа да се допусти подела породичне задруге, те се, неких пет година пре доношења СГЗ-а, појавио Указ Попечитељства правосудија којим се допушта деоба задруге као изузетак.<sup>76</sup> Није случајност да се две године након доношења СГЗ-а посегло за Законодавним решењем којим се тежило да спречи неоправдано растурање задруге.<sup>77</sup> Али штета је већ била учињена, и то неповратно, не само за жену већ и за скоро читав српски народ, чије прилике још увек нису биле сазреле за разбијање задруге.<sup>78</sup>

Иако сигурно без икакве лоше намере, и Ајзнер и А. Божић, при излагању о статусу жене у задрузи по СГЗ-у, уопште не говоре о карактеру породичне задруге пре доношења Законика. "Женске по српском задружном праву - каже Ајзнер - за разлику од хрватског и црногорског задружног права, нису задругари. Оне живе у задрузи али им не припада својство задругара. Тако жене не улазе у задружни савет који по пар.510 решава о суђењу или задужењу задружних добара, нити имају права на удео у принови и приплоду... Нарочито су жене запостављене у праву наслеђивања..."<sup>79</sup> А. Божић наглашава одређене законске промене у третману задруге, али без студиознијег залажења у старо стање, и без стављања под сумњу става да је стање преузето из национал-

---

<sup>75</sup> О томе в. Ковачевић Куштримовић, Р.- Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), Зборник радова са истоименог научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу, 1994. године, Ниш, 1995. година, уводно излагање, стр. 17.

<sup>76</sup> О томе в. Петрушић, Н.- Деоба задружне својине, Зборник радова са научног скупа "Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)", стр. 194-208.

<sup>77</sup> О томе в. Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију (неке сличности са старом римском породицом), стр. 357.

<sup>78</sup> Више о томе у наведеном раду Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију (неке сличности са старом римском породицом).

<sup>79</sup> Ајзнер, Б.- Приватно-правни положај жене по данашњем праву Југославије и његово уређење у јединствени грађански законик за Југославију, Загреб, 1934, стр. 363.

ног обичајног права. "Жене нису задругари – каже Божић – њихов положај у задрузи је још гори но у инокосној породици, јер је још јаче истакнута инфериорност жене према човеку. Ако женско лице има изузетно удела у задружној имовини, ипак кад се решава у задружном савету о оптерећењима и отуђењима задружне имовине, жене немају право гласа (пар. 510)... У наследном праву је нарочито упадљива неправичност према женском полу. По првобитном тексту, пар. 529 СГЗ-а, била су женска лица уопште искључена из наследног права задругара..."<sup>80</sup> Занимљиво је како Стојановић, унеколико контрадикторно поступајући, оправдава овакву ситуацију по СГЗ-у: "Али у Србији из тог времена још увек није била превладала индивидуалистичка процедура, већ је постојала задруга, у којој имање не припада једном човеку, већ припада целој породици, чији га чланови имају заједнички. У таквој породици, разумљиво је само по себи, да је право наслеђивања ограничено само на мушке чланове, пошто они остају у породици. Женски чланови удајом прелазе у другу породицу и ако би они имали право на део задружног имања, задружна имовина би била окрњена".<sup>81</sup>

Сасвим је тачно да се у старој породичној задрузи, пре СГЗ-а, тежило да добра буду неокрњена, али их није могао окрњити ни мушкарац. То је капитална разлика између раније задруге и оне по СГЗ-у. Сви су, дакле, имали право уживања, а нико појединачно право располагања. Тачно је да кћери удајом нису односиле део имовине, али су стицале право уживања у мужевљевој породици. Са друге стране, снаје које улазе у породицу такође не доносе део из матичне породице, али ипак стичу право уживања имовине припадајуће породици у коју су удајом дошле. Уживају имовинска добра, дакле, као и неудате кћери. Мушкарац такође није могао изнети добра из породице, уколико би из ње изашао, што је суштинска разлика у односу на стање по СГЗ-у, који мушкарцима допушта поделу, претварајући заједничку породичну имовину у сусвојину. Уз то, будући да су у старој задрузи жене биле задругари као и мушкарци, оне су као такве и саме учествовале у значај-

---

<sup>80</sup> Божић, А.- Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, стр. 172-173.

<sup>81</sup> Стојановић, Д.- Увод у грађанско право, Београд, 1974, стр. 51.

ним одлукама везаним за лица и имовину породичне групе. Заиста нема разлога да се не верује Ковалевском, на чије истраживање се Енгелс позива, описујући карактер српске и бугарске породичне задруге из XIX века, сличан карактеру широких породичних заједница код других народа одговарајућег степена развоја, а у којима жена има врло значајну улогу, скоро равну мушкарчевој. Опис јужнословенске, тј. задруге код Срба и Бугара, Енгелс завршава следећим речима: "... Али врховну власт има породично веће, скупштина свих одраслих задругара, како жена тако и мушкараца. Домаћин полаже рачун тој скупштини, она доноси важније закључке, суди задругарима, одлучује о значајним куповинама и продајама, нарочито у погледу земљишног поседа итд."<sup>82</sup> Овај опис унеколико је поткрепљен и кроз податке о начину живота у породичној задрузи изнете у делу Вука Караџића.<sup>83</sup>

Није, дакле, стара српска породична задруга подразумевала обесправљеност жене и велику њену инфериорност у односу на мушкарца, иако је имала патријархални карактер. Отуда се никако не може рећи да је Српски грађански законик на овом пољу преузео старо национално обичајно право. Јесте преузео неке старе одлике, али је, зарађујући задругу, претварајући њену колективну својину у сусвојину, тј. омогућујући поделу задружне својине међу мушкарцима, правно формулисао сасвим нову установу, битно различиту од старе. Жени је одузео статус задругара, а мушкарцу дао и статус сувласника, доводећи жену тако у изразито инфериорни положај, односно изразито је обесправљујући. Дакле, још једном ваља истаћи, није се преузело старо обичајно национално право као целина, већ су само неки обичаји задржани (рецимо да жена удајом не односи део имовине), а суштински су избрисана стара права жене и истовремено додељена нова права мушкарцима, који деобом могу једноставно да развргну задружну заједницу; а и ако је сачувају, једино они су по СГЗ-у задругари, док жене скоро као да не постоје у њој. Иначе превремено разбијање задруге, за које још увек

<sup>82</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 56.

<sup>83</sup> Караџић, Вук: Описаније Србије, БИГЗ, Београд, 1989, стр. 22-27. Опширнији приказ дат је у Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију.



нису били сазрели услови, јако скупо је коштало сељаштво онога доба (а то је била највећа већина становништва), о чему лепо сведочи дело С. Јовановића.<sup>84</sup> Али се у том погледу бар није могло позвати на старе обичаје, но се позивало на наводно нове тенденције, економске и породичне, мада су разлози за разбијање задруге највероватније били преваходно политичке природе.<sup>85</sup> Тешко је рећи који су разлози постојали за погрешно представљање старих националних обичаја када је статус жене у питању, осим што је извесно да се у владајућим круговима већ био устоличио антифеминизам. И тешко је разумети како су аутори из тридесетих година XX века могли безрезервно прихватити погрешну интерпретацију старих народних обичаја на овом пољу. А још теже је разумети оне из доба тзв. социјалистичке Југославије, којима су сигурно били доступни и подаци из Енгелсовог дела. Али је сасвим јасно да је погрешно тумачење старих националних обичаја, са своје стране, нанело жени у Србији велики ударац, од којег се није опоравила ни следећих стотину година након доношења СГЗ-а.

Увођење тзв. социјализма, уз познате негативности, донело је и неке несумњиво позитивне ефекте, и то не само декларативно. Донело је равноправност полова, не само у приватном но и у јавном праву, пре но што је таква равноправност достигнута у неким данашњим чланицама Европске уније. У том погледу, може се рећи да су земље тзв. Источног блока, као и екс-Југославија, предњачиле на просторима Европе. Изгледало је, бар на тренутак, да се, и поред низа накарадности, у генералном смислу остварила позната Бебелова тврдња: "Социјализам припада будућности, а то значи у првом реду раднику и жени".<sup>86</sup> Уз проглашење радничке класе за владајућу (и врло грубо развлашћивање скоро свих приватних сопственика), проглашена је и равноправност полова, с тим што се фактичко уважавање подразумевало пре свега за

---

<sup>84</sup> Јовановић, С.- Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858), Београд, 1933, стр. 148-150. Опширнији приказ дат је у Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију.

<sup>85</sup> Такав став образложен је у Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију.

<sup>86</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, превод, Београд, 1956, стр. 461.

жену физичку радницу (а највише за чланицу Комунистичке партије), али то се односило и на мушкарце. Јер као слојеви достојни поштовања (и власти) редовно се истиче: "Радници, сиромашни сељаци и поштена интелигенција". Ипак, чињеница је да је учињен огроман корак, заправо револуционарни преокрет на пољу статуса жене, од њене обесправљености по СГЗ-у до потпуног правног изједначавања са мушкарцем и у приватном и у јавном праву. Након више од 40 векова познате историје цивилизације десило се у тзв. Источном блоку и у екс-Југославији да жена чак узме учешћа у законодавној активности.

На жалост, јуриш у "светлу будућност" је кратко трајао, јер показало се да су предвиђања базирана на идејама историјског материјализма, по којима социјализам следи из развијеног капитализма (подразумевајући релативно благостање за све) добила горку потврду у прерано наметнутим новим системима. Наиме, како В. Рибар констатује у предговору Бебеловом делу, социјализам се није појавио тамо где се капитализам највише развио и где се могло очекивати лакша његова изградња, већ тамо где је "капитализам највише дојадио и где се социјализам изграђује под врло тешким и опасним околностима".<sup>87</sup> Источном социјалистичком блоку и социјалистичкој Југославији није претходио развијени капитализам. А те "опасне околности" су сасвим срушиле нови друштвени систем, те су у читавом Источном блоку, а још више у Југославији, свуда "шавови испуцали", и то не само по социјалним већ и по националним и верским питањима, тако да је од свих лепих идеја (или жеља) остао "прах и пепео" у буквалном смислу речи. У новонасталим националним државама, међутим, па и у Србији, опстала је правна равноправност полова, али је њена потпуна реализација у фактичком животу умногоне угрожена; а одбљесци старих схватања о наводно од давнина постојећој инфериорности жене, делимично су поново изронили у друштвима оптерећеним пропадањем производње, јаловим политиканством и суровим грађанским ратовима (уз здушну "помоћ" "милосрдним" бомбама од стране "миротвораца"). У таквим приликама, умногоне сличним раном капитализму у Западној Европи, прокламо-

---

<sup>87</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, предговор В. Рибара, стр. 10.

вана правна равноправност полова није довољна да жени пружи достојан живот, поготово као мајци, тим више што тешка економска ситуација подрива великим делом и "тло под ногама" мушкараца.<sup>88</sup> Новонастало доба у Србији заправо неодољиво подсећа на неке описе капитализма из XIX века, с тим што је генерално сиромаштво толико да ни револуција попут пролетерских не би решила проблеме који погађају већину становништва, погађајући жене још више но мушкарце.

Иако је неколико великих препрека еманципацији жене у Србији давно уклоњено, фактичка њена ситуација данас заиста унеколико подсећа на пролетерку из XIX века. Анализирајући то доба и истичући да тек правно изједначење полова јавно открива специфичну власт мушкараца над женом у инокосној моногамној породици, Енгелс додаје: "Онда ће се показати да је за ослобођење жене први предуслов поновно увођење целог женског рода у јавну радиност..."<sup>89</sup> Жена у Србији јесте већ давно уведена у јавну радиност, али у данашњим условима економске беде и масовне незапослености она поново бива угрожена, као и већина мушкараца додуше. А управо та огромна економска беда и све већа незапосленост, изражена и кроз недостатак низа битних елемената неопходних за достојан живот (што укључује, поред осталог, и друштвено збрињавање деце), присиљава жену да бира између породице и запослености изван ње; а ни један избор није довољно задовољавајући. Породица је економски угрожена, те је и жена принуђена да привређује, а привређивање у данашњим условима по правилу је удаљава од породице, тиме још више угрожене. Просто се не може избећи утисак о сличности са фактичком позицијом некадашње пролетерке, о којој Енгелс каже: "Тек јој је индустрија нашега доба (и то само пролетерки) отворила пут у друштвену производњу, но с тим да остаје искључена из јавне производње и да не може ништа привређивати ако испуњава своје дужности у приватној служби породице; и да није у стању да испуњава своје породичне дужности ако жели да узме удела у јавној радиности и да самостално привређује. А какав је положај жене у фабрици такав

<sup>88</sup> О жени пролетерки у раном капитализму врло упечатљиву слику даје Бебел у наведеном делу, из којег ће касније бити наведени неки цитати.

<sup>89</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 70.

јој је положај у свим пословним гранама, све до лекарства и адвокатури."<sup>90</sup>

Западна Европа је ка потпуној еманципацији жене ишла кроз XX век спорије но Србија, али, изгледа, сигурније. На тлу Србије се некако већина догађања одвијала доста нагло и уз оштро пресецање са прошлошћу, што је по правилу повлачило скупу цену за читаво друштво, и то и пре XX века. Српски грађански законик из 1844. године напрасно је правно разбио породичну задругу, бришући колективну, заједничку својину као њену основу, и промовишући индивидуалну приватну својину у тренутку кад економски развој Србије још није био дорастао томе, што је читаво друштво скупо коштало, доводећи га у врло бедно економско стање.<sup>91</sup> Истовремено су правно збрисане и скоро све ванправне норме које су жени у старој породичној задрузи давале достојан положај, што је надаље све више продубљивало јаз између полова и повећавало њихов антагонизам. Било је и даље преврата (економских, политичких и правних), а највећи се десио стотинак година после доношења СГЗ-а, и то не само на пољу права. Уз укидање приватне својине и уз развлашћивање њених носилаца, и увођење друштвене својине, проглашено је за јерес скоро све што је раније створено. А промовисана су у том преврату, бар генерално (релативно у складу са оним што предвиђа Бебел, раније и Енгелс и Маркс) права пролетера и жена. Радничка класа је проглашена владајућом, а жене су добиле пуну правну равноправност са мушкарцима. Али неких педесетак година касније, за јерес је проглашен систем такозваног радничког самоуправљања и систем друштвене својине. Док се у тзв. социјализму заклињало у Маркса и Енгелса, уз догматизовање њихове науке (и заправо извртање бројних принципа историјског материјализма), са променама деведесетих година XX века проглашени су "неподобним" а њихова наука за нову јерес; и једноставно је са идеологијом одбачена и наука. А толико величана радничка класа скоро да се поново вратила на пролетаријат, док је жена задржала правну равноправност, али у фактичком животу

<sup>90</sup> Енгелс, Ф.- Наведено дело, стр. 69-70.

<sup>91</sup> О тој економској беди податке даје и Јовановић, С.- Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858), Београд, 1933, стр. 148-150.

је већина њих поново донекле приближена некадашњим пролетеркама с краја XIX века. Дефинитивно, по неким одликама Србија се вратила више од једног века уназад; а по природи ствари жена тиме бива више погођена, што доказују и подаци, додуше оскудни, о насиљу у породици, о све већем одсуству породичне љубави и све више присутној мушкој бруталности.

Ту бруталност код некадашњег пролетера (као и изузетно велику снагу давно устоличених схватања о подређености жене мушкарцу) Енгелс није довољно акцентовао, што је и разумљиво када се има у виду његов циљ да докаже рушење темеља вековне власти мушкарца над женом (правне и економске), гледано у врло широким временским и просторним оквирима. Излажући, наиме, укратко историју цивилизације и анализирајући карактер класних друштава и брак из рачуна у вишим класама, Енгелс каже: "Полна љубав постаје и може постати истинско правило према жени једино међу потлаченим класама, што данас значи у пролетаријату - па био овај однос службено признат или не. Али овде су уклоњене и све основе класичне моногамије. Овде нема никакве својине ради чијег су очувања и наслеђивања баш створене и моногамија и владавина мушкараца; овде, према томе, нема никакве побуде за установљавањем владавине мушкарца. Чак недостају и средства за то. Грађанско право, које заштићује ту владавину, постоји само за имућне и за њихове односе са пролетерима. Оно стаје новаца и стога, услед сиромаштва радника, нема никаквог значаја за однос радника према његовој жени. Ту одлучују сасвим друге личне и друштвене околности. А откако је крупна индустрија преместила жену из куће на тржиште рада и у фабрику и начинила је доста често хранитељком породице, потпуно је уклоњен у пролетереском стану последњи остатак владавине мушкараца, осим нешто бруталности према жени, која је узела маха откако је уведена моногамија... Укратко, брак пролетера је моногамни у етимолошком смислу, али ни у ком случају у његовом историјском смислу".<sup>92</sup>

Речи "откако је уведена моногамија" подразумевају хиљаде година уназад; а у питању је, наравно, класична моногамија, која је запра-

---

<sup>92</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице... стр. 67-68.

во моногамија само за жену, строго обавезану на верност, док мушкарац за себе задржава стару полну слободу.<sup>93</sup> Гледано према будућности, брак европских пролетера јесте био пример рушења темеља вековне власти мушкараца над женама; јер проглашена је правна равноправност и, са друге стране, нестао је економски основ власти. Без оваквог Енгелсовог приступа, којим су скинути "украси" са темељних историјских узрока подређивања жене мушкарцу и њеног обесправљивања, тешко да би се стигло до данашњег степена жене еманципације. Енгелс прати векове и миленијуме развоја цивилизације, уочавајући основне путеве превазилажења неравноправности и антагонизма између полова. Али конкретна ситуација у "тренутку" приказивања пролетерских бракова далеко је неповољнија и слика далеко тамнија но што уопште на теоријска разматрања то могу да кажу. Тај "тренутак" изванредно описује Бебел, врло успешно допуњавајући Енгелсова општа разматрања. Јер то "нешто бруталности", преостале из прошлости, уз "друге личне и друштвене околности", како их Енгелс помиње заправо ће значити мало више бруталности и на дужи рок ће бракове пролетера, посебно оне са децом (каких је већина) чинити прилично тегобним за жену, а повремено и неподношљивим. Огромну улогу у том погледу имаће два основна фактора. Пре свега то је огромна материјална беда у којој се живи, и немогућност да се у таквој ситуацији довољно пажње посвети деци, што је не само друштвена и лична обавеза но и исконска жеља и потреба људскога рода, а посебно његових женских припадника. Са друге стране, то су вековна схватања о жени као нижеразредном бићу, дубоко укоренења у свести мушкараца (па чак и самих жена), која у тренуцима очаја због сиромаштва и безперспективности појачавају мушку агресију и бруталност према жени, подривајући неопходни породични склад за подизање деце и угрожавајући опстанак жене, и саме очајне због немаштине и максималне исцрпљености.

Капитализам XIX века, односно ондашња производња и односи у оквиру ње, врло разорно делују на бракове пролетера, угрожавајући

---

<sup>93</sup> Изразит пример класичне моногамије пружа стара робовласничка Атина, а више уопште о класичној моногамији в. у наведеним делима Енгелса и Бебела.

још много више жену но мушкарца, а највише децу из њихових бракова. Незапосленост, материјална беда, ратови и стални страх од губитка радног места потресају непрекидно живот пролетера. Ни почетком XX века ситуација није била много боља, а чувена економска криза (1929-33. година) сатрла је многе породице, а жени донела још више страдања. Чуварима грађанског друштва, који образовану жену из своје класе врло гласно и упорно враћају на задатке породице, уопште не смета што нељудски услови рада и живота пролетерку онемогућавају да се квалитетно посвети материнству. Брига послодаваца о радничкој деци ни појмовно не постоји, осим ако су и сама дорасла за експлоатацију. Зарада мушкарца је недовољна за опстанак, што га чини разочараним и бесним, јер стереотип каже да је он глава куће. Радно време обоје родитеља захвата скоро читав дан, недељни одмор не постоји, а преморена и исцрпљена мајка једва стиже да подмири неопходне потребе деце, радећи до дубоко у ноћ. За то време мушкарац, неспособан да се избори са властитим очајем, како Бебел каже "искоришћује што боље може слободу коју му је донео случај што се родио као мушкарац", <sup>94</sup> покушавајући да изван куће нађе нешто мало задовољстава. Али за то нема пара, па најчешће заврши са којом чашицом више, изазивајући оправдану женину љутњу, која јој не доноси олакшање већ, напротив, још већи мужевљев бес и бруталност; јер, сходно традицији, он сматра да на то има право. Уместо породичног склада, који би жени помогао у бризи о деци, а деци омогућио мало радости у заједници са родитељима, непрекидни сукоби ојађују и депримирају преморену жену, и застрашују и онако уплашену и невеселу децу.

У таквим условима деца су углавном занемарена, неисхрањена, често оболевају и умиру, а и она која преживљавају често понесу дубоке психичке трауме и склоности ка асоцијалном поступању. Последице породичног стања пролетера XIX века, материјалне и духовне беде у којој се живи, према изузетно сликовитом опису Бебела, јесу "умирање и закржљавање у маси, једном речју дегенерација расе". "Често деца расту - каже Бебел - а никада не упознају праву материнску или очинску

---

<sup>94</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, стр. 122.

љубав и не осете истинску родитељску наклоност. Тако се пролетаријат рађа, живи и умире. А држава и друштво се чуде што се повећавају суровост, неморал и преступи".<sup>95</sup> Више од стотину година након овакве мрачне и мучне, скоро апокалиптичне слике пролетаријата у Западној Европи, у Србији се, на жалост, задњих година могу наћи неки елементи сличности, произашли, познато је, из сасвим другачијих друштвених околности, али несумњиво разорни, посебно у односу на жену, а највише вероватно у односу на потомство које би требало да буде будућност овога, као и сваког другог друштва. Глобална економска криза је, психолошки гледано, можда мањи удар за Србију но за уређена и економски јака друштва, која нису имала патње и разарања као Србија, али ће реално њене последице на већ угрожено српско друштво највероватније бити још разорније но у тим другим срединама. Наравно, констатације стања не дају решења проблема, али свакако нису безначајне, макар у смислу скретања пажње научне јавности, домаће и стране, на "голи живот" у Србији.

Шта рећи данас у погледу усаглашавања права Србије са правом Европске уније, када је статус жене у питању? Шта у Србији треба мењати и да ли можда и неке земље Уније треба да унесу одређене измене у своје ставове према Србији, као и у поједине ставове према властитој ситуацији. Заправо, када је реч о односу са Србијом, примереније би било поставити питање карактера помоћи коју би могла да измоли од Европске уније, и, наравно, питање мера које би Србија требало сама да предузме. Генерално гледано, бар на први поглед, усаглашавање права Србије са правом Европске уније, у погледу статуса жене, изгледа као завршен процес. Јер правна равноправност жене са мушкарцем у Србији је, већ пре скоро седам деценија, уставно и законски проглашена и гарантована (тј. наслеђена из доба тзв. социјализма). Међутим, с обзиром на сложеност проблематике односа између полова, као и на сложеност живота, који превазилази релативно уске оквире из највиших правних аката, испоставља се ипак да су нужне бројне корекције, и то не само везане за фактички живот већ и за одређене прописе. Јер по-

---

<sup>95</sup> Бебел, А.- Жена и социјализам, стр. 125.



знато је да генерално проглашена равноправност не значи а priori потпуну равноправност у свим сферама правног, а посебно фактичког живота. Са друге стране, равноправност не значи потпуну једнакост у буквалном, заправо баналном смислу, но поштовање и уважавање различитости полова и одређених специфичности њихових, и то не само у сфери родитељства, где су разлике најизразитије. Чињеница је да се у Србији на том пољу доста напредовало, пре свега кроз прописе који регулишу посебну заштиту трудница и породиља, затим посебну заштиту деце, што, у крајњој линији, представља олакшавање живота жене, а такође и кроз прописе, додуше релативно оскудне, који предвиђају бригу о здрављу жене уопште; унеколико и кроз санкционисање насиља у породици. Значајан је у том смислу и пројекат "Миленијумски циљеви у Србији: Ка родно сензитивној популационој политици".<sup>96</sup> Но, када се има у виду фактичка позиција већине жена у Србији данас, извесно је да и даље постоји потреба за променама и на пољу права и на пољу схватања, односно ванправних норми, као и на пољу конкретног живљења. Кроз овај рад, међутим, није могућно опсежније осветлити низ мера и активности које би требало предузети, нити је могућно, бар овом приликом, довољно аргументовано научно образложити поједине мере и активности (те ће излагање у овом делу рада бити више популарног но научног карактера).

Наиме, како је већ на почетку рада речено, овде се могу изнети само неке идеје, које би имале значаја у трасирању путева за превазилажење одређених проблема везаних за позицију жене, чему ваља додати да већина проблема произилази, или бар бива потенцирана, општим стањем економски сиромашног и недовољно правно уређеног српског друштва. У том смислу извесно је да би превазилажењу већине проблема за оба пола, и смањивању обновљеног антагонизма, највише допринеле капиталне промене у економској сфери, уз генерално ваљану правну уређеност друштва као целине; а за такве промене, у данашњим европским приликама, највише наде даје приближавање Европској

---

<sup>96</sup> Носилац је Министарство за рад, запошљавање и социјалну политику, Радна група за праћење реализације циљева и планова из Миленијумске декларације Уједињених нација. Округли сто по овим питањима одржан је у Нишу 06.10.2006. године.

унији. Дакле, најпре треба подстаћи уопште процес усаглашавања права Србије са правом Европске уније, што јесте пут ка правној уређености српског друштва; и, са друге стране, наћи начина да се добије економска помоћ Уније. Један од корака ка убрзавању усаглашавања права свакако је и упознавање већине народа са предностима прикључења Европској унији; упознавање које би покренуло масе у том смеру и помогло носиоцима процеса усаглашавања и придруживања да лакше и брже сломе отпоре оних који "лове у мутном" и стварају предрасуде, ширећи гласине против Уније и изазивајући страх од промена. При том се често позивају на вредности које су нарушене, а неке скоро потпуно згажене, и тиме погодују одржавању постојећег стања, чак погоршавању његовом и гурању Србије у хаотичну ситуацију. На том плану би требало много више да се чује глас жена, јер то је један од путева да себи олакшају ситуацију. Ако жене нису то могле да чине вековима кроз историју, сасвим је сигурно да данас на тлу Европе могу, те не би требало пасивно, стидљиво и помало застрашено ишчекивати да неко други реши проблеме.

Иако Србија представља сасвим другачији свет од оног у Африци из којег долази Ајан Хирси Али (мада су екс-југословенски сукоби деведесетих година били слични афричким), није некорисно поменути њен став о прелазу у другачије друштво: "Прелаз у савремено друштво је увек био тежак процес. Био је тежак мојој баки и свим рођацима из *мије*. Ни мени није лако пао. Преселила сам се из света вере у свет разума-из света обрезивања и наметнутих бракова у свет сексуалне еманципације. Након тог путовања, тврдим да је један од та два света бољи од другог. Не због шарених драгуља већ због основних вредности".<sup>97</sup> Такође није некорисно истаћи став Ајан Хирси Али у погледу традиције и вере народа из којих долази, због чега је громогласно од сународника нападана: "Оптужују ме за осећање расне инфериорности, због које нападам сопствену културу и делом гоњена мржњом према самој себи, јер желим да будем бела. Ово је немаштовит и неуверљив аргумент. Зар је слобода намењена искључиво белцима. Да ли бих показала љубав пре-

---

<sup>97</sup> Хирси, Али, А.- Неверница, превод, Београд, 2007, стр. 352-353.

ма себи самој ако бих остала верна традицији предака и измрцварила своје кћери. Да ли треба да прихватим понижења и немоћ? Да ли да гледам како моји сународници злостављају жене и кољу једни друге у бесмисленим ратовима? Обрела сам се у новој култури и први пут видела да људски односи могу бити другачији. Да ли је требало да ме љубав према себи наведе да то видим као страни култ забрањен муслиманима? Живот у Европи је бољи од оног у муслиманском свету зато што су међуљудски односи бољи, а разлог томе је што на Западу цене земаљски живот, а људи уживају права и слободе које држава признаје и штити. Мрзела бих саму себе ако бих прихватила потчињавање и злостављање зато што то Алах жели".<sup>98</sup> Заправо, из дела ауторице произилази да још доста фактора, осим вере, одређује положај жене у средини из које долази, а која изгледа на неки свој сопствени начин тумачи ислам; у средини која, како сама ауторица каже, као да касни за данашњим светом читавих хиљаду година.

Ајан Хирси Али (унеколико слично својевременој побуни Мартина Лутера против инквизиције) апелује генерално за реформацију неких постулата ислама, мада централно питање њеног деловања јесте положај жене у муслиманском свету. Судбина продуцента њенога филма, међутим, указује да је опасност код побуне против односа према жени на тлу Африке далеко већа но што се уобичајено мисли. На предлог да филм не потпише, Тео ван Гог је, по сведочењу Ајанином, изјавио: "Ако не смем да потпишем властити филм, усред Холандије, онда Холандија више није Холандија, а ја нисам ја."<sup>99</sup> Новембра 2005, потпис је платио смрћу, каже Ајан, од руке муслимана из Марока. О садржини поменутог филма она иначе каже: "Сарађивала сам са Теом на 'покорвању' с намером да пошаљем три поруке. Прва је да мушкарци, па чак и жене, могу да подигну главе и да проговоре са Алахом: могућно је да верници ступе у дијалог с богом и ближе га осмотре. Друга је да круто тумачење Курана у данашњем исламу узрокује неподношљива страдања жена. Захваљујући глобализацији, све већи број људи задојених тим идејама доспева до Европе где наставља са злостављањем жена. Евро-

<sup>98</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 353.

<sup>99</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 10.

пљани и други западњаци више не могу да се претварају како се велика огрешења о људска права дешавају далеко од њих. Трећа порука је садржана у последњој фази филма: 'Више се нећу покоравати'. Свако може ослободити себе, прилагодити веру и приступити њеном критичком преиспитивању, и свако може размислити до које мере вера може бити узрок тлачењу".<sup>100</sup> Наравно да у трећој Ајаниној поруци има утопије, а и поједностављивања; јер није само вера узрок страдању жена и не може свако да достигне оно што је она могла, чак ни као мушкарац, а и сама констатује да је имала среће, одрастајући у Сомалији, Саудијској Арабији, Етиопији и Кенији, земљама у којима је на хиљаде жена умрло због злостављања.<sup>101</sup> Не треба сметнути с ума да је и ван света ислама кроз историју много жена страдало од злостављања, а мали број се уздигао. Али одређени број жена ће то данас моћи, и под афричким исламом, као и одређени број мушкараца, што би уздигло муслиманско друштво уопште. У том смислу Ајан наглашава: "Окосница мог деловања јесте уверење о потлаченом положају жене у исламу. То тлачење проузрокује заостајање муслиманки и муслимана за Западом. Оно ствара културу која генерише и преноси заосталост свакој новој генерацији. Било би боље за све – за муслимане поготово, да се ова ситуација промени".<sup>102</sup> "Муслимански свет је – каже даље Ајан – последњих година невероватно напредовао и приближио се савременом свету. Моју баку и мене деле две генерације, али у стварности се ради о миленијумском путовању. Чак и данас када камионом пређете сомалијску границу и уђете у Сомалију, заправо одете хиљаду година у прошлост". "Људи се прилагођавају - каже даље Ајан. Они који никад нису седели на столицама брзо науче да возе аутомобиле и управљају сложеним машинама. Потребне вештине стичу без већег напора. Сходно томе, муслимани не морају да шест стотина година проживљавају реформацију да би усвојили појмове једнакости и људских права".<sup>103</sup> У ширем смислу гледано, процес сличне реформације у Европи је трајао и више од шест ве-

<sup>100</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 355.

<sup>101</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 353.

<sup>102</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 354.

<sup>103</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 355.

кова, али је то био практично аутохтони развој, док је данас, уз утицај цивилизованих друштава, итекако могућно убрзавање и "прескакање" векова.

Да на просторима экс-Југославије нису уследила страховита ратовања, могло би се основано рећи да је за мање од стотинак година пропутован читав миленијум, с обзиром на успон којим се било кренуло. На жалост, стало се, али, на срећу, статус жене није враћен у прошлост, бар правно гледано, мада јој је фактичка ситуација рапидно погоршана. Ваљало би у том контексту, а можда би имало ефекта, указати Европској унији на фактичко погоршавање положаја жене у садашњим српским приликама. А свакако је, са друге стране, потребно у самој Србији придати више пажње фактичком положају жене, посебно у неким етничким и социјалним групацијама, рецимо ромским. Нема података да је жена на просторима Србије неповољније третирана у муслиманским срединама. Заправо у данашњој Србији превасходно социјална припадност одређује судбину жене, као и судбину мушкарца. Већина Рома рецимо (чија женска популација је више угрожена него мушка) припада најнижој социјалној лествици. Вековни суживот различитих вера, посебно потенциран у периоду званичног атеизма, у којем је правна равноправност полова била један од уставних принципа, несумњиво је у Србији основа стања у којем етничка припадност нема већег значаја за односе између полова. Сасвим је другачија ситуација у Западној Европи, чије економско богатство је привукло масе имиграната из недовољно развијених исламских и других земаља, који у својим заједницама воде одвојени живот, различит од оног какав живе Европљани. Ајан критикује игнорисање, од стране Европљана, потчињеног положаја жене у таквим муслиманским заједницама. Друга порука поменутог филма "Покоравање" управо каже да Европљани и други западњаци не могу више да се претварају како се кршење људских права одвија далеко од њих.<sup>104</sup> Тежећи да покрене Запад против муслиманског тлачења жене, онаквог какав она познаје, Ајан каже: "Порука ове књиге, ако је таква неопходна, јесте да ми на Западу грешимо и не-

---

<sup>104</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 354.

потребно продужујемо болни прелазак, уздицањем култура пуних предрасуда и мржње према женама на пиједестал поштовања вредног алтернативног животног стила".<sup>105</sup> Овоме би ипак требало додати да муслиманске, као и друге етничке групације на тлу Европе, имају и специфичне карактеристике, због којих се не може безрезервно према њима генерализовати статус жене под исламом уопште.

Тражећи објашњење за поменути став Европљана, Ајан каже: "Кад год чујем људе како говоре о саосећању, толеранцији и слободи као исламским вредностима, загледам се у стварност, у стварну културу и облике власти, и видим да то није случај. Западњаци гутају ове тврдње зато што су научени да опрезно приступају критици религија и култура мањина, из страха од расистичке етикете. Фасцинира их моја спремност на то да без зазора приступим том задатку".<sup>106</sup> Разумљива је таква опрезност, јер чињеница је да се данас расистичке (и неке друге) етикете врло лако приписују; а људска права се понекад потезу без схватања да подразумевају и обавезе (а не само овлашћења), макар у смислу да се другима не угрожавају та иста права. У том смислу би сигурно било далеко плодотворније да неке негативне појаве у заједници Рома, уопште и у Србији, критикују сами Роми. Занимљиво је, иначе, да се у Србији појавила и организација за заштиту права мушкараца, као неки вид реакције на учестала промовисања (оправдана) заштите права жена у породичним односима. Тешко је рећи у коликој мери је основан такав покрет, али је чињеница да неповољне прилике, пре свега економске, узрокују нетолеранцију уопште, па и у породичним односима и односима између полова, обнављајући неке трагове антагонистичког односа између њих, чему недовољна правна уређеност друштва још више доприноси. А то, опет, упућује на већ изнети став да треба убрзати приближавање Европској унији (која захтева правну уређеност), при чему треба по неким питањима енергичније поступити но што се иначе чини. С тим циљем би свакако требало што верније Унији представити садашње тешко економско стање у Србији и, са друге стране, што брже и квалитетније изменити и допунити правну регулативу, по мерилима

<sup>105</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 353.

<sup>106</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 354.

Уније, и још неке мере предузети. Није једноставно, међутим, када је фактички положај жене у питању, одредити број, карактер и редослед корака које би требало начинити у циљу његовог побољшавања.

Сасвим је сигурно да треба кренути, заправо што интензивније и убедљивије наставити са едукацијом становништва у целини, са упознавањем предности придруживања Унији и значајем вредности које су на теренима Србије измењене, а неке скоро потпуно згажене. Вредан пажње је у том смислу, опет, став Ајан Хирси Али која каже: "Марта 2005. године *Tajm* магазин ме је обавестио да сам изабрана међу сто 'најугицајнијих људи на свету' ... *Tajm* ме је уврстио међу 'вође и револуционаре'. Шта чинити са таквом одговорношћу? Можда треба почети са убеђивањем људи да вредности имају и те какав значај. Вредности присутне у свету мојих родитеља стварају и одржавају сиромаштво и тиранију, тлачећи жене. Заузимање јасног става према овом проблему било би од огромне користи. Једноставно речено, ако би људи одгајени у духу ислама могли да сагледају ужасну стварност у којој живе, сагледали би и могућности за промену своје судбине".<sup>107</sup> Овде опет ваља додати да није само "дух ислама" тај који одређује судбину жене у земљама Африке из којих Ајан долази. Заправо то и она сама потврђује кроз читаво аутобиографско дело, помињући често страх и празноверје. "Зашто не седим у Кенији - каже даље Ајан - свинута поред мангала док правим *angelose*? Зашто сам уместо тога седела у холандском парламенту творећи законе? Имала сам среће. Тамо одакле долазим, тек мали број жена има среће. На одређени начин сам им дужна, баш као оној Гала жени чије речи сам давно преводила у Шалкхару. Морам да пронађем друге заточенице страха и празноверја и да их убедим у то да преузму судбину у своје руке".<sup>108</sup> Овоме Ајан додаје: "Сестра Азиза нас је упозоравала на декаденцију Запада: корупцију, раскалашност, перверзију, идолатрију, грамзивост и безбожност европских земаља. Ја мислим да у исламским земљама постоји много већа исквареност".<sup>109</sup> Тешко је рећи, без довољно података о другим исламским земљама, ка-

<sup>107</sup> Хирси Али, А.- Неверница, стр. 354.

<sup>108</sup> Исто.

<sup>109</sup> Исто.

кво је укупно стање, али је несумњиво да се ауторица у земљама Африке у којима је живела сусрела са више покварености но на тлу Европе, не уочавајући декаденцију на коју је упозорена.

"Декаденција Запада" се у екс-југословенском, а посебно у српском друштву из периода тзв. социјализма истицала перманентно и са изразито негативним набојем, уз развијање страха од капиталистичког империјализма. За опстанак система друштвене својине, базираног углавном на отимању приватне, разумљиво је било да се "грми" против "трулог капитализма". Али слична реторика задржала се и након пада социјализма, уз лицемерно подилажење примитивним мотивима (да се буде "свој на своме", "у кући својој домаћин"), уз бесрамно пропагандно подизање ниских страсти на ниво патриотизма и уз наводно обнављање хришћанске вере од стране оних који су је газили (и суштински наставили да то раде). Нико не може да оспори право на одбрану и познату чињеницу о страдању српског народа. Мало је недостајало па да се заиста потпуно претвори у "небески народ". Али је сасвим сигурно да би страдања била далеко мања уз другачији политички и пропагандни приступ огромним проблемима на тлу Југославије (етничким, верским, социјалним и другим). Данас је сасвим јасно да пут извлачења из огромног глиба, за оба пола, води придруживању Европској унији (иако она није Елдорадо). Али се и даље чују гласови против, уз обнављање погубне реторике из деведесетих година прошлога века. С обзиром на страшна искуства током грађанских ратова и током тромесечног бомбардовања, на жалост, од стране цивилизованог Запада, разумљиво је да постоји отпор; али је неопходно, ради властитог опстанка, рационално превазићи болне емоције и упознати предности прикључивања Унији. Непознавање Запада и страх од новог, са једне стране, и већ укоренено схватање (свесно подстицано од појединих друштвених структура) о страном елементу као рушилачком и подјармљивачком према Србији, узрокују одбојност према Унији или, у најмању руку, збуњеност и неразумевање, уз све изразитије осећање бесперспективности. Требало би због тога информисати масе народа да је за улазак у Унију потребно усаглашавање права Србије са правом Европске уније, поред осталог и у смислу реализације основних правних принципа (као



што је правна сигурност рецимо), што доноси бољитак сваком друштву, па и српском. Прво, дакле, што треба предузети, у корист и жена и мушкараца, јесте квалитетно информисање јавности о предностима, односно о користима уласка у Унију (и то и конкретним за сваког појединца, обичног човека) и о мерама које у том циљу треба предузети. Интелектуалци би у том погледу много могли учинити, наравно пре свега преко моћних медија. И требало би, наравно, што убедљивије информисати земље Уније о доброј жељи и великој потреби Србије за прикључењем, поред осталог и због потпуног остваривања родне равноправности, којој се у Унији придаје значај једног од основних правних и друштвених принципа.

Друго, што треба учинити, јесте враћање значаја старим, вечитим вредностима, које нису стране Србима и природи човека уопште, већ напротив. Треба промовисати вредности као што су: част, поштење, правдољубивост, толеранција, одговорност, коректност у послу и понашању, брига о породици, брига о немоћнима, поштовање равноправности, уважавање једнакости у елементарним животним питањима, истинољубивост, солидарност, ненасилност, мирољубивост, пријатељски однос према другима итд. У склопу промоције одређених вредности треба ићи и на фаворизовање родитељства, што, наравно, подразумева и далеко већу помоћ друштва. Од посебне важности је промовисање здравих породичних односа и едукација у том смислу, при чему је нужно, уз редовно истицање обавеза родитеља и права деце, истаћи да и деца имају обавезе; јер накарадно схватање дечијих права, у узрасту када се лако бежи од обавеза, све је већи разлог за несклад у породици. Уз оздрављење породице, треба велику пажњу посветити оздрављивању школа и предшколских установа. Преко моћних медија, посебно електронских, ове вредности би временом поново добиле значаја, поготово уз компетентне промотере и одговарајућу уређивачку политику медија. Оне нису потпуно изгубљене, јер Србија је земља контраста. Уз много глупости, у њој има генијалаца, и, уз масовно непоштење, има и часних људи достојних дивљења. Уосталом, није давна прошлост време када се, иако додуше уз бројне негативности, потенцирао морални лик појединаца, и то не само оних на утицајним позицијама. Обнављање

неких старих обичајних, моралних и религијских норми, у оквиру којих доминирају управо поменуте вредности, свакако би дало добре резултате.

Можда ће у првом тренутку промоција поменутих вредности деловати необично, у садашњим приликама оптерећеним управо изврнутим вредностима и све изразитијим насиљем, у породици и изван ње, посебно међу младима. Управо због таквог стања, врло је вероватно да ће бити дилема у смислу: Како да формирам дете у том духу који је, за стање у Србији, скоро утопија? Али уколико се не започне и не настави са изградњом таквога духа, какву перспективу има Србија? Корупција, непотизам, кршење закона, злоупотреба права, неодговорност уопште и професионална, бахатост, бездушност пребогатих према гладној деци сиромаша, зар то треба да остану одлике Србије? Зар у Србији треба живети у вечитом страху, неизвесности, беспомоћности, и за остварење сваког права се довијати, уз тражење "веза" и потплаћивање, као на некадашњем Оријенту (а и садашњем у неким земљама, дугогодишњим ратовањима разореним до темеља, и физичких и духовних).

Србија ипак није такво подручје, чак ни под турском влашћу није била склона таквом стању, односно таквим одликама. Није ни данас стање онако катастрофално каквим се често приказује, додуше углавном насупрот изношењу некакве идеализоване слике Србије, од стране оних који нису били у ситуацији да се сударе са негативностима. Праведности ради, како би народ рекао, и ради што реалнијег сагледавања укупне ситуације, ваља истаћи (пored осталог и на основу једног истраживања, чији резултати ће бити објављени), да је практично у свим областима рада и живота задржано још увек доста од старих, вечитих вредности; и да још много припадника народа у Србији поштује поменуте вредности. Дакле, није неостварива, није утопистичка идеја о обнови поменутих вредности, које иначе одликују цивилизованост у правом смислу. Јер у Србији има основа за препород. Значајна мера на том путу, можда једна од најзначајнијих, јесте прави избор представника власти, оба пола, избор грађана које одликују управо наведене вредности; а то значи, даље, поред осталог, и промену изборног система, која би омогућила да се бирају конкретне личности а не поједине странке,

без сазнања о томе кога ће ангажовати као представника. Систем обновљених вредности значио би благодет за оба пола. И још нешто, што, у крајњој линији, такође значи афирмацију великих вредности, изузетно је битно, свуда где је то могућно, промовисати сараднички а не антагонистички однос између полова. У друштву велике економске беде и доста хаотичног стања, познато је, антагонизми различитих врста бивају све изразитији. Неки од њих могу уродити и здравим плодовима, али на пољу односа између полова антагонизам никада не доноси добра. По природи ствари више може коштати жену, али је генерално погубан за читаво друштво, а посебно за младе нараштаје у њему.

Брисање, или бар смањивање антагонистичког односа између полова, намеће да се, као трећа значајна активност, што више избришу трагови антифеминизма, наслеђени из вишевековне прошлости цивилизације, обележене потчињеним и униженим положајем жене, не само на простору Србије но и у другим европским, па и у земљама Уније (у неким периодима још изразитијим но у Србији). Ти трагови су дубоко урезани у колективну свест (или подсвест), па се рецимо чешће заборавља ко је био Гутенберг но ко је била жена током хиљада година, тим више што су остали и бројни писани трагови о њеној подређености и обесправљености, као и, на жалост, неке погрешне представе о њеној позицији у далекој прошлости друштва. Нужно је те заблуде (намерне или ненамерне) разобличити и неке ванправне норме верно протумачити, чему је управо посвећен један део овога рада. Наиме, на основу низа сачуваних ванправних података, извесно је да жена на почетку римске историје не само да је фактички била уважена но ни правно није била онако подређена како се вековима мислило, па чак и данас већина тако мисли, погрешно тумачећи најстарије римске прописе, чему је много допринело антифеминистичко доба Катона Старијег. Даље, на основу сачуваних фрагментарних сећања на изворно хришћанство, извесно је да жена не само да није била обесправљена онако како је то покушала да прикаже накарадна инквизиторска идеологија, но је третирана скоро једнако као и мушкарац. Уз Бога-оца равноправно стоји и Бого-мајка, слављена и поштована као Родитељка Христа. Затим, нису национални обичаји у примитивним европским друштвима (као што је

било српско почетком XIX века) били основ за обесправљивање жене у грађанским законима, већ управо антифеминистичко погрешно тумачење тих обичаја. Коначно треба подсетити на општи закључак да резултати бројних истраживања негирају, како Енгелс каже, "једну од најапсурднијих представа наслеђених из доба просвећености XVIII века да је жена на почетку друштва била робинја мушкарца".<sup>110</sup> И треба подсетити уопште на велико уважавање жене на почетку историје, у примитивним друштвима, где је њена улога била једнако значајна као и улога мушкарца. Како Енгелс истиче, жена код примитивних народа пуно ради али је и уважена и поштована, и у свом друштву важи за праву даму.<sup>111</sup> Значај брисања или бар смањивања антагонистичког односа између полова огроман је генерално за напредовање друштва и, наравно, за побољшање фактичког положаја жене. У том смислу брисање, или бар смањивање антифеминизма (историјских његових трагова и неких обновљених видова), уз веће уважавање жене, јесте основа и за мењање односа жена према мушкарцима, опет на корист читавог друштва.

У циљу брисања антагонистичког односа између полова, као великог друштвеног зла, и успостављања сарадничког односа, као основе друштвеног прогреса, треба, као четврто деловање, омогућити и поспешити истицање и остваривање достојанства жене. То би требало да буде одлика сваког друштва које претендује да се данас сматра цивилизованим, тим више што историја (за разумне "учитељица живота") показује прогрес друштава са здравим, сарадничким односима између полова, и заостајање тамо где су ти односи обележени доминацијом једног пола и различитим довијањима другог, ради опстанка, а некада и ради освете. На том пољу потребно је двоструко деловање. Са једне стране, генерално треба развијати поштовање и уважавање жене у друштву и породици, и, са друге стране, едуковати саме жене у смислу мењања неких њихових ставова, како би биле заиста достојне поштовања. Но изградња те достојности подразумева најпре да жена буде третирана као

---

<sup>110</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 46-47.

<sup>111</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 47.

достојни члан друштва, да осети унутрашњу сигурност и жељу да сама иступа као равноправни члан друштва а не као особа која тражи "мушка леђа" за уздизање. Овде би требало подсетити на фасцинантне податке о жени у неким старим друштвима, на уважавање које ужива и бриљантне карактерне црте које поседује. Кад Енгелс говори о поштовању жене код старих народа (и неких из новијих времена, али са степеном развоја попут старих народа на почетку цивилизације), и истиче да је жена тамо третирана као стварна дама, он додаје: "... и која је и била таква по своме карактеру".<sup>112</sup> А кад Жид коментарише податак из дела Валерија Максима, везан за старо доба Рима, према којем се увек жени на улици давала предност пролаза, он наглашава како је жена била поштована као личност уопште, а не као нечији посед; не као код Оријенталаца, зато што се поштује мушки посед, већ као цењена припадница римског друштва, зато што се поштује као жена, независно од тога чија је супруга, мајка, сестра или ћерка. Истовремено, по низу особина које подаци о старом времену Рима садрже, Римљанка је заиста била достојна поштовања, часна, поштена, радна и пожртвована.

И данас треба, и то не само у Србији, разбијати стереотипе из прошлости у смислу да је жена генерално нижа духом од мушкараца и нечасна. Треба кроз едукацију, на више нивоа, преко данас моћних медија, као и преко научних скупова, изграђивати ставове да постоје лоши и добри појединци, оба пола, а не читаве категорије становништва, и у том контексту ставове да жена већ рођењем представља вредност по себи, као и мушкарац. И то не само као мајка (што јесте врло значајна, напорна и одговорна улога, мада и извор огромне среће), већ као жена уопште. Наравно да материнство посебно треба заштити и помоћи, али не треба промовисати само тип мајчице-мученице, што је стереотип на овим просторима, пуним несрећа које често баш мајку највише погађају. Уосталом, требало би градити систем у којем мајка неће бити мученица, и у којем ће њена ћерка бити поштована и док није постала мајка. И треба истовремено код жена развијати, уз претпостављено поштовање од стране мушкараца, однос поштовања према мушкарацу, а не од-

---

<sup>112</sup> Енгелс, Ф.- Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 47.

нос одбране од напада (часне или нечасне). Коначно, треба подстаћи жене на међусобну солидарност и сарадњу, на супрот разједињености и конкурентског односа који подразумева "хватање" боље прилике за партнерску везу у којој би се жена осећала збринутом, уместо да тежи сама свом збрињавању (наравно у уређеном друштву које то обезбеђује). Уз то, треба жене едуковати у погледу правог избора њихових представница за органе власти. Такозвани кључ при избору, тј. бирање одређеног броја жена, несумњиво треба да се поштује, што је такође вид усаглашавања права са правом Европске уније. Али је исто толико значајно, ако не и више, да се бирају праве представнице, које неће заборавити на интересе припадница свога пола и које ће бити способне да изборе њихово остварење.

Коначно, као пето вишеструко деловање, треба предузети одређене конкретне мере, у фактичком животу и на пољу права, ван оних које значе генерално усаглашавање права Србије са правом Европске уније. Јер наведена и нека друга поступања, иако нужна за остварење пуне правне и фактичке родне равноправности, резултате могу дати тек за будућност, ближу или даљу, док ургентне проблеме, везане конкретно за живот већине жена у Србији данас, треба што хитније решавати. У том смислу било би корисно анкетирати што већи број жена у Србији и тиме стећи прави увид у најургентније проблеме везане за њих, што би омогућило и предузимање адекватних мера за пружање помоћи. Неке мере, које ће овде бити поменуте, можда не звуче као достојне научног рада, али су свакако достојне за сагледавање реалног живота који живи већина жена у Србији. При том, генерално гледано, уместо бурног и за данашње прилике помало неумереног истицања "успешних" жена политичара, директора, предузетника, или, што понекад бива помало неумесно и неукусно, жена естрадних уметница, треба презентирати резултате анкета и реч дати представницама масе жена које се по угрожености унеколико приближавају пролетеркама из XIX века. То би било релативно верно сагледавање стања за већину жена у Србији, нимало ружичастог, на основу којег би требало што хитније, енергично реаговати, и за тренутну ситуацију и за ближу будућност. Најпре, треба атаковати на државне органе, пре свега законодавне, и посебно на жене у њима, да иницирају законске и подзаконске прописе

којима би се олакшала тренутна ситуација већине жена; и да иницирају неке пратеће прописе и мере са тим циљем, делујући и на понашање одређених јавних предузећа. Рецимо, колико год то банално звучало, већини жена би живот био далеко лакши уз некадашњи систем такозване јефтине електричне струје. Веома чудно звучи да ни једна жена посланик или члан владе Србије то питање никада није поставила. Укинута је јефтина електрична струја викендом и дневна, од неколико сати. Сиromашним женама, а таквих је већина, остаје само ноћни рад да би уштеделе на новчаном износу за електричну струју; јер жена је та (а тако је по обичају било и у тзв. социјализму) која кува, пере, пегла. Користећи јефтину струју до дубоко у ноћ, дан започиње неиспавана и врло уморна, а већина њих мора да ради изван куће, чак и ако су званично незапослене. За децу, у таквој ситуацији, остаје врло мало времена и снаге. Не може се отети утиску да Србија у том смислу нема довољно адекватних представника, и представница, у органима власти, оних којима је стало до побољшања фактичке позиције жене. Лепо је и нужно, наравно, решавати високо-политичка питања, али је нужно такође решавати и она која се тичу елементарног опстанка чланова друштва, у овом случају жена, што се неминовно одражава и на децу у највећем броју породица. Ово је, како је већ истакнуто, један од разлога за едуковање женске популације у смислу да добро размисли током бирања оних који ће одлучивати о њеној судбини.

Релативно је доста урађено на пољу правне регулативе, али не довољно када је фактички положај жене у питању, посебно у погледу пратећих прописа и мера за реализацију прокламованог. У том смислу потребна је доградња прописа, рецимо о насиљу у породици; такође и прописа о заштити здравља жена и деце уопште а посебно прописа везаних за материнство, односно уопште за родитељство. У том погледу би што пре требало донети системски закон о наталитету, кроз који би било обједињено низ аспеката овог питања, разбацаних кроз више прописа, што понекад отежава тумачење за конкретне ситуације.<sup>113</sup> Неће бити штете од понављања неких одредби (рецимо из радног законодав-

<sup>113</sup> О томе в. Јовановић, М.- Наталитет и српско породично законодавство, Зборник радова "Новине у породичном законодавству", са истоименог научног скупа на Правном факултету у Нишу, априла 2006. године, Ниш, 2006, стр. 51-84.

ства или здравственог), односно то је мања штета но имати само закон о породици, уз још неколико прописа из породичног законодавства, којим се непотпуно регулишу питања родитељства (третирана и кроз низ других прописа). Системски закон о наталитету донео би користи и жени и деци, а и друштву у целини. Коначно, непрекидна активност на пољу остваривања основних правних принципа, уз које се надовезује заштита људских права уопште и заштита жена и деце посебно, требало би да буде императив за све припаднике друштва. Односно, требало би подстаћи жене на далеко већу активност за реализацију прокламованог корпуса права, подстаћи их да, уместо апатије и очаја, прикупе снагу за делање које би, за почетак, могло бити изражено кроз јавно изношење животних проблема који их притискају. Не треба чекати да племенити мушкарци изборе бољу фактичку позицију жене, како се то често дешавало кроз историју, но је нужно ангажовање и организовано деловање самих жена. Јер родна равноправност подразумева (што би могла бити једна од порука овога рада), уз права жене и њену посебну заштиту, и низ нових обавеза, као и спремност да се "мушки" бори за остварење прокламованог. На срећу, то у Србији јесте оствариво, јер су данашње прилике далеко повољније, заправо неупоредиве са некадашњим у Европи и садашњим у неким земљама Африке. Не мора се имати снага, интелект, храброст и срећа једне Ајан Хирси Али да би се данас у Србији, уз постојећу правну равноправност (и највећим делом измењена схватања, у корист жене) ангажовало на побољшању властите фактичке позиције. Не мора се тајно бежати из властите домовине, како је то учинила Ајан (уз анатемисање од стране сународника, и то не само мушкараца, и уз претње од стране верских екстремиста), да би се дошло до Европске уније, но се треба ангажовати, поред осталог, за што брже укључење у њене оквире.



**Prof. Mila Jovanović, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **SOME ISSUES OF THE LEGAL AND FACTUAL POSITION OF A WOMAN IN THE ROMAN AND MODERN SOCIETY**

### **Summary**

*It is common knowledge that Roman law has been a unifying factor in Europe for centuries, and that the foundations of the modern private law in most of the European countries have been built through the reception of Roman law. Little is it known though that the social status of a woman in Europe has had a significantly different treatment in comparison to other legal issues. Namely, in the course of history, the status of a woman in some European societies was often less advantageous than the status of a free woman (libertina) under the Justinian's Codification. In this context, some European societies called upon the archaic Roman law, frequently misinterpreting its legal provisions and completely neglecting the highly respectable factual position of a woman in Roman times; some other countries relied on their old national customary law, often misinterpreting the old customs pertaining to the factual position of a woman at that time. Thus, the lack or the deprivation of women of their 's rights, as well as some aberrations from the norms of the Roman private law, became a unifying factor in the European societies, which also ardently accepted a segment of the Roman public law referring to the exclusion of a woman from the political life. The traces of such a status of women have been present until today in spite of the accomplished legal equality of sexes. Thus, a common feature of practically all European societies today is an endeavour to achieve full gender equality.*

*There is no dispute that the aforementioned issues are very complex, and that their more comprehensive and profound analysis would call for an extensive research into the matter. Hence, the subject matter of this paper are only some observations on the legal and factual position of a woman in the ancient Roman society and in the contemporary European countries, including the Republic of Serbia. The aim of this paper is twofold. On the one hand, it is an endeavour to identify at least some reasons for a prominent centuries-long tendency to deprive women in European societies of*

*their rights. On the other hand, the author wants to point out that the proclaimed legal equality of sexes does not necessarily imply full gender equality. Briefly considering the woman's position in some ethnic communities within the European Union, the author also emphasizes the need for changing some old, deeply rooted customs and traditions. As far as Serbia is concerned, the author inter alia emphasizes the need for adopting some accompanying legal acts which would improve the factual position of a woman in the current circumstances which seem to be rather disadvantageous and unpromising. It might be an attempt to make the woman's position in Serbia at least a bit closer to the woman's status in the developed European societies.*

**Key words:** *legal and factual position of a woman, European societies in the past, the Ancient Rome, misinterpretation and abuse of Christianity, modern Serbia, drawing closer to the European Union*

*Др Раденка Цветић, ванредни професор  
Правни факултет Универзитета у Новом Саду*

## **ЕВРОПСКИ ОКВИРИ СТВАРНОГ ПРАВА СРБИЈЕ**

### **Апстракт:**

*Иницијатива Европског парламента за доношење Европског грађанског законика из 1989. године није имала адекватан ехо у нашој правној књижевности и струци, док је, с друге стране, узбуркала стручну и научну јавност западне Европе. Идеја је донела различите реакције, изазвала чак поларизацију, при чему је разликовање националних правних система врло често навођено, управо, као главни аргумент за, односно против таквог законика. Од опредељења за или против Европског грађанског законика, у овом моменту за политичке носиоце и припаднике правне науке и струке у Србији, много је важније изналажење начина за испуњавање услова за придруживање Европској унији. Многа лутања и странпутице у развоју правног система Србије током двестотине година од обнављања државности и недовољна развијеност појединих сегмената правног система, додатно усложњавају и отежавају процес хармонизације нашег права са важећим правним стандардима у Европи. У овом раду пажња је усмерена на оно што је неопходно учинити у циљу превазилажења постојећег стања у стварноправној регулативи, а акценат је стављен на денационализацију, евиденцију непокретности и кодификацију стварног права. Наведена питања разматрана су у контексту у коме су постављена у сличном раду пре четири године, са жељом да се укаже на оно шта је у међувремену учињено, а тиме и на неодговарајући темпо у спровођењу неопходних мера и промена. Поново се истиче да проблем недовољно регулисаног стварног права треба решити попуњавањем бројних законских празнина, али и изменама и знатним допунама постојеће стварноправне регулативе. Недовољна регулати-*

ва увек је идеална подлога за екстензивно тумачење и тиме неједнако поступање у једнаким случајевима, што битно угрожава два веома важна постулата правног система: правичност и правну сигурност. Отклањање таквог стања само по себи је корак ближе ка Европи и њеним правним стандардима. Проблем је што ти кораци ни до данас нису учињени.

**Кључне речи:**

Европски грађански законик, денационализација, евиденција непокретности, кодификација стварног права

## ИДЕЈА ЕВРОПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА

1. Почетком последње деценије XX века, суочени са деструктивним процесима у свим сегментима наших живота, слутећи неминовну маргинализацију и изопштавање из "европског друштва", пропустили смо прилику да равноправно учествујемо у елаборацији идеје доношења Европског грађанског законика. Захтев Европског парламента за спровођење припремних радова у циљу израде Европског грађанског законика, постављен 1989. године,<sup>1</sup> представљао је, с друге стране, за европску академску правничку јавност, велики изазов да се одреди пожељан и могућ садржај таквог законика уз преиспитивање изводљивости унификације тих области приватног права на европском нивоу.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Такав захтев постављен је у *Resolution on action to bring into line the private law of the Member States (Резолуција о раду на изједначавању приватног права држава чланица)*, Official Journal of the European Communities, No. C 158, 26.6.1989, p. 400. Подаци о документима који су следили ову Резолуцију, као иницијативну, видети <http://www.euroa.eu.int/eur-lex/lex/en/index.htm>.

<sup>2</sup> Резултат таквог подухвата је зборник радова *Towards a European Civil Code*, (ed. A Hartkamp i dr.), друго измењено и проширено издање Nijmegen/ The Hague/ London/Boston, Kluwer Law International, 1998. Како је истакнуто у првом поглављу (видети: Ewoud Hondius, *Towards a European Civil Code, General Introduction*, str. 7), то је зборник о развоју европског грађанског права. Наиме, истиче се да је имплементација директива Европске заједнице (којима се регулишу поједина питања приватног права, пре свега облигационог), у правне системе држава чланица Европске уније

У академским круговима Европе мање или више постоји сагласност да европско грађанско право треба развијати, међутим, нема сагласности у погледу правца и оквира развоја. Полазиште да би оквир развоја могао бити Европски грађански законик тражи одговоре на неколико питања: постоји ли уставни основ за такав законик у Римском уговору;<sup>3</sup> затим, да ли је уопште вредна размишљања идеја кодификације права, а посебно грађанског или приватног права, и на крају да ли је то могуће на европском нивоу, а ако јесте, шта би требало да буде садржина таквог законика.<sup>4</sup>

Околност да се исте чињенице наводе као један од главних разлога и за и против доношења тзв. Европског грађанског законика, недвосмислено говори о прворазредном значају полазишта: јесмо ли за или смо против, а све остало је питање, не мање важне, тактике и технике. Тако, на пример, чињеница да између система приватног права европских земаља постоје велике разлике,<sup>5</sup> за једне представља аргумент против доношења таквог законика, док је за друге то управо кључни разлог у прилог његовог доношења. Противници тврде да су разлике "последича различитог културног и историјског идентитета конкретних држава и сваки покушај да се оне самање једино стварањем јединствених правних правила је штетно и непродуктивно позитиви-

---

(али и неких других) означила увод у унификовано или барем хармонизовано грађанско право на европском нивоу. Следећи корак у том смислу био је постављање питања (Уговором из Мастрихта) да ли је грађанско право нешто што треба оставити државама чланицама по принципу супсидијарности (да се питање регулише комунитарним правом само онда када га није могуће разрешити на националном нивоу).

<sup>3</sup> Сумњу о постојању уставног основа отклонили су Јединствени европски акт (SEA) и Уговори из Мастрихта и Амстердама. Видети: Ewoud Hondius, *op. cit.*, str. 7 i 8.

<sup>4</sup> *Ibidem*. Сам зборник радова *Towards a European Civil Code*, по речима Ewoud Hondius-а, усмерен је на давање одговора само на последње питање: да ли различити домаћи (национални) правни системи у Европи нису међусобно толико удаљени (различити) да би се чак могла очекивати и намеравати унификација или хармонизација и који правац прописи (одредбе) треба да узму.

<sup>5</sup> О врсти правних система и дисхармонији грађанског права у свету видети: Душан Николић, *Хармонизација и унификација грађанског права*, Нови Сад, 2004, стр. 16-26.

стичко упрошћавање."<sup>6</sup> С друге стране, заговорници истичу да несумњиве разлике представљају разлог за стандардизацију, а не оправдање њиховог задржавања, јер те разлике "ономогућавају правно окружење које је у оквиру Европске уније неопходно за слободан промет робе, слободно вршење услуга, слободан промет капитала и слободу кретања лица, на чему се у економском смислу заснива Унија и њено заједничко и унутрашње тржиште."<sup>7</sup>

2. Од идеје Европског парламента да се приватно право европских земаља регулише јединственим закоником протекло је већ две деценије. Да ли се дефинитивно одустало од таквог начина унификације ове веома важне правне области, те да ли су покушаји изналажења могућности хармонизације грађанског права дефинитиван циљ или само

---

<sup>6</sup> Видети више о томе у: Радован Вукадиновић, *Начела уговорног права у процесу европеизације приватног права*, и тамо наведеној литератури, напомене 7, 8 и 9, у: *Начела европског уговорног права и југословенско право*, Крагујевац, 2001, стр. 30-32. Говори се о значајним, па чак и непремостивим разликама не само између *common law* и *civil law* система, него и у оквиру *civil law* система. Истиче се да "када је реч о разликама између енглеског и континенталног права разлике нису само у структури система, већ и у вредносним стандардима којима се тумаче норме, као и у правцима кодификације и правној политици." На пример, као доказ разлика које постоје у вредносним стандардима наводи се да енглеско право због економских интереса толерише одређену моралну неосетљивост у погледу вођења преговора и обавезе откривања информација, док француско право даје предност солидарности у односу на индивидуализам (стр. 31). Дакле, није проблем само у чињеници да је у европскоконтиненталним правним системима основни извор (грађанског) права закон и други општи акти, а да су нормотворци законодавни и извршни органи власти, док се у англосаксонским правним системима говори о прецедентном праву и судовима као креаторима правила понашања. Разлике су много суптилније, што отежава њихово превазилажење.

<sup>7</sup> Радован Вукадиновић, *op. cit.*, стр. 32. Такође, истиче се да се "у Западној Европи постепено консолидују 'заједничке правне вредности' чији се основ налази у основним правима која су идентична у свим државама Европске уније и на основу којих је у Европској унији формулисана и Повеља о основним правима, као преамбула будућег устава Европске уније. Све то говори да се разлике које традиционално постоје између *civil law* и *common law* не увећавају већ се постепено смањују или губе; делимично због чланства Велике Британије и Ирске у Европској унији, али и због тога што и у овим традиционалним државама неписаног права све више продира схватање о рационалности кодификације појединих питања приватног права."

прелазна фаза ка његовој унификацији, показаће време.<sup>8</sup> Због тога је од опредељења за или против Европског грађанског законика, у овом моменту за политичке носиоце и припаднике правне науке и струке у Србији, много важније изналажење начина за испуњавање услова за придруживање Европској унији уз што мање штетних последица. Многа лутања и странпутице у развоју правног система Србије током двестотине година од обнављања државности и недовољна развијеност појединих сегмената правног система, додатно усложњавају и отежавају процес хармонизације нашег права са важећим правним стандардима у Европи.

Озбиљност проблема је већ прецизно уочена у нашој правној књижевности. Ту више нема богзна шта ново да се дода; "... треба донети кључне стратешке одлуке и утврдити тактику и методологију хармонизације. Веома је важно да знамо шта, зашто, када и како треба чинити, а нарочито какве последице из тих поступака могу проистећи, (подвукла Р.Ц.),"<sup>9</sup> као и констатовати да се у Србији "правна регулатива развија стихијски, под различитим страним утицајима. На правним факултетима је кадровска ситуација прилично лоша. Слично је и са правосуђем. Недостају нам стручњаци који познају европско право, а Србија се определила за укључивање у паневропску интеграцију."<sup>10</sup>

Полазећи од наведеног проблема у овом раду више пажње биће посвећено томе шта треба учинити у циљу превазилажења постојећег

---

<sup>8</sup> О пројекту Европског грађанског законика и пројектима који треба да превазиђу његов неуспех видети: Душан Николић, *Хармонизација и унификација...*, стр. 119-120; о видовима унификације и хармонизације грађанског и трговачког права видети: Маја Станивуковић, *Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на начела европског уговорног права, у Начела европског уговорног права и југословенско право*, Крагујевац, 2001, стр. 60-64.

<sup>9</sup> Душан Николић, *Хармонизација и унификација...*, стр. 12.

<sup>10</sup> Душан Николић, *Хармонизација и унификација...*, стр. 174. Аутор је ненаметљиво, кроз приказ швајцарског и јапанског искуства, те кроз пресек развоја грађанског права код нас у последњих двестотине година до данашњих дана, ствари назвао правим именом и дао могуће смернице на путу хармонизације нашег права са европским правним стандардима. Елементарна озбиљност у формулисању државне политике и стратегије развоја правне регулативе у области грађанског права не дозвољава њихово пренебрегавање.

стања стварноправне регулативе у Србији, ради његове хармонизације са европским правним стандардима.<sup>11</sup>

### ШТА ЈЕ НЕОПХОДНО УЧИНИТИ РАДИ ПРЕВАЗИЛАЖЕЊА ПОСТОЈЕЋЕГ СТАЊА СТВАРНОГ ПРАВА СРБИЈЕ?

3. Стварно право у Србији, од почетка изградње модерне српске државе и правног система, након почетка дефинитивног ослобођења од вековне турске владавине 1804. године, имало је успоне и падове у свом развоју, посматрано у целини, а нарочито у погледу појединих института. Сваки период у развоју обележен је специфичностима које су га јасно разликовале од претходне етапе.<sup>12</sup> То је донекле разумљиво, будући да су друштвени односи који су предмет регулативе стварног права од изузетног значаја како за државу, као организацију власти, али и учесника стварноправних односа, тако и за саме грађане.

Развој грађанског права, с посебним нагласком на стварно право, у протеклих две стотине година могао би се, уз изостављање многих важних појединости, приказати у једној дужој реченици ради упечатљивије илустрације лутања и странпутица у развоју правног система Србије. Од *рецепције Аустријског грађанског законика*,<sup>13</sup> преко *правног партикуларизма* као последице примене принципа правног континуи-

---

<sup>11</sup> Маја Станивуковић, *op. cit.*, стр. 60: "У новије време, све више се, уместо о унификацији, говори о хармонизацији права, како би се нагласило да се не тежи апсолутној једнообразности, већ конвергенцији правних система. Хармонизација се састоји у смањивању разлика и одступања између националних правних система, одређивањем резултата које регулатива у одређеној области треба да постигне, (подвукла Р.Ц.) без наметања средстава којима ће се то конкретно и остварити, и без наметања самог законског текста."

<sup>12</sup> О периодима у развоју стварног права Србије видети више: Душан Николић, *Основни извори стварног права*, Нови Сад, 2007; Раденка Цветић, *Развој стварног права у Србији – Институт стицања права својине налазом туђе изгубљене ствари*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2, (2004), том I, Нови Сад, 2004.

<sup>13</sup> Доношењем Српског грађанског законика 1844. године.



тета у приватно правним односима,<sup>14</sup> претећег *правног вакума* након Другог светског рата због примене дијаметрално супротног принципа правног дисконтинуитета,<sup>15</sup> *национализације* најзначајнијих добара,<sup>16</sup> *парцијалне кодификације* појединих делова грађанског права усмерене ка доношењу грађанског законика,<sup>17</sup> те немогућности његовог доношења због извршене *прерасподеле законодавне надлежности* између Федерације и република и покрајина у погледу грађанскоправне материје,<sup>18</sup> доношења *Закона о основним својинско-правним односима* 1980. године,<sup>19</sup> његовим изменама и допунама 1996. године у правцу неутралисања повлашћеног положаја друштвене својине,<sup>20</sup> до стварања уставног основа 2003. године за доношење *грађанског законика* Србије<sup>21</sup> и рада на *кодификацији стварног права* посебним закоником,<sup>22</sup> те формирања владине Комисије за израду *грађанског законика*.

4. Иако се наш правни систем традиционално сврстава у групу европско континенталних правних система и то германски правни

---

<sup>14</sup> Што је подразумевало примену затечене регулативе на појединим територијама новонастале државе, до њене измене или замене новим прописима између два Светска рата.

<sup>15</sup> Озваниченог доношењем Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, 1946. године, а релативизованог могућом применом правила садржаних у прописима Краљевине Југославије.

<sup>16</sup> Што је омогућило доминантност државне, а затим друштвене својине као основног и привилегованог својинског облика и довело до маргинализације приватне својине, путем бројних ограничења, како по обиму, тако и по садржини.

<sup>17</sup> Кодификација стварног права остала је у фази предоснове за нацрт Закона о правима на ствари, која је израђена 1964. године.

<sup>18</sup> Што се тиче стварног права у надлежности Федерације били су *основни* својинско-правни односи.

<sup>19</sup> И недоношења републичког закона којим би били регулисани *остали* својинско-правни односи.

<sup>20</sup> Измене и допуне биле су од великог значаја за даљи развој стварног права и враћање решењима традиционално усвојеним у европскоконтиненталним правним системима, али и даље без употпуњавања стварноправна регулатива.

<sup>21</sup> Преласком целокупне материје грађанског права у надлежност република чланица још за време постојања Државне заједнице Србија и Црна Гора.

<sup>22</sup> У периоду од 2003. до 2006. године, чији је резултат нацрт Законика о својини и другим стварним правима.

круг,<sup>23</sup> неоспорно је да је дугогодишње припадање тзв. кругу социјалистичких правних поредака проузроковало низ деформација. У савременој правној литератури бивших социјалистичких земаља истиче се да је за социјалистичке правне поретке, генерално, карактеристична екстремна маргинализација грађанског права у корист јавног права, насупрот његовој средишњој позицији у правним порецима европско-континенталног правног круга. Због тога је нужно, пре свега, враћање грађанском праву централног места, док би улога јавног права као заштитника општих интереса била да штити, подржава, али и, када је потребно, ограничава грађанскоправне садржаје. При таквом курсу реформе правног система, са грађанским правом у средишту, неопходна је коренита реформа стварног права, које је у свим социјалистичким земаљама претрпело највеће деформације.<sup>24</sup>

У реформи грађанског права у Републици Србији неопходно је у потпуности сагледати који су то делови нашег позитивног права претрпели највеће деформације током припадања тзв. социјалистичком

---

<sup>23</sup> Видети више о томе у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2005, стр. 42-43. Иако сврставање по сродности националних правних система у поједине правне кругове има велики значај, не сме се губити из вида запажање да у последњих 200 година (период великих кодификација и национализација грађанског права, те напуштања идеје о европском правном јединству) у Европи постоји онолико различитих правних система колико и држава, те да су, политичке границе одредиле границе правне учености (правне науке и образовања). О томе видети више: Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, у *Towards a European Civil Code*, стр. 24 и даље.

<sup>24</sup> Видети реферат који је на Симпозијуму о стварном праву, одржаном у Будимпешти (30. октобар – 3. новембар 2002. године, у организацији Канцеларија за правну реформу из Београда и Сарајева) поднео Никола Гавела, професор Правног факултета у Загребу, који је са групом својих колега, такође универзитетских наставника Правних факултета у Загребу и Осијеку, осмислио и извршио реформу стварног права Хрватске. Назив рада је: *Ново хрватско стварно право у функцији прилагодбе правног поретка Републике Хрватске Европском*, Будимпештански симпозијум – допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Edition Temmen, 2003, стр. 20-47. Како изгледа реформисано хрватско стварно право може се сазнати из Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. године (Народне новине, бр. 91/1996, 73/2000.), који садржи 396 чланова, и универзитетског уџбеника: Никола Гавела, Татјана Јосиповић, Игор Глиха, Владо Белај, Златан Стипковић, *Стварно право*, Информатор, Загреб, 1998.

правном кругу,<sup>25</sup> а затим адекватним предлозима довести до њиховог отклањања. Враћање традиционалним вредностима, институтима и садржајима (тзв. правилима трајне вредности, каквих је у грађанском праву пуно), имајући при томе у виду постојеће европске правне стандарде, и коришћење позитивних искустава других, прави је пут за постизање таквог циља. Ради правне сигурности, такође је веома важно обезбедити доследну примену општих правила грађанског права и специјална правила установљавати само онда када су заиста неопходна.<sup>26</sup>

Јасно је да би било погрешно пренебећи постојећу реалност и тежити ка правно-логички савршеним правилима чија примена не би била могућа. Међутим, посезање за прагматичним краткотрајним решењима није пут изградње савременог правног система компатибилног са европским правним стандардима. Као и увек, питање је мере у избору адекватних решења која спречавају једну од наведених крајности.

За даљи развој стварног права у Републици Србији, неопходно је извршити денационализацију, евидентирати на поуздан начин шта је чије, уз претходно прецизирање које непокретности и под којим условима могу бити самостални правни објекти, регулисати све оне грађан-

---

<sup>25</sup> При томе, ипак, треба имати у виду да је "... у погледу многих својинскоправних промена (рецимо, могућност да се немаксимирано има својина на средствима за производњу, становима и др.; да је експропријација условљена јавним интересом и тржишном накнадом, и др.), Југославија раније *предњачила* у односу на друге бивше социјалистичке земље, као и у погледу основне ствари – преласка на тржишну привреду, да би у новије време Србија *заостајала* у односу на њих што се тиче неких других промена: на пример, у погледу денационализације, ремунципализације, у погледу промене режима грађевинског земљишта, ... у погледу правне неуређености земљишне књиге, у погледу нерегулисаности модерних средстава обезбеђења кредита и др. Укратко, као што смо и некада били, и сада представљамо 'засебан случај' у односу на чланице сада бивше породице социјалистичких држава." Цитат из: Владимир В. Водинелић, *Кодификовање стварног права у Србији*, у студији *Промена својинског законодавства у Србији*, Београд, 2004, стр. 18.

<sup>26</sup> Видети: Никола Гавела у реферату наведеном у напомени 14: "Понекад је тешко отети се утиску да се посебна уређења стварају, не као нужни изузеци од општих правила, него без обзира на општа правила – као да та уопште не постоје. Без довољног разлога, не барата се с појмовима истог обима и садржине као што су они општег стварноправног уређења, или се уводе неки нови, а понекад се чак и 'пресађују' правне установе јавног права на подручје приватног, грађанског права." (стр. 21)

скоправне институте који током целог периода припадања тзв. социјалистичком правном кругу нису били регулисани, те потпуније регулисати многе који су само у основи уређени. Све то се мора учинити на најбољи могући начин полазећи од постојећег стања и пројектованих циљева. Искуства других, као и сопствена, треба да нам указују како треба, али и како не треба.

У овом раду пажња је усмерена на оно што је неопходно учинити у циљу превазилажења постојећег стања у стварноправној регулативи, а акценат је стављен на денационализацију, евиденцију непокретности и кодификацију стварног права. Наведена питања разматрана су у контексту у коме су постављена у сличном раду пре четири године, са жељом да се укаже на оно шта је у међувремену учињено, а тиме и на неодговарајући темпо у спровођењу неопходних мера и промена.

### Денационализација

5. Правни термин денационализација опште је прихваћен у правној књижевности (мање у легислативи) за означавање враћања имовине која је због идеолошке неподобности одузета дотадашњим власницима и претворена у општенародну, државну, друштвену или задружну својину не само по основу национализације, већ по било ком правном основу (аграрна реформа, конфискација, секвестрација, експропријација, испитивање порекла имовине) или без правног основа. Појам реституције адекватнији је, али недовољан будући да се онда када враћање у природи није могуће врши обештећење.

У неким ранијим радовима<sup>27</sup> истицали смо да је битно да денационализација не сме бити схваћена само као морални чин и демонстрација добре воље да се учињена неправда исправи, без истовременог предузимања конкретних мера да се тај циљ постигне. Да треба наћи одговарајућу меру при давању обећања и доношењу одговарајућег за-

---

<sup>27</sup> Видети: Раденка Цветић, *Накнада штете и денационализација*, Правни живот бр. 10/2003, том II, стр. 353-362, *Стварно право Србије у европским оквирима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2005, стр. 156-157.

конодавног решења, јер усвајање нереалних опција које звуче изузетно примамљиво и обећавају безусловно враћање свих одузетих ствари и потпуно обештећење, може проузроковати још већу неправду када време покаже да их је немогуће спровести. Да је неопходно добро проценити објективне околности, те обећати и озаконити оно што је реално могуће извршити, без обзира колико то у први мах изгледало недовољно правично и изазивало оправдан револт. Да је, без обзира на тежину свих наведених процена и компликованост помирења свих супростављених интереса, неопходно што пре донети закон о реституцији и обештећењу, јер његово доношење након спроведене приватизације друштвених предузећа није добро решење, као што није добро ни неограничено одлагање приватизације због трагања за што бољим решењима за обештећење власника којима је имовина одузета.

6. У овом моменту, упркос чињеници да се први нацрт закона којим се регулише повраћај одузете имовине појавио још 1995. године<sup>28</sup> и да је до краја 2008. године урађено 13 верзија тог закона,<sup>29</sup> Србија још увек нема закон о денационализацији. Његово доношење један је од битних предуслова које Србија треба да испуни на путу ка европској интеграцији. Свеукупна ситуација настала предугим и неоправданим одлагањем денационализације резултирала је низом негативних последица: приватизација друштвених предузећа довела је до тога да је продата и имовина која треба да буде предмет враћања, ранији власници, односно њихови правни следбеници и даље су оправдано незадовољни и као да им је по други пут нанета неправда, терет обештећења (јер ће реституција у многим случајевима, ради елементарног поштовања

<sup>28</sup> Аутор је Владимир Тодоровић, адвокат из Београда, а објављен је као могући нацрт Закона о враћању имовине (денационализацији) у чланку *Законска регулатива денационализације у Југославији*, Правни живот, бр. 10/1995, стр. 165-185. Сам аутор је истакао да се ради о "законском пројекту који можда има мањи правнички а више од тога социолошко-политички, морално-психички и економски значај, са циљем да поново успостави, колико је то могуће, тако неопходне, а пре педесетак година грубо нарушене, стварне пропорције у сфери својинских односа и задовољи захтеве правде и правичности" (стр. 164).

<sup>29</sup> Као аутори појављују се разне организације и појединци, а од 2001. године почиње званична активност државе прво у оквиру Министарства правде, а затим Министарству финансија.

принципа правне сигурности, бити немогућа) сносиће сви грађани као порески обвезници.

7. Денационализација се у Србији врло често спомиње у контексту правног савладавања ауторитарне прошлости, а њено спровођење као нужност "зарад испуњења дубоко укорених очекивања."<sup>30</sup> Ипак, питању реституције и обештећења не може се више приступати са аспекта показивања добре воље државе и испуњења моралне обавезе, будући да је средином 2005. године донет Закон о пријављивању и евидентирању одузете имовине.<sup>31</sup> Решавајући проблем његовим одлагањем, доношењем таквог закона држава је, међутим, себе правно обавезала да изврши денационализацију, дошла до тачке са које нема повратка и, шта више, одредила и начин на који ће посебним законом бити решено ово питање (враћањем и обештећењем).<sup>32</sup>

О "опасности" коју за државу представља доношење оваквог закона којим се проблем денационализације парцијално регулише и ствара обавеза усвајања комплетне регулативе, говорило се још пре његовог доношења. Истицано је да Србија неће моћи да одустане од денационализације, чак иако се на основу поднетих пријава процени да не може да поднесе такав терет. Таквим евентуалним одустајањем био би повређен *принцип основаних очекивања* лица чија су права била повређена, а који је примењен у одлукама Суда за људска права у Стразбуру.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Јовица Тркуља, *Странпутице денационализације у Србији*, Hereticus, Vol. VI (2008), No. I, стр. 9.

<sup>31</sup> "Сл. гласник РС", бр. 45/2005 од 31. јуна 2005. Овим Законом уређује се поступак пријављивања и евидентирања имовине (право својине на непокретним и покретним стварима и друга имовинска права) која је на територији Републике Србије одузета без накнаде тржишне вредности или правичне накнаде, применом прописа и аката о национализацији, аграрној реформи, конфискацији, секвестрацији, експропријацији и других прописа донетих и примењиваних после 9. марта 1945. године.

<sup>32</sup> Видети у: Владимир В. Водинелић, *Денационализација: велико ишчекивање извесног (Поводом Нацрта Закона о денационализацији Србије 2007.)*, Hereticus, Vol. VI (2008), No. I, стр. 16-46.

<sup>33</sup> Истицано је чак да "само доношење оваквог парцијалног закона о денационализацији може бити и у функцији остављања 'политичке бомбе' некој новој власти." Видети: Златко Стефановић, *Денационализација у Србији – хронологија обећања*, Hereticus, 2004/4.

8. Сматрамо да приоритетни циљ закона о денационализацији, чије доношење се опет најављује и то са регулативом битно различитом од до сада предлагане, треба да буде исправљање учињене неправде у могућој мери. То, дакле, никако не може бити обештећење у смислу успостављања стања које би постојало да повреде грађанског субјективног права својине путем одузимања није било. Потпуна накнада штете је могућа онда када постоји одговарајућа имовина на којој се она може извршити. Штету коју штетник односно друго одговорно лице не може да надоканади, дефинитивно трпи оштећени. Држава не може преузети оне обавезе које не може реализовати, али, исто тако, не треба да игнорише реалне могућности враћања и обештећења и да одлагањем доношења потребног закона те могућности смањује.

Негативне последице кашњења у свим неопходним променама, треба ублажити упознавањем туђих искустава у истим или сличним ситуацијама. Многе земље су већ донеле, а неке у одређеној мери и спровеле законе о денационализацији (Немачка, Пољска, Словенија, Хрватска, Мађарска, Македонија, Црна Гора).<sup>34</sup> Полазећи од њихових искустава и сопствених могућности надлежни органи Србије морају што пре регулисати ову материју ризикујући да не могу и неће сви бити задовољни.

### **Евиденција непокретности и стварних права на непокретностима**

9. У Србији, већ две деценије, постоје три паралелна, међусобно изузетно различита, система правне евиденције непокретности: систем земљишних књига, тапијски систем и систем тзв. јединствене евиденције непокретности. Тапијски систем у Србији има третман "привременог система" још од ступања на снагу Српског грађанског законика 1844. године, с тим што је у једном дугом периоду био "привремено решење" до увођења земљишних књига, а сада је већ годинама "привремено

---

<sup>34</sup> Законска решења већине од наведених земаља доступна су на сајту Републичке дирекције за реституцију ([www.restitucija.gov.rs](http://www.restitucija.gov.rs)).

но" до увођења катастра непокретности. Његова природа прелазног решења никада га није доводила у равноправан положај при разматрању питања за коју евиденцију непокретности ће се Србија одредити. У том смислу равноправни такмаци последње две деценије били су земљишно-књижни систем и систем јединствене евиденције непокретности.

10. Катастар непокретности у смислу јединствене (фактичке и правне) евиденције непокретности као позитивно-правно решење постоји у Србији више од две деценије, а сада важећи Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима донет је 1992. године.<sup>35</sup> Иако је планирано да катастар непокретности буде не само јединствена већ и једина (да се њоме замене постојеће земљишне књиге и тапијски систем) евиденција непокретности, у једном дугом периоду након ступања Закона на снагу, до марта 2000. године катастар непокретности је устројен на око 4% укупне територије.

Један период затишја у расправама за и против постојеће или нове евиденције непокретности, обзиром на претежност аргумената у корист земљишних књига, могао је навести на помисао да се врше припреме у правцу осавремењавања и унификавања земљишно-књижне евиденције непокретности. Ипак, у Србији је дефинитивно преовладао став у прилог јединствене евиденције непокретности. Од последњих опсежних измена и допуна Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима извршених маја 2002. године, интензиван је рада на увођењу катастра непокретности. До сада је катастар непокретности успостављен на око 85% целих катастарских општина у Србији, (у 3821 катастарској општини).<sup>36</sup> Планира се да ће из-

<sup>35</sup> Службени гласник Републике Србије, бр. 83/1992; измене и допуне у бр. 53/1993, 67/1993, 48/1994, 12/1996, 15/1996, 34/2001 и 25/2002.

<sup>36</sup> У оквиру Републичког геодетског завода постоји посебан Сектор за катастар непокретности који је израдио преглед свих катастарских општина на територији Србије (презентован на сајту [www.rgz.sr.gov.yu](http://www.rgz.sr.gov.yu)). За све катастарске општине и сваку посебно може се видети да ли је успостављен катастар непокретности (и датум успостављања) или и даље постоји систем земљишних књига заснованих на катастру земљишта, или, пак, постоји само фактичка евиденција непокретности кроз катастар земљишта. Доступни су и подаци о установљеном катастру непокретности на делу катастарске општине, у оним катастарским општинама где није постојала земљишна књига.



рада катастра непокретности на целокупној територији Републике Србије бити завршена до краја 2010. године.

Дакле, може се закључити да је јединствена евиденција непокретности након вишегодишњег постојања само у виду позитивно-правног решења постала реалност у Србији. Сматрамо, међутим, да није изабран прави пут. Јасно је да је земљишнокњижни систем, међу постојећим, најсигурнији и најефикаснији систем регистровања права на непокретностима. Полазећи од тог опредељења и чињенице да представља правну традицију у једном делу Србије, разумљивије би било да је преовладао став у прилог тог система евиденције непокретности. Уз осавремењен поступак вођења земљишних књига, ажурирање података са катастром земљишта и стварним стањем, те покривање читаве територије државе овим системом имали бисмо, сходно нашој правној традицији и пројектованим циљевима, трајно и квалитетно решено питање регистровања права на непокретностима. Опредељујући се за систем јединствене евиденције непокретности путем катастра непокретности у надлежности управне власти, изабрали смо нешто ново, прилично оригинално, дакле, непроверено. Бројне тешкоће у реализацији ове идеје, перманентно трагање за адекватним правилима у протеклом периоду, предзнак су проблема који ће неминовно пратити систем јединствене евиденције непокретности.

11. Значај уређене и тиме поуздане евиденције непокретности на почетку XXI века није више потребно посебно истицати. Сагледавање незадовољавајућег стања у којем се та евиденција у Србији налазила у једном дугом временском периоду само је полазиште за могуће закључке у ком правцу се могло, те како се кренуло у његово превазилажење.

Реалност је да је у Србији преовладало схватање да излаз треба тражити путем јединствене евиденције у виду катастра непокретности који садржи податке о фактичком и правном стању непокретности. У току је и рад на доношењу новог закона који уређује ову материју. Републички геодетски завод израдио је нацрт Закона о државном премеору и катастру непокретности<sup>37</sup> чија решења треба да отклоне све тешко-

---

<sup>37</sup> Последња верзија нацрта утврђена је 10.02.2009. године. У току фебруара Републички геодетски завод организовао је три јавне расправе. Текст Нацрта налази се на сајту Завода.

ће које су настале због неадекватног регулисања сада важећим Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима. Уочљива је тежња аутора Нацрта да се побољшање постојећих законских решења тражи у усвајању проверених правила земљишнокњижног права (у погледу начела, права која се уписују, врста и дејства уписа, поступка уписа, правних лекова). Ипак, чини се да неке новине, а нарочито у погледу састава катастра непокретности и самог листа непокретности, трајно ову евиденцију удаљавају од земљишнокњижног концепта чији су темељи земљишнокњижно тело као правна целина и принцип *superficies solo cedit*.

Састав катастра непокретности је измењен у правцу стварања у правом смислу речи јединствене евиденције о непокретностима и правима на њима у виду базе података катастра непокретности. Наиме, док према важећем Закону катастарски операт опонаша главну књигу у систему земљишних књига,<sup>38</sup> Нацртом се предвиђа формирање базе података (на основу података садржаних у елаборату и збирци исправа) која приказује комплетно (фактичко и правно) стање непокретности. Овакав приступ представља, међутим, и неопходан уступак захтевима електронске обраде података. Оно што ће се евентуално показати као недостатак је чињеница да база података, због детаљности и извршене фрагментације (подељеност података у одређене тематске целине) неће бити у стању да пружи једноставну и целовиту информацију о стању непокретности као што то може главна књига. Треба, такође, имати у виду да би потпуно превођење евиденције непокретности у електронски систем података (нарочито у погледу збирке исправа и брисања ранијих уписа) могао угрозити сигурност података и поверење у саму евиденцију.<sup>39</sup>

У погледу састава листа непокретности могао би се ставити сличан приговор. Већ је важећи Закон напустио традиционални састав зе-

---

<sup>38</sup> Катастарски операт састоји се из листова непокретности на исти начин као што главна књига представља збир земљишнокњижних уложака.

<sup>39</sup> О скептицизму у погледу тога да би потпуни електронски систем могао угрозити сигурност података и поверење у земљишне књиге видети у: Willibald Posch, *Даљњи развој ЕОП земљишне књиге у Аустрији. Модел за Хрватску?*, Liber amicorum Nikola Gavella (Грађанско право и развоју), Загреб, 2007, стр. 227-240.

мљишнокњижног улошка иако се стварао привид да је он само донекле измењен. У Нацрту је потпуно изостала подела овог основног документа о непокретностима на одређене листове који садрже унапред предвиђене податке. Полази се од тога да је лист непокретности основни документ о непокретностима и правима на њима и прописује које податке садржи, те врши њихово груписање у неколико тематских целина. Таквим уређењем листа непокретности у суштини напушта се концепт земљишнокњижног тела као правне целине и превиђа могућност да у нашем стварном праву дође до реafirмације правила *superficies solo cedit*, која је, међутим, наговештена ако се има у виду постојећи Нацрт Законика о својини и другим стварним правима.<sup>40</sup>

### Кодификација стварног права

12. Из приказа појединих периода у развоју стварног права Србије (Југославије) види се да на овом простору није било кодификације грађанског права у једном дугом периоду. Од када је нестао уставни основ за доношење јединственог грађанског законика за некадашњу Југославију (1971), поједини делови грађанског права добили су своју потпуну регулативу (породично и наследно), неки скоро потпуну (облигационо), док су општи део и стварно право имали другачију судбину. Практично, од престанка важења Српског грађанског законика, 1946. године, материја општег дела грађанског права фрагментарно је регулисана низом прописа, док је стварно право само делимично регулисано.

13. Недостатак стварног права Србије није, међутим, само у постојању низа законских празнина (личне службености, право грађења, реални терети, суседска права, а од 1996. године и етажна својина), већ и чињеница да ни институти који су регулисани нису довољно и на адекватан начин уређени. Стога се намеће потреба не само попуњавања

---

<sup>40</sup> Члан 25. Нацрта гласи: "Ствар трајно спојена са земљиштем својина је власника земљишта, и преноси се, залаже, наслеђује, подлеже другом располагању и заплени по истим одредбама као и земљиште, ако није друкчије одређено или уговорено."

законских празнина у стварном праву, проузрокованих још доношењем Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, из 1946. године, већ и измена и знатна допуна постојеће стварноправне регулативе. Постојеће стање је резултирало знатном правном несигурношћу, будући да је недовољна регулатива увек идеална подлога за (пре)широко тумачење и тиме неједнако поступање у једнаким случајевима.

Проблем недовољне регулисаности ове области могао би се решити било доношењем новог јединственог грађанског законика, или рекодификовањем Српског грађанског законика,<sup>41</sup> или изменом и допуном Закона о основама својинскоправних односа, или доношењем низа посебних закона који би регулисали нерегулисани или подрегулисани институте стварног права, или, пак, доношењем новог закона који би свеобухватно регулисао стварно право и заменио сву до сада постојећу парцијалну регулативу ове области. Међутим, "... има и оних који сматрају да ће се сви проблеми решити уласком у Европску унију и рецепцијом будућег Европског грађанског законика."<sup>42</sup> Нажалост, многи поступци креатора нашег правног система, управо имају карактер олаког чекања оваквог решења, иако се у овом моменту не зна шта је неизвесније, да ли ступање Србије у Европску унију или доношење Европског грађанског законика. Поред тога, треба имати у виду да комуни-

---

<sup>41</sup> Владимир В. Водинелић, *Кодификовање стварног права ...* (у студији цитираној у напмени 24), стр. 11: "Већина одредаба српског Грађанског законика и сада би могла да важи када је реч о стварноправним регулама – под условом да се подржи одговарајућим тумачењем и попуњавањем законских и правних празнина (на који начин и до данас живе кодификације које су и старије од српске). Али да би се српски Грађански законик (тј. његов стварноправни део) поново увео у правну снагу, пре самог поновног увођења, истовремено с увођењем или потом, биле би потребне и бројне интервенције на његовим (стварноправним) одредбама, у смислу укидања одредби, измена и допуна. Укратко, било би потребно сада постићи све оно чега је он (за разлику од, на пример, аустријског Грађанског законика) био лишен у дугом периоду његовог важења, током безмало сто година. С обзиром на то, српски Грађански законик морао би се допуњавати и мењати у својој стварноправној деоници у толикој мери да је несумњиво пробитачније изградити нови стварноправни Законик/Закон, интегришући у њега хвале вредна решења Српског грађанског законика."

<sup>42</sup> Душан Николић, *Хармонизација и унификација...*, стр. 175.

тарно право (правна тековина европских заједница), будући да садржи врло мало одредаба из домена стварног права, још дуго не може бити замена за национално право у овој области.<sup>43</sup>

Доношење новог закона који би свеобухватно регулисао стварно право и заменио сву до сада постојећу парцијалну регулативу ове области било би од великог значаја за прекид дугог периода правне несигурности. Сматрамо да је то сигурнији пут постизања једног заокруженог и складног система стварног права. Парцијална кодификација појединих важних питања из ове области,<sup>44</sup> могућа је као бржа варијанта решавања горућих проблема, али она, кад-тад, захтева један целовит приступ датој правној материји и међусобно усклађивање. Како-год, отклањање постојећег стања стварног права је императив, и, ако се то учини како треба, биће већ само по себи корак ближе ка Европи и њеним правним стандардима.

14. Радна група формирана у јесен 2003. године, при Министарству финансија и економије, израдила је нацрт Закона о својини и другим стварним правима. Представљање Нацрта Законика о својини и другим стварним правима<sup>45</sup> одржано је крајем новембра 2007. године у присуству званичника, чланова Радне групе која га је израдила и ужег круга правничке јавности. Као прилог јавној расправи одржан је и округли сто у децембру 2008. године, а у току је активност Радне групе на коначном уобличавању текста који би требао да се нађе у скупштинској процедури. Значај овог пројекта и нужност његовог привођења крају, односно уласка у скупштинску процедуру, потенциран је чиње-

---

<sup>43</sup> Душан Николић, *Основни правци развоја стварног права у Србији*, Европски правник, бр. 1/2008, стр. 103.

<sup>44</sup> У мају 2003. године донет је Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Сл. гласник РС*, бр. 57/2003, а у децембру 2005 године Закон о хипотеци, *Сл. гласнику РС*, бр. 115/2005 од 27. децембра 2005. године.

<sup>45</sup> Израдила га је Радна група образована 27. октобра 2003. године од стране Министарства финансија и економије Владе Републике Србије. Састав радне групе објављен је у: *Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд, 2007, издавачи GTZ (Немачка организација за техничку сарадњу) и Министарство правде Републике Србије; стр. 14 и 17.

ницом да Србија практично већ више од шездесет година,<sup>46</sup> нема кодификовано стварно право.

Дуготрајна подрегулисаност неке области, по правилу, производи реакцију детаљне и (пре)опширне регулативе.<sup>47</sup> То се управо и десило у случају коначне верзије текста Законика о својини и другим стварним правима, која садржи 682 члана (без прелазних и завршних одредби), а већина чланова садржи више ставова који су, у многим случајевима, издељени на бројне алинеје. Текст је подељен на дванаест делова: Основне одредбе (чл. 1-37), Државина и притежање (чл. 38-83), Својина (чл. 84-287), Коришћење утрине и пашњака (чл. 288-289), Суседско право (чл. 290-306), Службеност (чл. 307-405), Закуп (чл. 406-435), Реални терети (чл. 436-452), Залога (чл. 453-596), Реални дуг (чл. 597-645), Друга права обезбеђења (чл. 646-682) и Прелазне и завршне одредбе.

Читање регулативе оставља утисак обухваћености свих замисливих случајева и постојање правила за њихово адекватно решавање (метод апстрактне казуистике). Машта правника нема ту богзна шта да дода, али живот би се вероватно постарао за то. Претпоставка је да би правна пракса овај текст радо видела у форми закона баш због свеобухватности, детаљног уређења и прецизности, упркос сложености неких формулација које га на појединим местима оптерећују.

## Резиме

Иницијатива Европског парламента за доношење Европског грађанског законика из 1989. године, која није имала адекватан ехо у нашој правној књижевности и струци, изазвала је различите реакције, па чак и поларизацију у научној и стручној јавности земаља западне Европе. При томе је дивергенција, мањег или већег степена, између нацио-

---

<sup>46</sup> Тачније речено од 1946. године, када је Српски грађански законик, Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, стављен ван снаге заједно са осталим прописима који су важили у Краљевини Југославији.

<sup>47</sup> Да се, у случају оскудне нове регулативе, не би десило да правна пракса, а пре свега судови, по инерцији наставе истим путем.

налних правних система, врло често навођена управо као главни аргумент за, односно против таквог законика. Да ли се дефинитивно одустало од таквог начина унификације ове веома важне правне области, те да ли су покушаји изналагања могућности хармонизације грађанског права дефинитиван циљ или само прелазна фаза ка његовој унификацији, показаће време.

За носиоце власти и припаднике правне науке и струке у Србији изналагање начина за испуњавање услова за придруживање Европској унији представља изазов праћен великом одговорношћу. Многа лутања и странпутице у развоју правног система Србије и недовољна развијеност његових појединих сегмената, додатно усложњавају и отежавају процес хармонизације нашег права са важећим правним стандардима у Европи. Имајћи то у виду, у овом раду пажња је посвећена томе шта треба учинити у циљу превазилажења постојећег стања стварноправног уређења, ради његове хармонизације са европским правним стандардима.

Стварно право у Србији, од почетка изградње модерне српске државе и правног система, имало је успоне и падове у свом развоју, посматрано у целини, а нарочито у погледу појединих института. Дугогодишње припадање тзв. кругу социјалистичких правних поредака проузроковало је низ деформација. У реформи стварног права у Републици Србији неопходно је адекватним предлозима довести до њиховог отклањања. Враћање традиционалним вредностима, институтима и садржајима уз уважавање постојећих европских правних стандарда и коришћење позитивних искустава других, прави је пут за постизање таквог циља.

За даљи развој стварног права у Републици Србији, неопходно је извршити денационализацију и приватизацију, евидентирати на поуздан начин шта је чије, уз претходно прецизирање које непокретности и под којим условима могу бити самостални правни објекти, регулисати све оне институте који од дерогације Српског грађанског законика нису били регулисани, те потпуније и измењено регулисати многе који су само у основи уређени. Све то се мора учинити на најбољи могући начин полазећи од постојећег стања и пројектованих циљева. Искуства других, као и сопствена, треба да нам указују како треба, али и како не треба.

**Prof. Radenka Cvetić, LL.D.**

Associate Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

## EUROPEAN FRAMEWORK OF SERBIAN PROPERTY LAW

### Summary

*The 1989 European Parliament initiative to adopt a European Civil Code did not have the desired effect in our legal literature and profession, while it did, on the contrary, stir up the professional and scientific public of Western Europe. The idea brought about different reactions, even resulting in polarization, while the divergence, whether small or great, between the national legal systems has often been cited as the main argument for and against such a code. Only time will tell whether such a form of unification of a highly important field of law has been abandoned, as well as whether the exploration of possibilities for the harmonization of civil law is a goal in itself or just a passing phase leading to its unification.*

*For the political leaders and members of the legal science and profession in Serbia to find a way to meet the conditions for accession to the European Union is a challenge accompanied by huge responsibility. Much searching and many deviations in the development of the Serbian legal system and the insufficient development of its certain segments, have further complicated and encumbered the process of harmonization of Serbian law with the current legal standards in Europe. Having this in mind, this paper focuses on what should be done in order to overcome the present situation of property law, for its harmonization with European legal standards.*

*Since the very beginning of the building of a modern Serbian state and legal system, property law has had its ups and downs with respect to its development in general, and particularly so regarding the development of certain institutes. The many years during which this country was a member of the so-called circle of socialist legal orders have caused a series of deformations. In the reform of property law in the Republic of Serbia, it is necessary to bring about the removal of these deformations with adequate proposals. The right way to achieve this goal is to return to traditional values, institutes and content while keeping in mind the existing European legal standards, and using the positive experiences of others.*



*For the further development of property law in the Republic of Serbia, it is necessary for denationalization and privatization to be carried out, to record in a reliable manner of what belongs to whom, while beforehand, precisely defining what immovables and under what conditions may be independent legal objects, to regulate all civil law institutes which were not regulated following the derogation of the Serbian Civil Code, and to more thoroughly and differently regulate those that were only partially or insufficiently regulated. All of this has to be done in the best way possible, starting from the situation and the projected goals. The experiences of others, as well our own, should serve as indicators as to what should be done and what should not.*

**Key words:** *the European Civil Code, denationalization, keeping records on property ownership, codification of real property law*



*Dr. sc. Eduard Kunštek, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*

## **DOSTAVA U GRAĐANSKIM I TRGOVAČKIM STVARIMA – SRBIJA I HRVATSKA**

### **Apstrakt:**

*Učinkovitost sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima ovisi, između ostalog, i o brzini dostave sudskih i izvansudskih pismena. Slijedom navedenoga, propisi pojedinih država i međunarodnih ugovora koji se odnose na dostavu u inozemstvo, od posebnog su značenja – napose u predmetima u kojima stranke i drugi sudionici građanskog postupka borave na području različitih država. Kad su u pitanju Srbija i Hrvatska, ova materija je uređena njihovim nacionalnim zakonima kao i Haškom konvencijom o građanskom postupku od 17. jula 1954., kojoj su obje ove države stranke, te bilateralnim ugovorom o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima sklopljenim u Beogradu 1997. Dodatno, Hrvatska je stranka Haške konvencije o dostavi u inozemstvo od 15. novembra 1965., koja se ne primjenjuje u odnosu na Srbiju. Kako će obje ove države, po svemu sudeći, u bliskoj budućnosti postati članice Europske unije, ovaj članak poklapanja osobitu pažnju Uredbi Vijeća (EZ) broj 1348/2000 od 29. svibnja 2000. godine o dostavi sudskih i izvansudskih isprava u građanskim ili trgovačkim stvarima. Ona će očigledno utjecati na dostavu u građanskom postupku između sudova Srbije i Hrvatske i omogućiti njihovu učinkovitije postupanje.*

### **Ključne reči:**

*dostava sudskih i izvansudskih isprava, građanske i trgovačke stvari, Republika Srbija i Republika Hrvatska*

## I. UVODNE NAPOMENE

Međunarodna pravna pomoć, pored dostave sudskih i srodnih isprava iz jedne države adresatima u drugoj državi, podrazumijeva i druge aktivnosti poput izvođenja ili pribavljanja dokaza u jednoj državi za potrebe sudskog postupka koji se vodi u drugoj državi te pribavljanja podataka o stranom pravu.<sup>1</sup> Dostava u inozemstvo ipak predstavlja najčešći vid međunarodne pravne pomoći od čijeg funkcioniranja često ovisi brzina i učinkovitost postupka u državi čiji sud ili drugi organ traži njeno pružanje. Dostavljanje se vrši različitim sudionicima u postupku (stranke, svjedoci, vještaci itd.), a može se odnositi na različite isprave – sudske pozive, podneske stranaka, odluke sudova i sl. Dostavljanje drugih isprava može se odnositi na isprave o građanskim (osobnim) stanjima: o rođenju, sklapanju braka, pozakonjenju, razvodu braka, smrti itd.<sup>2</sup>

Ovu važnu materiju na međunarodnom planu uređuju Haške konvencije o građanskom postupku (1907. i 1954.) i posebna Haška konvencija o dostavljanju u inozemstvo sudskih i izvansudskih akata iz 1965. koja je na snazi u odnosu na Hrvatsku od 1. studenog 2006. godine, ali ne i u odnosu na Srbiju. Haška konvencija iz 1954. je na temelju sukcesije iza bivše SFRJ na snazi i u odnosu na Srbiju i u odnosu na Hrvatsku.<sup>3</sup> Na ovome mjestu treba spomenuti i jednu drugu konvenciju, koja je također na snazi u odnosu na obje spomenute države, a koja sadrži odredbe o međunarodnoj prav-

---

<sup>1</sup> O međunarodnoj pravnoj pomoći v. u Đuro Vuković, Eduard Kunštek, Međunarodno građansko postupovno pravo, Zagreb, Zgombić i partneri, 2005., str. 216. et seq.

<sup>2</sup> Podaci o tome upisuju se u posebne javne registre - matične knjige. Izvodi iz matičnih knjiga o ovim stanjima koji se izdaju u jednoj državi, a odnose se na državljane druge države, dostavljaju se u tu drugu državu gdje se mogu uporabiti za razne svrhe. Tako, na primjer, prema Konvenciji između Jugoslavije i Francuske o izdavanju isprava o osobnom statusu i oslobodenju od legalizacije, pod ispravama o osobnom stanju razumijevaju se isprave o rođenju, upisu presuda i odluka o razvodu braka, o upisu odluka u stvarima usvojenja i drugih odluka koje se odnose na osobna stanja. Strane ugovornice dostavljaju jedna drugoj izvode iz matičnih knjiga o tim stanjima, koji se odnose na državljane druge države ili na osobe rođene na području te države. V. članke 1. i 2. (Službeni list SFRJ MU 3/71.). Ugovor je na snazi u odnosu na Hrvatsku na temelju sukcesije (Narodne novine MU, 4/96.).

<sup>3</sup> Službeni list FNRJ MU, 15/59. U odnosu na tadašnju FNRJ stupila je na snagu 11. 12. 1962. Konvencija je na snazi u odnosu na Hrvatsku na temelju sukcesije (Narodne novine MU, 4/94.).

noj pomoći, pa i o dostavljanju u inozemstvo u posebnoj vrsti građanskih stvari. Radi se o Konvenciji o ostvarivanju alimentacijskih zahtjeva u inozemstvu iz 1956. godine.<sup>4</sup> Ona je od osobite važnosti jer je univerzalnog značenja i mogu joj pristupiti gotovo sve države svijeta, što je njihova većina doista i učinila.<sup>5</sup> Prema ovoj Konvenciji države su imenovale posebna prijamna i otpremna tijela, na koji je način između njih olakšana i obrzana dostava različitih isprava koje služe ostvarivanju u ovim socijalno osjetljivim predmetima.<sup>6</sup> S obzirom na znatne migracije koje su se u bliskoj prošlosti odvijale u državama nastalim raspadom bivše SFRJ, postojanje ove Konvencije je od izuzetne koristi za njihove državljane i druge osobe koja na njihovom području imaju prebivalište.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, New York, 1956. (Službeni list FNRJ MU, 2/60.). Konvencija je na snazi u odnosu na Hrvatsku na temelju sukcesije (Narodne novine MU, 4/94.).

<sup>5</sup> V. članak 13.: „1. Ova Konvencija će biti otvorena za potpis do 31. prosinca 1956. godine svakoj Članici Ujedinjenih naroda, svakoj Državi nečlanici koja je prihvatila Statut Međunarodnog suda pravde, ili je član neke od specijaliziranih agencija, i svakoj drugoj državi nečlanici koju Ekonomsko-socijalno Vijeće pozove da postane članica ove Konvencije.

2. Ova Konvencija podliježe ratifikaciji. Ratifikacijski instrumenti biti će deponirani kod Generalnog tajnika.

3. Ovoj Konvenciji može pristupiti u svako vrijeme svaka država spomenuta u paragrafu 1. ovog članka. Instrumenti o pristupanju biti će deponirani kod Generalnog tajnika.“

<sup>6</sup> V. članak 2. „1. Svaka Strana ugovornica će, u momentu polaganja instrumenata o ratifikaciji ili pristupanju imenovati jednu ili više sudbenih ili upravnih vlasti koje će na njevoj teritoriji vršiti ovlasti otpremnog tijela.

2. Svaka Strana ugovornica će, u momentu polaganja instrumenta o ratifikaciji ili pristupanju imenovati javno ili privatno tijelo koje će na njevoj teritoriji vršiti funkcije prijamnog tijela.

3. Svaka Strana ugovornica će bez odlaganja priopćiti Generalnom tajniku Ujedinjenih naroda imenovanja izvršena po paragrafima 1 i 2 i svaku promjenu koja bi glede toga bila izvršena.

4. Otpremna i prijamna tijela mogu izravno komunicirati s otpretnim ili prijavnim tijelima ostalih Strana ugovornica.“

<sup>7</sup> Tekst Konvencije v. u Vuković, Kunštek op. cit., str. 675. et seq. Notifikacije vezi s imenovanim prijavnim i otpretnim tijelima država koje su od većeg interesa za Srbiju i Hrvatsku, prema podacima tajništva UN na dan pisanja ovoga rada navedene su u pravitku na kraju ovog teksta.

Neke konvencije koje se, između ostaloga odnose na dostavu u inozemstvo, imaju regionalni karakter,<sup>8</sup> a ova materija je unutar Europske unije uređena Uredom Vijeća (EZ) 138/2000 o dostavi sudskih i izvanjudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima od 29. svibnja 2000.,<sup>9</sup> prema kojoj su države članice obvezne imenovati prijamna i otpremna tijela, kao i središnje tijelo s posebnim ovlastima i odgovornostima.<sup>10</sup>

Dostavljanje se uređuje i bilateralnim konvencijama, i to najčešće konvencijama o pravnoj pomoći. Takva konvencija, koja uređuje i ostale oblike pravne pomoći u građanskim stvarima, ali i u kaznenim stvarima, sklopljena je između Srbije i Hrvatske 1997. godine.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Npr. Código Bustamante i Inter-američka konvencija o zamolnici koja je sklopljena u Panami 31. siječnja 1975. godine. V. Vuković, Kunštek, op. cit. str. 221.

<sup>9</sup> Council Regulation of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (No 1348/2000/EC), Official Journal No L 160, 30/06/2000 str. 37-43.

<sup>10</sup> V. članak 2.: „1. Svaka Država članica će imenovati javne službenike, tijela ili druge osobe, koji se u nastavku označavaju kao „otpremna tijela“, koji će biti nadležni za otpremu sudskih ili izvanjudskih isprava radi dostave u drugoj Državi članici.

2. Svaka Država članica će imenovati javne službenike, tijela ili druge osobe, koji se u nastavku označavaju kao „prijamna tijela“, nadležne za primitak sudskih ili izvanjudskih isprava iz druge Države članice.

3. Država članica može imenovati jedno otpremno i jedno prijamno tijelo ili jedno tijelo koje će obavljati obje dužnosti. Savezna država, država u kojoj se primjenjuje više pravnih sustava ili država sa autonomnim područnim jedinicama bit će slobodna da imenuje više od jednog takvog tijela. Imenovanje će imati učinke tijekom razdoblja od pet godine i može se obnavljati tijekom narednih petogodišnjih razdoblja.

4. Svaka država članica će dostaviti Komisiji slijedeću informaciju:

(a) o nazivu i adresama prijamnih tijela iz stavaka 2. i 3.;

(b) o zemljopisnim područjima njihove nadležnosti;

(c) o načinima primitka isprava koja su im dostupna; i

(d) o jezicima koji se mogu koristiti za popunjavanje standardiziranog obrasca iz Dodatka. Države članice će izvijestiti Komisiju o bilo kakvoj naknadnoj izmjeni te informacije.“

V. i članak 3: „1. Svaka Država članica će imenovati središnje tijelo odgovorno za:

(a) davanje informacija otpremnim tijelima;

(b) traženje rješenja za teškoće koje mogu nastati tijekom prijenosa isprava radi dostave;

(c) prosljeđivanje, u iznimnim situacijama, po zahtjevu otpremnog tijela, zamolnica radi dostave nadležnom prijamnom tijelu.

Savezna država, država u kojoj se primjenjuje više pravnih sustava ili Država s autonomnim teritorijalnim jedinicama, slobodna je imenovati više od jednog središnjeg tijela.“

<sup>11</sup> Ugovor između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima sklopljen je 15. rujna 1997. (Narodne novine – Me-

U internim pravima propisi o dostavljanju obično se nalaze u zakonima o građanskom postupku, zakonima o međunarodnom privatnom pravu itd. U Hrvatskoj dostavljanje fizičkim i pravnim osobama u inozemstvo uređuje Zakon o parničnom postupku.<sup>12</sup> Isto vrijedi i za Srbiju koja ovu materiju uređuje na gotovo istovjetan način, budući da se procesni sustavi ovih država u bitnim načelima zapravo i ne razlikuju.<sup>13</sup>

## II. VAŽNOST DOSTAVE

Općenito se smatra da je dostava praktični problem, pa joj legislativa, a posebno praktičari ne posvećuju dostatnu pažnju. Zbog toga postupci

---

međunarodni ugovori, 6/98.) stupio je na snagu 28. svibnja 1998. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 6/98.).

<sup>12</sup> Članak 136. Kad dostavu treba obaviti osobama ili ustanovama u inozemstvu ili strancima koji uživaju pravo imuniteta, dostava će se obaviti diplomatskim putem, ako u međunarodnom ugovoru ili u ovom zakonu (članak 146) nije što drugo određeno. Članak 146. (1) Tužitelj ili njegov zastupnik koji se nalaze u inozemstvu, a tužitelj nema punomoćnika u Republici Hrvatskoj, dužni su već prigodom podnošenja tužbe imenovati punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj. Ako oni tako ne postupe, sud će tužbu odbaciti. (2) Tuženika ili njegova zastupnika koji se nalaze u inozemstvu, a tuženik nema punomoćnika u Republici Hrvatskoj, sud će već prigodom dostave prvoga pismena pozvati da u primjerenom roku postave punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj, uz upozorenje da će u suprotnom sud tuženiku na njegov trošak postaviti zastupnika za primanje pismena iz reda odvjetnika i javnih bilježnika i preko toga zastupnika obavijestiti tuženika odnosno njegova zastupnika o tom postavljenju. (3) Stranci koja opozove punomoć punomoćniku za primanje pismena i istodobno ne postavi drugog takvog punomoćnika, sud će dostavu obavljati stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda, sve dok ta stranka ne postavi drugoga punomoćnika za primanje pismena. (4) Punomoćnik za primanje pismena koji je obavijestio sud o tome da je stranci otkazao punomoć i priložio nesumnjiv dokaz o tome da je stranka uredno primila taj otkaz, dužan je za stranku i dalje primati pismena sve dok ne protekne trideset dana od dana kojega je sudu priložio taj dokaz. Ako stranka u roku od trideset dana od dana primitka otkaza punomoći ne obavijesti sud o imenovanju novoga punomoćnika za primanje pismena, sud će postupiti u smislu odredbe stavka 3. ovoga članka. (5) Sredstva za pokriće troškova postavljanja i rada zastupnika tuženika za primanje pismena dužan je predumjeti tužitelj na temelju rješenja suda protiv kojega nije dopuštena posebna žalba. Ako tužitelj ne predumje ta sredstva u roku koji je sud odredio u svom rješenju, sud će tužbu odbaciti. (6) Pravila o postavljanju zastupnika tužitelju za primanje pismena na odgovarajući se način primjenjuju na umješače.

<sup>13</sup> V. Zakon o parničnom postupku Republike Srbije, član 130.

možu trajati izvan vremenskih granica koje bi se mogle tolerirati i izazivati frustraciju stranaka, najčešće tužitelja. To pak dovodi do povrede njihovih ustavom zajamčenih prava na pravično suđenje, odnosno na suđenje u razumnom roku i u konačnici, kad su Srbija i Hrvatska u pitanju, do povrede članka 6.1. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>14</sup> Pravo na pravično suđenje, pa i na način da stranka sudjeluje u tom postupku, koje se pravilnom dostavom izravno ostvaruje, zaštićeno je i u unutarnjem pravu suvremenih država na različite načine, pa obično i omogućavanjem izvanrednih pravnih sredstava protiv odluke suda koja je donesena u postupku u kojem jedna od stranaka nije mogla sudjelovati zbog propusta koji se odnose na dostavu. Obično se dopušta ponavljanje postupka.<sup>15</sup> Kad je u pitanju međunarodno građansko postupovno pravo pravilna dostava u postupku je jedna od pretpostavki za priznanje inozemne sudske odluke. Tako i prema Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima.<sup>16</sup>

Važnost dostave je posebno istaknuta i u Uredbi (EZ) broj 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. godine s kojom se ustanovljava Europski ovršni nalog za neprijeporne tražbine koja propisuje mi-

---

<sup>14</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No.: 005. „In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.“

<sup>15</sup> Srpski ZPP, član 422. stav 1. točka 1. ; hrvatski ZPP, članak 421. stavak 1. točka 2.

<sup>16</sup> Službeni list SFRJ, 42/82. i 72/82. V. članak 88.

„Sud .....odbit će priznanje strane sudske odluke ako u povodu prigovora osobe protiv koje je ta odluka donesena utvrdi da ta osoba nije mogla sudjelovati u postupku zbog nepravilnosti u postupku.

Osobito će se smatrati da osoba protiv koje je donesena strana sudska odluka nije mogla sudjelovati u postupku zbog toga što joj poziv, tužba ili rješenje kojim je započet postupak nije bilo osobno dostavljeno odnosno što uopće nije ni pokušana osobna dostava, osim ako se bilo na koji način upustila u raspravu o glavnoj stvari u prvostupanjskom postupku.“



nimalne procesne standarde za potvrđivanje neke odluke kao europskog izvršnog naloga – između ostalog i glede dostave.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004

creating a European Enforcement Order for uncontested claims.

V. članak 13. (Dostava s dokazom o primitku od strane dužnika):

„1. Isprava s kojom se pokreće postupak ili druga odgovarajuća isprava može se dostaviti dužniku na jedan od slijedećih načina:

(a) osobnom dostavom s potvrdom primitka, uključujući i nadnevak primitka, potpisanom od dužnika;

(b) osobnom dostavom potvrđenom u ispravi koju je potpisala ovlaštena osoba koja je izvršila dostavu, a u kojoj se navodi da je dužnik primio pismeno ili ga bez opravdanja odbio primiti, te dan izvršene dostave;

(c) poštanskom pošiljkom s povratnicom na kojoj je dužnik potvrdio prijem kao i nadnevak primitka;

(d) elektronskom dostavom poput telefaksa ili elektronske pošte, s potvrđenim prijemom i nadnevkom primitka, potpisanim i vraćenim od strane dužnika.

2. Pozivi na ročišta mogu se dostavljati dužniku sukladno stavku 1. ili usmeno na prethodnom ročištu o istoj tražbini uz naznaku u zapisniku s tog ročišta.“

V. i članak 14. (Dostava bez dokaza o primitku od strane dužnika):

„1. Isprava s kojom se pokreće postupak ili druga odgovarajuća isprava, kao i bilo koji poziv na ročište također se može dostaviti dužniku na jedan od slijedećih načina:

(a) osobnom dostavom na dužnikovu adresu osobama koje s njim žive u istom kućanstvu ili su u tom kućanstvu zaposlene;

(b) u slučaju da je dužnik obrtnik ili pravna osoba, osobnom dostavom njegovim zaposlenicima u poslovnim prostorijama dužnika;

(c) ostavljanjem isprave u dužnikovom poštanskom sandučiću;

(d) ostavljanjem isprave u poštanskom uredu ili kod nadležne javne vlasti i stavljanjem pisane obavijesti u dužnikov poštanski sandučić da je to ostavljanje izvršeno a u kojoj obavijesti se jasno navodi narav isprave kao sudske isprave ili pravni učinak obavijesti u smislu da je s njom izvršena dostava i početak tijeka rokova.

(e) poštanskom dostavom bez dokaza sukladno stavku 3. ako dužnik ima adresu u državi članici podrijetla.

(f) elektronskim putem koji je potvrđen automatskom potvrdom o isporuci, uz pretpostavku da je dužnik unaprijed izričito prihvatio takav način dostave.

2. U svrhu primjene ove Uredbe, dostava prema stavku 1. nije dopuštena ako dužnikova adresa nije izvjesno poznata.

3. Dostava sukladno stavku 1, (a) do (d) će se potvrditi:

(a) ispravom koju je potpisao dostavljač i u kojoj se navodi:

(i) način dostave koji je korišten; i

(ii) nadnevak dostave; i

(iii) ako je isprava dostavljena osobi koja nije dužnik, ime te osobe i njen odnos s dužnikom, ili

### III. PRETPOSTAVKE ZA PRUŽANJEM MEĐUNARODNE PRAVNE POMOĆI – DOSTAVU U INOZEMSTVO

Prema rješenjima na međunarodnom planu i internim propisima pojedinih država međunarodna pravna pomoć, pa i ona koja se odnosi na dostavu u zamoljenoj državi, pruža se ako su ispunjene određene pretpostavke. One se mogu svrstati u tri glavne skupine:

- 1) pretpostavke koje se odnose na zahtjev za pružanjem međunarodne pravne pomoći;
- 2) pretpostavku uzajamnosti između države moliteljice i zamoljene države; te
- 3) pretpostavku da tražena radnja nije protivna javnom poretku zamoljene države te njenom suverenitetu ili sigurnosti.<sup>18</sup>

#### Pretpostavke koje se odnose na zamolnicu

Ova grupa pretpostavki se može odnositi na sadržaj i oblik (formu) zamolnice, način njena dostavljanja, postojanje nadležnosti organa koji po njoj treba postupiti itd. Ako one ne postoje međunarodna pravna pomoć se prema ustaljenim rješenjima na međunarodnom planu i pravima pojedinih država, kao i njihovoj praksi neće pružiti.

Kad je u pitanju jezik zamolnice spomenuti propisi Srbije i Hrvatske postupaju na sličan način, pa je potrebno da ona bude sastavljena na srpskom jeziku ili uz nju treba biti priložen ovjerovljeni prijevod na taj jezik (Srbija),<sup>19</sup> odnosno na jeziku koji je u službenoj uporabi u sudu ili uz nju treba biti dostavljen ovjerovljeni prijevod na taj jezik (Hrvatska).<sup>20</sup>

Međutim, važeći ugovor o pravnoj pomoći između ovih država ostavlja mjesta dvojbi može li se odbiti međunarodna pravna pomoć, pa i dostava, ako zamolnica ne udovoljava prednje navedenoj pretpostavki. Prema njemu „sudovi i druga nadležna tijela država stranaka prigodom postupanja međusobno komuniciraju na svom jeziku“.<sup>21</sup> Ova odredba se može tumačiti

---

(b) potvrdom prijema od osobe kojoj je dostava izvršena u svrhu primjene stavka 1(a) i (b).“

<sup>18</sup> V. Vuković, Kunštek, op. cit., str. 225. et seq.

<sup>19</sup> Srpski ZPP, član 174.

<sup>20</sup> Hrvatski ZPP, članak 183.

<sup>21</sup> V. članak 5.

i na način da sud iz Srbije može uputiti zamolnicu nadležnom tijelu u Hrvatskoj na ćirilici i na srpskom jeziku, kao i da sud iz Hrvatske može uputiti zamolnicu nadležnom tijelu u Srbiji na jednom od jezika koji je u službenoj uporabi u tom sudu (npr. hrvatskom ili talijanskom). Budući da su sudovi dužni primjenjivati i međunarodne ugovore<sup>22</sup> koji, prema većini rješenja u poredbenom pravu imaju veću pravnu snagu od zakona odnosne države,<sup>23</sup> čini se da sudovi Srbije i Hrvatske ne bi mogli odbiti pružanje pravne pomoći, premda nije ispunjena spomenuta pretpostavka koja se odnosi na jezik.

Haška konvencija iz 1954. predviđa obvezu sačinjavanja zamolnice na jeziku zamoljene države,<sup>24</sup> ali bi trebalo uzeti da takva njena odredba nema učinke, ako bilateralni ugovor odnosnih država predviđa blaže pretpostavke za pružanje međunarodne pravne pomoći.

Ako bi se i uzelo da odredbe Haške konvencije iz 1954. i spomenutih propisa Srbije i Hrvatske koje se odnose na jezik imaju učinak, onda bi se dodatno postavilo pitanje kako postupiti u slučajevima kad zamolnica nije sačinjena na propisanom jeziku. U poredbenom pravu postoje različita stajališta o tome, što vrijedi i za slučajeve kad zamolnica općenito nije sastavljena u propisanom obliku. Ekstremna stajališta idu za time da bi takvu zamolnicu trebalo odbiti. Bolje i praktičnije rješenje bi bilo da se u takvim slu-

---

<sup>22</sup> Kad je u pitanju Hrvatska v. Zakon o sudovima (Narodne novine, 150/05, 15/07. i 113/08.), članak 5. „(1) Sudovi sude na osnovi Ustava i zakona. (2) Sudovi sude i na osnovi međunarodnih ugovora koji su dio pravnog poretka Republike Hrvatske. (3) Sudovi primjenjuju i druge propise koji su donijeti sukladno Ustavu, međunarodnom ugovoru ili zakonu Republike Hrvatske. V. o tome više u Rodin, Ustavopravni aspekti primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 48 (1-2).

<sup>23</sup> V. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispr.), članak 140. „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.“

<sup>24</sup> Članak 1. stavak 1. „U građanskim ili trgovačkim stvarima, dostavljanje pismena namijenjenih osobama koje se nalaze u inozemstvu, vršit će se u Državama ugovornicama na zahtjev konzula Države moliteljice upućen vlasti koju će naznačiti zamoljena Država. Zahtjev u kome je naznačena vlast od koje potječe dostavljeni akt, ime i svojstvo stranaka, adresa primatelja, priroda akta o kome se radi, **mora biti sastavljen na jeziku zamoljene vlasti**. Ta vlast će poslati konzulu akt, kojim dokazuje dostavljanje ili navodi činjenicu koja ga je spriječila.“

čajevima ona vrati na ispravak ili dopunu, odnosno da se postupi kao kad je u pitanju neuredan podnesak. Tako predviđa i hrvatsko pravo.<sup>25</sup> Srpski ZPP predviđa vraćanje podneska na ispravak ili dopunu samo u slučaju ako je ovaj nije sastavio odvjetnik (advokat). Ako je podnesak sastavio advokat, a ima takve nedostatke da je nerazuljiv ili se po njemu iz drugih razloga ne može postupiti, sud će ga odbaciti.<sup>26</sup> Budući da zamolnicu nije sastavio odvjetnik već državni organ, valjalo bi u u slučaju Srbije postupiti na način da se ona vrati na ispravak ili dopunu, što uostalom, premda ne izričito, predviđa i Haška konvencija o dostavljanju u inozemstvo sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima iz 1965.<sup>27</sup> Ona ne predviđa niti nužnost sačinjavanja zamolnice na jeziku zamoljene države.<sup>28</sup>

Uredba Vijeća (EZ) broj 1348/2000 predviđa da zamolnica bude na jeziku zamoljene države ili na jednom od jezika koji su u toj državi u službenoj uporabi, ili na jezik bilo koje države članice EU koji nije njen jezik glede kojega je zamoljena država navela da ga prihvaća,<sup>29</sup> što ne utječe na drukčija rješenja u bilateralnom ugovoru koje odnosne države mogu sklopiti.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> V. hrvatski ZPP, članak 109. stavak 1.: „Ako podnesak nije razumljiv ili ne sadržava sve što je potrebno da bi se po njemu moglo postupiti, sud će podnositelju naložiti da podnesak ispravi odnosno dopuni u skladu s danom uputom i u tu svrhu mu vratiti podnesak radi ispravka ili dopune.“

<sup>26</sup> V. srpski ZPP, članak 103. stavci 1. i 6.

<sup>27</sup> Članak 4.: Ako središnje tijelo smatra da zamolnica nije u skladu s odredbama ove Konvencije, o tome će bez odgode obavijestiti podnositelja zamolnice i navesti svoje prigovore na zamolnicu.

<sup>28</sup> V. članak 7.: „Standardne odredbe iz oglednog primjerka koji se nalazi u dodatku ove Konvencije u svim će slučajevima biti napisane na francuskom ili engleskom jeziku. One mogu biti napisane i na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika države iz koje dokumenti potječu.“

Odgovarajuća prazna polja ispunjavaju se bilo na jeziku zamoljene države ili na francuskom ili engleskom jeziku.“

<sup>29</sup> Članak 4. točka 3.: „Isprava koja se treba prenijeti bit će popraćena zahtjevom sačinjenom prema standardiziranom obrascu u Dodatku. Obrazac će biti popunjen na službenom jeziku zamoljene Države članice ili, ako u toj Državi članici ima više službenih jezika, na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika mjesta gdje dostavu treba obaviti, ili na drugom jeziku za koji je ta Država članica navela da može prihvatiti. Svaka Država članica će navesti službeni jezik ili jezike Europske unije, koji nije(su) njen jezik, koji je(su) prihvatljiv(i) za popunjavanje obrasca.“

<sup>30</sup> V. članak 20. točke 1. i 2.:

Kad je u pitanju oblik (forma) zamolnice, Haška konvencija iz 1954. ne sadrži posebne odredbe o tome, kao niti spomenuti propisi Srbije i Hrvatske te ugovor o pravnoj pomoci koji je između njih sklopljen. Slijedom navedenoga bit će dostatno da je ona u sastavljena u pisanom obliku i da sadrži ono što predviđa navedeni ugovor o pravnoj pomoći iz 1997.<sup>31</sup>

Haška konvencija iz 1965. predviđa da zamolnica bude sastavljena prema oglednom primjerku koji joj je priložen. Pri tome njen unaprijed predviđeni tekst mora biti sačinjen na engleskom ili francuskom jeziku, a dopušteno je da se jednom od ova dva jezika doda i jezik države moliteljice. Jezik zamoljene države je dopušteno zamijeniti engleskim ili francuskim jezikom.<sup>32</sup>

Uredba Vijeća (EZ) broj 1348/2000. također predviđa obrazac, pri čemu se glede njegova popunjavanja mora koristiti jezik zamoljene države ili neki drugi jezik koji ta država prihvaća.<sup>33</sup>

---

„1. Ova Uredba će, u svezi s materijom na koju se primjenjuje prevladavati nad odredbama sadržanim u bilateralnim ili multilateralim sporazumima sklopljenim između Država članica, napose nad člankom IV Protokola Briselskoj konvenciji iz 1968. godine i odredbama Haške konvencije od 15. studenog 1965.

2. Ova Uredba neće spriječiti Države članice da ostave na snazi ili sklope sporazume ili dogovore između dvije ili više od njih koji će dodatno ubrzati ili pojednostaviti prijenos isprava, ako su ovi spojivi s ovom Uredbom.“

<sup>31</sup> V. članak 3.:

(1) Zamolnica sadrži:

- 1) naziv tijela strane moliteljice od kojeg potiče zamolnica, a po mogućnosti i naziv zamoljenog tijela;
  - 2) ime i prezime, prebivalište ili boravište, zanimanje i državljanstvo, odnosno naziv i sjedište stranaka i njihovo svojstvo u postupku;
  - 3) ime, prezime i adresu pravnih zastupnika stranaka, ako ih imaju;
  - 4) oznaku spisa i opis slučaja za koji se traži pravna pomoć, a u kaznenim stvarima i pravnu kvalifikaciju počinjenog djela;
  - 5) predmet zamolnice, a po potrebi i pitanja koja se trebaju postaviti osobi čije se saslušanje traži;
  - 6) naziv pismena i adresu osobe kojoj treba izvršiti dostavljanje;
  - 7) druge elemente predviđene ovim ugovorom za pojedine oblike pravne pomoći.
- (2) Zamolnica, kao i akti koje dostavljaju sudovi i druga tijela država stranaka moraju biti potpisani i imati pečat suda ili tijela od koga potiču. Nije ih potrebno ovjeravati.
- (3) Zamoljena strana može tražiti dodatne obavijesti i akta koja su joj potrebna za izvršenje zamolnice.“

<sup>32</sup> V. supra 28.

<sup>33</sup> V. supra 29.

### Pretpostavka uzajamnosti

Srpski ZPP predviđa uzajamnost kao pretpostavku za pružanje pravne pomoći, pa i za dostavu – samo u odsutnosti postojanja međunarodnog ugovora s kojim se ova država obvezala u tom smislu. Dakle, glede Hrvatske se neće tražiti uzajamnost,<sup>34</sup> jer su u odnosu na obje ove države na snazi i Haška konvencija iz 1954. te bilateralni ugovor iz 1997. godine.<sup>35</sup> Hrvatski ZPP u ovom pogledu nije dostatno jasan. Ako se njegova relevantna odredba doslovno tumači, proizlazi da će se pravna pomoć pružiti ne samo ako je to predviđeno međunarodnim ugovorom – što bi bila samo jedna od pretpostavki, već kad dodatno uz ovu pretpostavku postoji uzajamnost. Vjerojatno se radi o redakcijskoj nepreciznosti – pa bi valjalo uzeti da će hrvatski sudovi obaviti zamoljenu dostavu i u slučajevima kad srpski sudovi ne bi na isti način postupali. U protivnom bi postupili protivno međunarodnim ugovorima koji je obvezuju – u konkretnom slučaju Haškoj konvenciji iz 1954. i bilateralnom ugovoru iz 1997.

Ako bi se uzelo da je potrebno postojanje uzajamnosti, onda valja pretpostaviti da ona postoji dok se ne utvrdi suprotno. Propisi obiju država predviđaju da će u slučaju sumnje „objašnjenje“ dati ministarstvo koje je nadležno za poslove pravosuđa. Takve i slične odredbe koje su uobičajene i u drugim slučajevima (često glede ovrhe na imovini strane države) valja kritizirati. U prvom redu, trebalo bi smatrati da uzajamnost postoji dok se suprotno ne dokaže. Nadalje, neprimjereno je da „objašnjenje“ o postojanju uzajamnosti daje upravno tijelo, jer ono na takav način može utjecati na obavljanje sudbene djelatnosti. S druge strane postavlja se pitanje pravne naravi, odnosno učinaka „objašnjenja“. Je li s njim sud koji donosi odluku hoće li pružiti međunarodnu ravnu pomoć uopće vezan? Mislimo da u sva-

---

<sup>34</sup> V. srpski ZPP, članak 172. stavak 1.: „Sudovi će ukazivati pravnu pomoć inostranim sudovima u slučajevima predviđenim međunarodnim ugovorom, kao i kad postoji uzajamnost u pružanju pravne pomoći. U slučaju sumnje u postojanje uzajamnosti objašnjenje daje ministarstvo nadležno za pravosuđe.“

<sup>35</sup> V. hrvatski ZPP članak 181. stavak 1.: „Sudovi će ukazivati pravnu pomoć inozemnim sudovima u slučajevima predviđenim međunarodnim ugovorom i kad postoji uzajamnost u ukazivanju pravne pomoći. U slučaju sumnje o postojanju uzajamnosti objašnjenje daje ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa.“

kom slučaju ne bi trebao biti vezan, premda je očito, ako se ove odredbe teleološki tumače, kako je njihova intencija potpuno drukčija.

### **Javni poredak**

U nekim slučajevim se pravna pomoć, pa i dostava u inozemstvo, neće pružiti premda bi to prema redovitom tijeku stvari trebalo. Ako bi ona bila protivna javnom poretku zamoljene države, ona može odbiti pružiti pravnu pomoć. I prema srpskom i prema hrvatskom pravu uskratit će se pravna pomoć stranom sudu «ako se traži izvršenje radnje koja je protivna javnom poretku». U takvom će slučaju sud nadležan za pružanje pravne pomoći dostaviti po službenoj dužnosti predmet Vrhovnom sudu radi donošenja konačne odluke.<sup>36</sup>

Važno je napomenuti da za „protivnost radnje javnom poretku“ jedne države nije dostatna njena protivnost pravnim normama, uključujući i one koje su prisilne (kogentne) naravi – potrebno je da se ona protivi njenim temeljnim političkim, pravnim i drugim načelima. Tako se, npr., ne bi mogla izvršiti radnja kojom bi se ugrozila sigurnost zamoljene države ili koja bi, barem prema pravu većine modernih država, predstavljala rasnu, spolnu ili neku drugu sličnu diskriminaciju određene grupe. To proizlazi i iz međunarodnih pravila i internih propisa država koji govore o «suverenitetu ili sigurnosti», «osnovnim načelima zakonodavstva» i slično.<sup>37</sup>

Ne smije se gubiti iz vida da se u propisima ne mora rabiti termin «javni poredak», nego to može biti neki drugi termin iz kojeg proizlazi da je riječ o tom institutu. Tako npr. je li izvršenje konkretne radnje protivno javnom poretku, ovisi o ocjeni svih okolnosti, pri čemu ista radnja može biti različito tumačena u raznim sredinama.<sup>38</sup> Postojanje protivnosti javnom po-

---

<sup>36</sup> Srpski ZPP, član 172. stav 2.; hrvatski ZPP, članak 181. stavak 2.

<sup>37</sup> V. Vuković, Kunštek, op. cit. Usp. Hašku konvenciju o dostavljanju u inozemstvo sudskih i izvansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima (članak 12.), Konvenciju o ostvarivanju alimentacijskih zahtjeva u inozemstvu (članak 7. točka e), Europsku konvenciju o informacijama o stranom pravu (članak 11.) i bilateralne konvencije o pravnoj pomoći koje je slopila Hrvatska, ili je obvezuju na temelju sukcesije.

<sup>38</sup> Tako, na primjer, postoji mišljenje kako zahtjev da se neka osoba sasluša pod prisegom nije protivan javnom poretku zamoljene države, premda njeno pravo ne poznaje taj institut. I u literaturi biv. SFRJ se o tome govorilo. Uglavnom se smatralo kako bi polaganje

retku treba shvaćati restriktivno – premda u praksi, pa čak i recentnoj, ima i drukčijih stajališta.<sup>39</sup>

Haška konvencija iz 1954. dopušta da se odbije izvršenje dostave ako bi to „vrijedalo suverenitet ili sigurnost“ zamoljene države.<sup>40</sup> Haška konvencija iz 1965. postupa na isti način te posebno predviđa kako zamoljena država ne može odbiti postupiti po zamolnici samo zbog toga što se, u skladu sa svojim unutarnjim pravom, poziva na isključivu nadležnost u odnosu na predmet dotičnoga spora, odnosno ako njeno unutarnje pravo ne bi dopustilo vođenje postupka na kojem se zamolnica temelji.<sup>41</sup> Bilateralni ugovor između Srbije i Hrvatske iz 1997. predviđa da je moguće odbiti pružanje međunarodne pravne pomoći ako bi to bilo protivno javnom poretku ili bi moglo štetiti suverenosti ili sigurnosti zamoljene države.<sup>42</sup>

---

religijske prisega bilo protivno ustavnom načelu slobode vjerskog uvjerenja (Zuglia, Triva, Poznić). V. Vuković, Kunštek, op. cit.

<sup>39</sup> Tako je npr. u predmetu po žalbi na rješenje Trgovinskog suda u Beogradu I R 213/07 u kojem je ovaj priznao presudu hrvatskog suda, Viši trgovinski sud preinačio navedeno rješenje i odbio priznati hrvatsku presudu iz razloga što je ona protivna javnom poretku (III Pvž – 391/08). U bitnome je zaključio da je postupak vođen u Republici Hrvatskoj, premda je nad tužiteljem (srpska pravna osoba) tijekom postupka po žalbi na prvostupanjsku presudu, a prije donošenja odluke o njoj, otvoren stečaj. U bitnome je zaključio kako je parnični postupak vođen, premda su nastupile posljedice otvaranja stečaja predviđene srpskim pravom i da javni poredak treba „šire“ tumačiti. Budući da je postupak prema srpskom pravu trebao biti prekinut, a ovlaštenja zakonskog zastupnika i punomoćnika u Republici Hrvatskoj po sili zakona prestala, premda hrvatski sud o ovoj okolnosti nije obaviješten niti od tužitelja niti od tuženika, njegova presuda je prema stajalištu Višeg trgovinskog suda u Beogradu protivna javnom poretku Republike Srbije iz razloga što nisu postojale pretpostavke za vođenje te parnice, niti pretpostavke koje se odnose na valjanost parničnih radnji koje je po punomoćniku poduzeo bivši zakonski zastupnik tužitelja - srpske pravne osobe, a ne njen stečajni upravitelj.

<sup>40</sup> Članak 4.: „Izvršenje dostavljanja predviđeno člancima 1., 2.. i 3. moći će se odbiti samo onda ako Država, na čijoj bi se teritoriji ono imalo izvršiti, nalazi da je takve prirode da vrijeđa njen suverenitet ili njenu sigurnost.“

<sup>41</sup> Članak 13. stavak 2.

<sup>42</sup> Članak 9.: „Zamoljena država može odbiti pravnu pomoć ako bi udovoljenje zamolnici bilo u suprotnosti sa njenim pravnim poretkom ili bi moglo štetiti njenoj suverenosti ili sigurnosti.“



#### IV. MJERODAVNO PRAVO

Za dostavu u inozemstvo mjerodavna su međunarodna pravila. Ako takvih pravila nema, ili su nepotpuna, mjerodavna su interna prava država. Vladajuće je stajalište da je to, u pravilu, *lex fori* (*locus regit actum*). Kad traži međunarodnu pravnu pomoć, domaća država postupa po svom pravu, ali mora imati u vidu i pravo države u kojoj dostavu treba obaviti. Međutim, katkad ipak može biti mjerodavno strano pravo. Zapravo je moguće tvrditi i to da se pružanjem međunarodne pravne pomoći pomaže stranoj državi, pa domaće pravo, budući da zamoljena država za inozemni postupak nije osobito zainteresirana, treba primijeniti samo kad su strani propisi neprihvatljivi. U Latinskoj Americi postoje stajališta prema kojima bi bilo mjerodavno tzv. *lex diligentiae*. Radi se zapravo o tome da svaku postupovnu radnju treba obaviti prema pravu države čiji sud u konkretnom slučaju vodi postupak.<sup>43</sup>

Poseban problem se postavlja ako dostava iz nekog razloga mora biti izvršena u inozemstvu na način predviđen pravom suda države moliteljice, a ne prema pravu zamoljene države koje, bi prema redovitom tijeku stvari i većini stajališta u poredbenom pravu, ipak trebalo primijeniti. Naime, postoji mogućnost da bi dostava prema *lex fori* mogla biti protivna javnom poretku države suda koji u konkretnom slučaju postupa, što je i razlog zbog kojega prava pojedinih država iznimno dopuštaju da se ona izvrši na zamoljen način. Tako postupaju i srpsko i hrvatsko pravo.<sup>44</sup> Zbog ovih okolnosti hrvatski sudovi često prisiljeni da zamole inozemnu osobnu dostavu prema hrvatskom pravu, a ne npr. objavljivanjem u sredstvima javnog informiranja - što je moguće u nekim državama. To budući da se takva dostava prema hrvatskom pravu ne bi smatrala osobnom dostavom, hrvatski sud bi, kad bi uzeo da je ona doista izvršena, počinio tzv. apsolutno bitnu povredu parničnog postupka koja je razlog i za ukidanje njegove presude i za ponavl-

---

<sup>43</sup> V. Dolinger, Tiburicio, *The Forum Law Rule in International Litigation, Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae*, 33 *Tex. Int'l L.J.*, 1998, str. 425. et seq. V. i Código Bustamante (članak 398.) i Gerber, *Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural Systems: Germany and the United States*, *Am. J. Comp. L.*, 1986., str. 745. et seq.

<sup>44</sup> Srpski ZPP, član 173.; hrvatski ZPP, članak 182.

janje postupka.<sup>45</sup> Slijedom navedenoga, sudovi zamoljene države bi trebali uzimati u obzir zamolbe za posebnim postupanjem glede dostave, odnosno u najmanju ruku bi trebali uzeti u obzir zahtjev da se dostava ne izvrši na način koji bi bio protivan javnom poretku države moliteljice.

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima između Srbije i Hrvatske iz 1997. ne sadrži izričitu odredbu prema kojoj bi se dostava mogla vršiti i na način kako to traži inozemni sud. On samo sadrži odredbu o tome na koji će se način sastavljati isprava s kojom se potvrđuje da je dostava izvršena – prema pravu zamoljene države.<sup>46</sup> To međutim nije niti potrebno, budući da pravo obiju država otvara mogućnost odstupanja od *lex fori*, a tako predviđa i Haška konvencija iz 1954.<sup>47</sup> Haška konvencija iz 1965. također omogućava odstupanje od *lex fori*, s time da kao razlog za odbijanje izvršenja dostave na poseban način ne predviđa izričajem javni poredak, već « nespojivost s domaćim pravom ».<sup>48</sup> Slično predviđa i Uredba 1348/2000.<sup>49</sup> Nespojivost može postojati i kad ne postoji protivljenje javnom poretku, pa se zapravo radi o proširenju razloga za odbijanje ove vrste međunarodne pravne pomoći. Nespojivost bi mogla postojati i kad nadležno tijelo zamoljene države ne bi imalo procesnu mogućnost izvršiti dostavu na traženi način, ili kad bi ona bila skopčana s nekim drugim teškoćama, ili pak protivna njenim propisima, premda ne u onoj mjeri da bi se moglo smatrati kako se radi o protivnosti javnom poretku.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> V. hrvatski ZPP, članak 354. stavak 2. točka 6. članak 421. stavak 1. točka 2.

<sup>46</sup> Članak 8.: „Dostavljanje akata se dokazuje potvrdom o dostavljanju koja se sastavlja po propisima zamoljene države stranke. U potvrdi o dostavljanju mora biti označeno mjesto i datum primitka i potpis primatelja ili označen drugačiji način dostavljanja.“

<sup>47</sup> Članak 3. stavak 2.: „Ako je pismeno koje se ima dostaviti sastavljeno bilo na jeziku zamoljene vlasti, bilo na jeziku dogovorenom između dvije zainteresirane Države, ili ako je praćeno prijevodom na jednom od tih jezika, zamoljena vlast će, u slučaju da joj je izražena takva želja u zahtjevu, izvršiti dostavljanje pismena onako kako je njenim unutarnjim zakonodavstvom propisano za izvršenje sličnih dostavljanja, ili u osobitom obliku, pod uvjetom da on nije protivan tom zakonodavstvu. Ako slična želja nije izražena, zamoljena vlast će nastojati najprije predaju izvršiti prema odredbama članka 2.“

<sup>48</sup> Članak 5. stavak 1. pod b.: „...na osobit način koji zatraži podnositelj zamolnice, osim ako je takav način nespojiv s pravom zamoljene države

<sup>49</sup> Članak 7.1.: „Prijamno tijelo će samo obaviti dostavu isprave ili je dati na dostavu, ili u skladu s pravom zamoljene Države članice, ili na poseban način tražen od otpremnog tijela, osim ako je takav način nespojiv s pravom te Države članice.“

<sup>50</sup> Npr. prema Nacrtu Transnacionalnih pravila građanskog postupka iz 1999. godine odvjetnik protivne stranke ima pravo, tijekom prethodnog postupka, ispitati svjedoke koje

## V. ZAMOLNICA – NAČIN OTPREME

Prema Haškoj konvenciji iz 1954. zahtjev se dostavlja nadležnom tijelu zamoljene države konzulatnim putem, ali je ugovornim stranama dopušteno da zahtijevaju korištenje diplomatskih kanala – što bi bio izuzetak, te da bilateralnim sporazumom predvide izravno općenje odnosnih vlasti.<sup>51</sup> Srbija i Hrvatska tako nisu postupile u svom bilateralnom ugovoru, te njihovi sudovi međusobno komuniciraju putem nadležnih ministarstava pravosuđa, uz mogućnost da se koriste konzularni i diplomatski put.<sup>52</sup> Haška konvencija iz 1965. predviđa da države imenuju središnja tijela za primanje

---

je stranka »otkrila« (discovery). V. Pravilo 14(a). Također Kessedjian, *First Impressions of the Transnational Rules of Civil Procedure*, 33 *Tex. Int'l L.J.*, 1998, str. 477. "Such coaching of witnesses would be considered an attempt to influence the witness, which is prohibited by Article 214 of the *Nouveau code de procedure civile*". U Izraelu je npr. dužnost odvjetnika pripremiti svjedoka za svjedočenje. Međutim, zabranjeno je objašnjavati svjedoku što treba izjaviti tijekom saslušanja. Napose je zabranjeno organizirati susret između svjedoka. Ukoliko do ovoga ipak dođe, a odvjetnik to sazna, dužan je obavijestiti sud. Sastanak svjedoka neće automatski prouzročiti njihovu nepodobnost, niti bi predstavljao razlog za izuzeće - ali može utjecati na utvrđenje nevaljanosti takvog dokaznog sredstva. Inače, Izrael ima postupovni sustav po uzoru na common law s jakim utjecajem rješenja iz otomanskog prava prema Zakonu iz 1879., koji je pak recipiran iz francuskog prava. V. Goldstein, Ha-Cohen, Israel, *International Encyclopedia of Laws*, Vol. 1. *Civil Procedure*, 1994., str. 165. et seq.

<sup>51</sup> Članak 1.: „U građanskim ili trgovačkim stvarima, dostavljanje pismena namijenjenih osobama koje se nalaze u inozemstvu, vršit će se u Državama ugovornicama na zahtjev konzula Države moliteljice upućen vlasti koju će naznačiti zamoljena Država. Zahtjev u kome je naznačena vlast od koje potječe dostavljeni akt, ime i svojstvo stranaka, adresa prima-telja, priroda akta o kome se radi, mora biti sastavljen na jeziku zamoljene vlasti. Ta vlast će poslati konzulu akt, kojim dokazuje dostavljanje ili navodi činjenicu koja ga je spriječila.

Sve teškoće koje bi nastale prilikom konzulovog zahtjeva bit će riješene diplomatskim putem.

Svaka Država ugovornica može izjaviti, priopćenjem upućenim ostalim Državama ugovornicama, da očekuje, da joj zahtjev o dostavljanju koje se ima izvršiti na njenoj teritoriji, a koji sadrži napomene naznačene u prvom stavku, bude upućen diplomatskim putem.“

Prednje odredbe se ne protive tome, da se dvije Države ugovornice sporazume i prihvate izravno općenje između svojih odnosnih vlasti.

<sup>52</sup> Članak 4.: „(1) Sudovi i druga nadležna tijela država stranaka, radi pružanja pravne pomoći prema ovom ugovoru, u pravilu, međusobno komuniciraju putem svojih nadležnih tijela i to: a) za Republiku Hrvatsku - putem Ministarstva pravosuđa; b) za Saveznu Republiku Jugoslaviju - putem Saveznog ministarstva pravde; (2) Odredba stavka 1. ovog članka ne isključuje komuniciranje diplomatskim, odnosno konzularnim putem.....“.

zamolnica drugih država, a Hrvatska je u tom smislu izvijestila depozitara da je to tijelo Ministarstvo pravosuđa.<sup>53</sup> Uredba 1348/2000 ovo pitanje mutatis mutandis uređuje na isti način, te predviđa imenovanje otpremnih i prijamnih tijela od strane država članica.<sup>54</sup>

## VI. JEZIK ISPRAVA KOJE SE DOSTAVLJAJU U INOZEMSTVO

Za pismena koja se trebaju dostaviti ne moraju vrijediti ista pravila koja se odnose na samu zamolnicu. Države katkad traže da ove treba prevesti na jezik zamoljene države, međutim ima dosta slučajeva u kojima to nije potrebno. Haška konvencija iz 1954. predviđa da se na jeziku zamoljene

---

<sup>53</sup> Članak 2.: „Svaka će država ugovornica odrediti središnje tijelo koje će preuzeti zaprimanje zamolnica za dostavu koje se upućuju iz drugih država ugovornica, te postupati u skladu s odredbama članka 3. – 6.

Svaka će država središnje tijelo organizirati u skladu sa svojim pravom.“

Izjava Republike Hrvatske vezana uz članak 2. Konvencije o dostavi u inozemstvo sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima

„Republika Hrvatska izjavljuje da je Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske središnje tijelo za zaprimanje zamolnica za dostavu sudskih dokumenata koji se upućuju iz drugih država ugovornica.“

<sup>54</sup> Članak 2.: „1. Svaka Država članica će imenovati javne službenike, tijela ili druge osobe, koji se u nastavku označavaju kao „otpremna tijela“, koji će biti nadležni za otpremu sudskih ili izvansudskih isprava radi dostave u drugoj Državi članici.

2. Svaka Država članica će imenovati javne službenike, tijela ili druge osobe, koji se u nastavku označavaju kao „prijamna tijela“, nadležne za primitak sudskih ili izvansudskih isprava iz druge Države članice.

3. Država članica može imenovati jedno otpremno i jedno prijamno tijelo ili jedno tijelo koje će obavljati obje dužnosti. Savezna država, država u kojoj se primjenjuje više pravnih sustava ili država sa autonomnim područnim jedinicama bit će slobodna da imenuje više od jednog takvog tijela. Imenovanje će imati učinke tijekom razdoblja od pet godine i može se obnavljati tijekom narednih petogodišnjih razdoblja.

4. Svaka država članica će dostaviti Komisiji slijedeću informaciju:

(a) o nazivu i adresama prijamnih tijela iz stavaka 2. i 3.;

(b) o zemljopisnim područjima njihove nadležnosti;

(c) o načinima primitka isprava koja su im dostupna; i

(d) o jezicima koji se mogu koristiti za popunjavanje standardiziranog obrasca iz Dodatka.

Države članice će izvjestiti Komisiju o bilo kakvoj naknadnoj izmjeni te informacije.“

države mora navesti samo « priroda akta » kojega valja dostaviti,<sup>55</sup> ali u takvom slučaju ne postoji obveza te države glede izvršenja dostave ako adresat odbija primitak. Ona postoji samo onda ako je pismeno koje valja dostaviti prevedeno u cijelosti.<sup>56</sup> Prijevod treba biti ovjeren od diplomatskog ili konzularnog predstavnika države moliteljice ili od prisegnutog tumača zamoljene države.<sup>57</sup> Haška konvencija iz 1965. ne traži da pismeno koje treba dostaviti bude na jeziku zamoljene države ili prevedeno na taj jezik, osim ako država u pitanju tako ne zahtijeva. Republika Hrvatska je dala izjavu u tom smislu, pa ako priložene isprave nisu prevedene na hrvatski jezik dostava će se izvršiti samo ako adresat na to dragovoljno pristane.<sup>58</sup> Brojne države nisu tako postupile, pa za dostavu u njima nije potrebno vršiti prijevod pismena

<sup>55</sup> Članak 1. stavak 1. V. supra 51.

<sup>56</sup> V. članak 2.: „Dostavljanje pismena će se vršiti staranjem nadležne vlasti prema zakonima zamoljene Države. Ta vlast, osim slučaja predviđenog u članku 3, moći će se ograničiti da dostavljanje izvrši predajom akta primatelju koji ga prima dragovoljno“. V i članak 3. stavak 2.: Ako je pismeno koje se ima dostaviti sastavljeno bilo na jeziku zamoljene vlasti, bilo na jeziku dogovorenom između dvije zainteresirane Države, ili ako je proračeno prijevodom na jednom od tih jezika, zamoljena vlast će, u slučaju da joj je izražena takva želja u zahtjevu, izvršiti dostavljanje pismena onako kako je njenim unutarnjim zakonodavstvom propisano za izvršenje sličnih dostavljanja, ili u osobitom obliku, pod uvjetom da on nije protivan tom zakonodavstvu. Ako slična želja nije izražena, zamoljena vlast će nastojati najprije predaju izvršiti prema odredbama članka 2.“

<sup>57</sup> Članak 3. stavak 3.: „Izuzev ako postoji suprotan sporazum, prijevod, predviđen prednjim stavkom, ovjerit će diplomatski ili konzularni predstavnik Države moliteljice ili prisegnuti prevoditelj zamoljene Države.“

<sup>58</sup> Članak 5. stavci 1. do 3.: „Središnje tijelo zamoljene države sâmo će izvršiti dostavu dokumenta ili će se pobrinuti da dostavu izvrši odgovarajuća agencija, bilo:

(a) na način propisan njenim unutarnjim pravom za dostavu dokumenata u domaćim postupcima osobama koje se nalaze na njenom državnom području, ili

(b) na osobit način koji zatraži podnositelj zamolnice, osim ako je takav način nespojiv s pravom zamoljene države.

U slučaju iz podstavka (b) stavka 1. ovoga članka, dokument se uvijek može dostaviti isporukom primatelju koji ga dobrovoljno primi.

Ako se dokument dostavlja prema podstavku 1. stavku 1. ovoga članka, središnje tijelo može zahtijevati da dokument bude sastavljen na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika zamoljene države, odnosno da bude preveden na taj jezik.“

Izjava Republike Hrvatske vezana uz članak 5. Konvencije o dostavi u inozemstvo sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima

„Republika Hrvatska izjavljuje da dokumenti koji se dostavljaju u smislu članka 5. stavka 1. trebaju biti popraćeni prijevodom na hrvatski jezik.“

koje valja dostaviti, premda je u praksi to uputno učiniti (Albanija, Bjelorusija, Belgija, Bosna i Hercegovina, Češka, Danska, Egipat, Estonija, Finska, Francuska, Island, Indija, Irska, Izrael, Japan, Koreja, Latvija, Litvanija, Monako, Nizozemska, Norveška, Poljska, Portugal, Rumunjska, Slovačka, Slovenija, Španjolska, Sri Lanka, Turska, Ukrajina, SAD).<sup>59</sup> Niz bilateralnih ugovora predviđa da prijevod isprava koje treba dostaviti nije potreban. Uredba 1348/2000 dopušta adresatu da odbije prijem isprava koje treba dostaviti ako on nije na jeziku države u kojoj se dostava vrši ili na stranom jeziku kojega on razumije.<sup>60</sup>

## VII. DIPLOMATSKA I KONZULARNA DOSTAVA

Može li se dostavu na državnom području jedne države obavljati diplomatski ili konzularni predstavnik druge države? Haška konvencija iz 1954. ovu problematiku uređuje na način da je to načelno moguće, ako postoji sporazum odnosnih država, ili ako čak se država u kojoj dostavu treba obaviti tome ne protivi, a protivljenje nije moguće ako se prema adresatu neće primijeniti mjere prinude.<sup>61</sup> Haška konvencija iz 1965. izričito dopušta takav način dostave,<sup>62</sup> ali dopušta protivljenje države u kojoj treba izvršiti dostavu – izuzev u slučaju da dostavu treba obaviti državljanu države iz koje pojeću isprave koje se dostavljaju.<sup>63</sup> Republika Hrvatska je dala izjavu u tom smislu, pa u odnosu na druge države koje ova Konvencija obvezuje treba uzeti u obzir da njihovi diplomatski ili konzularni predstavnici mogu vršiti

---

<sup>59</sup> V. Status table (Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters) – [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>60</sup> Članak 8.1.: „Prijamno tijelo će obavijestiti adresata da on ili ona može odbiti prijem isprave koju treba dostaviti ako je ona na jeziku koji je različit od slijedećih jezika.

(a) službeni jezik zamoljene Države članice, ili ako u toj Državi članici ima više službenih jezika, službeni jezik ili jedan od službenih jezika mjesta gdje treba izvršiti dostavu; ili

(b) jezik Države članice iz koje je izvršena otprema a koji adresat razumije.“

<sup>61</sup> V. Članak 6. stavak 1. točka 3. i stavak 2.

<sup>62</sup> Članak 8. stavak 2. „Svaka će država ugovornica biti slobodna izvršiti dostavu sudskih dokumenata osobama u inozemstvu, bez primjene ikakve prisile, izravno putem svojih diplomatskih ili konzularnih predstavnika.“

<sup>63</sup> Članak 8. stavak 2.

dostavu na hrvatskom državnom području samo ako su u pitanju državljani tih država. Kad su u pitanju srpski diplomatski ili konzularni predstavnici na hrvatskom državnom području valja uzeti u obzir spomenute odredbe Haške konvencije iz 1954., slijedom čega bi oni mogli obavljati svaku dostavu bez primjene sredstava prinude.<sup>64</sup> Ugovor između Srbije i Hrvatske iz 1997. godine ovu materiju uopće ne uređuje, a Uredba 1348/2000 usvaja gotovo istovjetno rješenje sadržano u Haškoj konvenciji 1965.<sup>65</sup>

### VIII. DOSTAVA POŠTOM I STARANJEM ZAINTERESIRANIH OSOBA

Kad je u pitanju dostava poštom, Haška konvencija 1954. postupa na isti način kao kad je u pitanju diplomatska ili konzularna dostava. Dakle, ovaj način dostave je dopušten ako je predviđen bilateralnim ugovorom odnosnih država, pa čak i kad takvog ugovora nema, ako se država u kojoj treba izvršiti dostavu tome ne protivi – a protivljenje nije moguće ako se dostava vrši državljanima države iz koje potječu pismena koja se dostavljaju.<sup>66</sup> Haška konvencija iz 1965. također predviđa ovu vrstu dostave, ali dopušta državama da izjave kako se tome protive - koju je mogućnost Hrvatska iskoristila.<sup>67</sup> Ugovor između Srbije i Hrvatske ovu materiju ne uređuje pa glede

---

<sup>64</sup> V. srpski ZPP, član 130. stav 2.

<sup>65</sup> Članak 13. „1. Svaka Država članica bit će slobodna da izravno putem diplomatskih ili konzularnih službenika, bez primjene bilo kakve prisile, izvrši dostavu sudskih isprava osobama koje borave u drugoj Državi članici. 2. Svaka Država članica može objaviti, sukladno članku 23(1) da se protivi takvoj dostavi na svom području, osim ako isprave treba dostaviti državljanima Države članice iz koje oni potječu.“

<sup>66</sup> V. članak 6. stavak 1. točka 1. i stavak 2.

<sup>67</sup> Članak 10.:“ Uz uvjet da se država odredišta ne usprotivi, ova Konvencija ne zadire u:

(a) slobodu slanja sudskih dokumenata izravno osobama u inozemstvu, putem pošte,

(b) slobodu sudskih službenika, dužnosnika ili drugih nadležnih osoba države podrijetla da dostavu sudskih dokumenata vrše izravno posredstvom sudskih službenika, dužnosnika ili drugih nadležnih osoba države odredišta,

(c) slobodu svake osobe koja ima interes u sudskom postupku da dostavu izvrši izravno posredstvom sudskih službenika, dužnosnika ili drugih nadležnih osoba države odredišta.“

Izjava Republike Hrvatske vezana uz članak 10. Konvencije o dostavi u inozemstvo sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima

toga treba primjenjivati Hašku konvenciju iz 1954. Uredba 1348/2000 sadrži modificirano rješenje Haške konvencije iz 1965. pa dopušta ovu vrstu dostave, ali državama članicama ostavlja mogućnost ne da se protive, već da propišu pretpostavke pod kojima će ona biti dopuštena.<sup>68</sup>

Navedeno *mutatis mutandis* vrijedi i za dostavu o kojoj se, putem ovlaštenih tijela ili osoba države u kojoj treba izvršiti dostavu, staraju zainteresirane osobe.<sup>69</sup> Haška konvencija iz 1965. godine ovu mogućnost otvara i za službene osobe država iz koje pismena koje treba dostaviti potječu, ali dopušta da se države izjave kako se tome protive. I u ovom slučaju Hrvatska je dala izjavu kako se ovakvom načinu dostave protivi.<sup>70</sup> Uredba 1348/2000, premda se tako nešto ne bi moglo očekivati ne otvara mogućnost sudovima i njihovim službenicima da, putem ovlaštenih tijela i osoba druge države, obavljaju dostavu na njenom području. Možda je tome razlog postojanje otpremnih i prijamnih tijela koja bi najvjerojatnije, ako bi se ovakav način dostave dopustio, uvijek bila zaobiđena. Međutim dopušta da se o dostavi staraju zainteresirane osobe, ako se država u kojoj ona treba biti obavljena tome ne protivi.<sup>71</sup>

## IX. TROŠKOVI DOSTAVE

Opće pravilo koje se odnosi na međunarodnu pravnu pomoć, pa i na dostavu je da radnje u svezi s njom načelno neće dati povoda zamoljenoj državi da traži naknadu bilo kakvih troškova ili javnih davanja. Haška kon-

---

„Republika Hrvatska izjavljuje da se protivi načinu dostave predviđenom u članku 10. Konvencije.“

<sup>68</sup> Članak 14: „1. Svaka Država članica bi će slobodna da, osobama koje borave u drugoj Državi članici, izvrši dostavu izravno putem pošte. 2. Svaka država članica može odrediti, sukladno članku 23(1), uvjete pod kojima će prihvatiti dostavu sudskih isprava putem pošte.“

<sup>69</sup> V. Hašku konvenciju iz 1954., članak 6. stavak 1. točka 2. i stavak 2.

<sup>70</sup> V. supra 67.

<sup>71</sup> Članak 15 :„1. Ova Uredba neće utjecati na slobodu bilo koje osobe koja je zainteresirana za sudski postupak da izvrši dostavu sudskih isprava izravno putem sudskih službenika, dužnosnika ili drugih ovlaštenih osoba u zamoljenoj Državi članici. 2. Svaka Država članica može objaviti, sukladno članku 23(1), da se protivi dostavi sudskih isprava na svom području sukladno stavku 1.“



vencija iz 1954. sadrži odredbu u tom smislu od koje se ipak može odstupiti ako je bilo potrebno angažirati službenika suda ili obaviti dostavu na poseban način prema traženju države moliteljice.<sup>72</sup> Isto vrijedi i za Hašku konvenciju iz 1965.<sup>73</sup> te Uredbu 1348/2000.<sup>74</sup> Ugovor između Srbije i Hrvatske ovu materiju uređuje drukčije. Prema njemu se za dostavu po zamolnicama neće nikada moći tražiti naknada. To proizlazi iz jedne njegove odredbe prema kojoj se troškovi međunarodnoj pravnoj pomoći općenito neće naplaćivati, osim ako se ne radi o troškovima vještačenja i nagradi vještaku, kao i kad su u pitanju neke radnje koje se odnose na međunarodnu pravnu pomoć u kaznenim stvarima.<sup>75</sup> Ostaje otvoreno pitanje kako postupiti ako se dostava obavi u hrvatskoj putem javnog bilježnika, jer hrvatski ZPP predviđa da će njegove troškove podmirivati izravno stranka.<sup>76</sup> S obzirom na spo-

---

<sup>72</sup> Članak 7.: „Dostavljenje pismena neće moći dati povoda za naknadu pristojbi ili troškova ma kakve priroda ona bila. Međutim, ako nije suprotno ugovoreno, zamoljena Država imaće pravo tražiti naknadu troškova nastalih intervencijom izvršitelja ili primjenom nekog osobitog oblika iz članka 3.“

<sup>73</sup> Članak 12.: „Dostava sudskih dokumenata koji dolaze iz države ugovornice ne podliježe nikakvom plaćanju ili povratu pristojbi ili troškova za usluge koje je pružila zamoljena država.“

Podnositelj zamolnice plaća ili nadoknađuje troškove nastale:

- (a) angažiranjem sudskog službenika ili osobe nadležne prema pravu države odredišta,
- (b) upotrebom nekog od osobitih načina dostave.“

<sup>74</sup> Članak 11.: „1. Dostava sudskih dokumenata iz jedne Države članice neće dati povoda za bilo kakvo plaćanje ili nadoknadu pristojbi ili troškova za usluge koje je pružila zamoljena Država članica.“

2. Podnositelj će platiti ili nadoknaditi troškove nastale:

- (a) angažiranjem sudskog službenika ili osobe koja je za to nadležna prema pravu zamoljene Države članice; (b) korištenjem posebnog načina dostave.“

<sup>75</sup> Članak 11. stavci 1. i 2. „(1) Svaka država stranka snosi troškove pružanja pravne pomoći koji su nastali na njezinom teritoriju, ako ovim ugovorom nije drugačije određeno.“

(2) Države stranke neće zahtijevati naknadu troškova za izvršene radnje po zamolnicama, osim nagrade za izvršeno vještačenje i druge troškove nastale povodom vještačenja, kao i troškove privremenog upućivanja osobe lišene slobode u zamoljenoj državi, kao svjedoka, na teritorij države moliteljice.“

<sup>76</sup> Hrvatski ZPP, Članak 133.a:

“Na zahtjev stranke koja izjavi da je spremna snositi troškove time izazvane, sud može rješenjem protiv kojega nije dopuštena žalba odrediti da se dostava nekoga pismena povjeri javnome bilježniku. U tom će slučaju sud pismeno koje treba dostaviti zajedno sa svojim rješenjem staviti u posebnu omotnicu koju će predati toj stranci.“

menutu odredbu bilateralnog ugovora između Srbije i Hrvatske valjalo bi uzeti kako se naknada ovih troškova ne bi mogla tražiti.

**Privitak: bilješka 7 (Konvencija o ostvarivanju alimentacijskih zahtjeva u inozemstvu – otpremna i prijamna tijela)**

Članica	Otpremna tijela	Prijamna tijela:
Australia	Child Support Agency GPO Box 9815 Hobart Tasmania 7001 tel.: +61 (3) 6221 0187 fax: +61 (3) 6221 0180	Child Support Agency GPO Box 9815 Hobart Tasmania 7001 tel.: +61 (3) 6221 0187 fax: +61 (3) 6221 0180
Austria	Bezirksgericht (District Court) exercising judicial jurisdiction in civil law matters in whose territory the cla- imant has his permanent residence, or if he has none in the country, his ac- tual residence to act in its territory as	Bundesministerium für Justiz Postfach 63 1016 WIEN personne à contacter <i>person to contact</i> Mr Werner Schütz

Javni bilježnik od koga stranka zatraži obavljanje radnje dostave dužan ju je obaviti po pravilima ovoga Zakona o dostavi. Prigodom dostave pismena iz stavka 1. ovoga članka javni bilježnik ima prava i dužnosti sudskoga dostavljača. Javnog bilježnika u obavljanju poslova dostave može zamjenjivati i javnobilježnički prisjednik ili javnobilježnički vježbenik.

O primitku pismena radi dostave i o radnjama poduzetim radi dostave javni bilježnik sastavit će zapisnike.

Ovjerovljeni prijepis zapisnika o primitku pismena radi dostave te potvrdu o obavljenoj dostavi zajedno s ovjerovljenim prijepisom zapisnika o dostavi, odnosno nedostavljeno pismeno zajedno s ovjerovljenim prijepisom zapisnika o poduzetim radnjama javni bilježnik dostavit će bez odgode izravno sudu.

Troškove izazvane javnobilježničkom dostavom stranka izravno podmiruje javnom bilježniku. Javni bilježnik kome nisu predujmljena sredstva za pokriće troškova dostave nije dužan dostavu obaviti, o čemu će javni bilježnik sastaviti zapisnik i o tome izravno obavijestiti sud.

Na radnje poduzete u svezi s dostavom preko javnih bilježnika stranke ne plaćaju javnobilježničke pristojbe.“

Troškovi dostave putem javnoga bilježnika ulaze u parnične troškove, ako sud ocijeni da su oni bili nužni.

	Transmitting Agency.	tel.: +43 (1) 521 522 134 fax: +43 (1) 521 522 727 / 829
Bosnia and Herzegovina	Ministry for Civil Affairs and Communications: Ministarstvo civilnih poslova i komunikacija Bosne i Hercegovina, Sarajevo, Musala 9Tel: 665-718, Fax: 444-557	Ministry for Civil Affairs and Communications: Ministarstvo civilnih poslova i komunikacija Bosne i Hercegovina, Sarajevo, Musala 9Tel: 665-718, Fax: 444-557
Croatia	Ministarstvo Financija (Ministry of Finance) Porezna Uprava – Središnji Ured Boškovićeve 5 10000 ZAGREB tel.: +385 (1) 4809 000 personnes à contacter / <i>persons to contact</i> Mrs Irena Ugarković Mrs Ljiljana Maslač tel.: +385 (1) 4809 209 fax +385 (1) 4809 239	Ministry of Work and Welfare Prisavlje 14 10 000 ZAGREB tel.: +385 (1) 6169 252 fax: +385 (1) 6169 534 personne à contacter <i>person to contact</i> Mrs Marija Stojević tel.: +385 (1) 6169 252 fax: +385 (1) 6169 534
France	Ministère des Affaires Etrangères DFAE / SDCIDF Service du recouvrement des aliments 244, boulevard St.-Germain 75303 PARIS 07 SP tel.: +33 (1) 4317 9199 fax: +33 (1) 4317 9019 personnes à contacter / <i>persons to contact</i> M. Sanchez Mme Mahmoudi	Ministère des Affaires Etrangères DFAE / SDCIDF Service du recouvrement des aliments 244, boulevard St.-Germain 75303 PARIS 07 SP tel.: +33 (1) 4317 9199 fax: +33 (1) 4317 9019 personnes à contacter / <i>persons to contact</i> M. Sanchez Mme Mahmoudi
Germany	Bundesamt für Justiz (Federal Office of Justice) D-53094 Bonn Telephone: +49 (0) 228 99 410-40	Bundesamt für Justiz (Federal Office of Justice) D-53094 Bonn Telephone: +49 (0) 228 99 410-40

	<p>Fax: +49 (0) 228 99 410-52 02  E-mail: auslandsunterhalt-2@bfj.bund.de  Web site:  <a href="http://www.bundesjustizamt.de">http://www.bundesjustizamt.de</a></p>	<p>Fax: +49 (0) 228 99 410-52 02  E-mail: auslandsunterhalt-2@bfj.bund.de  Web site: <a href="http://www.bundesjustizamt.de">http://www.bundesjustizamt.de</a></p>
Greece	<p>Ministry of Foreign Affairs</p>	<p>Ministère de la Justice  Direction générale D  Direction A - Section 4  96, rue Messoudou  115 27 ATHÈNES  personnes à contacter / <i>persons to contact</i>  Mme P. Kontodiou  tel.: +30 (1) 771 4186  fax: +30 (1) 770 7025/771 4186  Mme A. Elefteriadou  tel.: +30 (1) 771 0484  fax: +30 (1) 770 7025/771 4186</p>
Hungary	<p>Ministry of Justice and Law Enforcement  (Igazságügyi és Rendészeti Minisztérium)  Kossuth lajos tér 4  BUDAPEST 1055  Hungary  tel.: +36 (1) 441 3003  fax: +36 (1) 441 3711</p>	<p>Ministry of Social Affairs and Labour  (Szociális és Munkaügyi Minisztérium)  POB 609  BUDAPEST 1373  Hungary  tel.: +36 (1) 475 5700  fax: +36 (1) 475 5800</p>
Italy	<p>1. Ministero dell'Interno  Direzione Generale dei Servizi Civili  Ufficio Studi e Cooperazione Internazionale  Piazza Viminale  00184 ROMA  tel.: +39 (6) 4652 5333  fax: +39 (6) 4654 9564</p>	<p>Ministero dell'Interno  Direzione Generale dei Servizi Civili  Ufficio Studi e Cooperazione Internazionale  Piazza Viminale  00184 ROMA  tel.: +39 (6) 4652 5333  fax: +39 (6) 4654 9564</p>

	<p>personne à contacter / <i>person to contact</i>                  Mr Demetrio Missineo, Vice Prefetto (Senior Officer)                  tel.: +39 (6) 4652 9195 / 474 2145                  Mrs Roberta Preziotti, Vice Prefetto Ispettore (Senior Officer)                  tel.: +39 (6) 4653 7551                  2. Ministry of Foreign Affairs</p>	<p>personne à contacter / <i>person to contact</i>                  Mr Demetrio Missineo, Vice Prefetto (Senior Officer)                  tel.: +39 (6) 4652 9195 / 474 2145                  Mrs Roberta Preziotti, Vice Prefetto Ispettore (Senior Officer)                  tel.: +39 (6) 4653 7551</p>
Montenegro	Ministry of Finance of the Republic of Montenegro	Ministry of Finance of the Republic of Montenegro
Netherlands	<p>Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen                  (Central Agency for Maintenance Enforcement)                  Team IIA (Internationale Inning van Alimentatie)                  Postbus 800                  2800 AV GOUDA                  tel.: +31 (182) 555 500                  fax: +31 (182) 555 516                  personne à contacter / <i>person to contact</i>                  Mr John Jurriens (e-mail: iia@lbio.nl)</p>	<p>Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen                  (Central Agency for Maintenance Enforcement)                  Team IIA (Internationale Inning van Alimentatie)                  Postbus 800                  2800 AV GOUDA                  tel.: +31 (182) 555 500                  fax: +31 (182) 555 516                  personne à contacter / <i>person to contact</i>                  Mr John Jurriens (e-mail: iia@lbio.nl)</p>
Romania	<p>Ministère de la Justice et des Libertés Citoyennes                  Direction de Droit International et Traités                  Bureau de coopération internationale en matière civile et commerciale                  Strada Apollodor 17                  Sector 5                  BUCURESTI                  Cod 050741</p>	<p>Barreau des Avocats de municipe Bucarest                  3-5, Rue dr. Râureanu                  5-BUCAREST 050047                  personne à contacter  <i>person to contact</i>                  M. le Doyen Cristian IORDĂNESCU                  tel.: +40 (21) 315 4537                  fax: +40 (21) 312 9440                  e-mail: dumitrache@baroul-bucuresti.ro</p>

	<p>Tel: +40 372041077 / 78 (cabinet du directeur) / +40 372041083 / +40 372041217 / +40 372041218</p> <p>Fax: +40 37204 1079</p> <p>Internet: www.just.ro</p> <p>E-mail: dreptinternational@just.ro</p> <p>personnes à contacter / <i>persons to contact</i></p> <p>Mme Viviana ONACA, Directeur e-mail: dreptinternational@just.ro</p>	
Serbia		<p>Ministry of Human and Minority Rights, Ul. Mihajla Pupina 2, 11000 Belgrade, telephone No. +381.11.142.384 and +381.11.301.4858 Contact point: Mrs. Milica Ivkovic, Senior Advisor in the Ministry of Human and Minority Rights</p> <p>The Office for Human and Minority Rights of the Government of the Republic of Serbia 11 Nemanjina Street 11000 BELGRADE tel.: +381 (11) 311 1710 +381 (11) 301 4890</p> <p>personne à contacter / <i>person to contact</i>: Mrs Milica Ivkovic</p>
Slovenia	<p>Ministry for Health, Family and Social Security Kotnikova 5 61000 LJUBLJANA tel.: +386 (61) 171 3407 fax: +386 (61) 171 3377</p> <p>personne à contacter / <i>person to contact</i> Mr Dražen Jeremic</p>	<p>Ministry for Health, Family and Social Security Kotnikova 5 61000 LJUBLJANA tel.: +386 (61) 171 3407 fax: +386 (61) 171 3377</p> <p>personne à contacter / <i>person to contact</i> Mr Dražen Jeremic tel.: +386 (61) 171 3407</p>

	tel.: +386 (61) 171 3407 fax: +386 (61) 171 3377	fax: +386 (61) 171 3377
Sweden	"FÖRSÄKRINGSKASSAN (Swedish Social Insurance Agency), the Swedish transmitting and receiving agency according to the above mentioned convention, has a new address as from 1 January 2006. General questions and questions regarding policy decisions concerning the convention are to be sent to the Försäkringskassan's head office at the following address. Försäkringskassan SE-103 51 STOCKHOLM Sweden Tel: 46 8 786 90 00 (switchboard) Fax: 46 8 786 91 60 Email: huvudkonto-ret&commat;forsakringskassan.se All applications and requests for assistance in specific cases in accordance with the above mentioned convention are to e sent to the following address. Försäkringskassan Box 1164 SE-621 22 Visby Sweden Tell 46 498 200 700 Fax: 46 498 200 411 Email: international.gotland&commat;forsakringskassan.se"	"FÖRSÄKRINGSKASSAN (Swedish Social Insurance Agency), the Swedish transmitting and receiving agency according to the above mentioned convention, has a new address as from 1 January 2006. General questions and questions regarding policy decisions concerning the convention are to be sent to the Försäkringskassan's head office at the following address. Försäkringskassan SE-103 51 STOCKHOLM Sweden Tel: 46 8 786 90 00 (switchboard) Fax: 46 8 786 91 60 Email: huvudkonto-ret&commat;forsakringskassan.se All applications and requests for assistance in specific cases in accordance with the above mentioned convention are to e sent to the following address. Försäkringskassan Box 1164 SE-621 22 Visby Sweden Tell 46 498 200 700 Fax: 46 498 200 411 Email: international.gotland&commat;forsakringskassan.se"
Switzerland	Office fédéral de la Justice Bundesrain 20 3003 BERNE tel.: +41 (31) 322 4345 fax : +41 (31) 322 4279 personnes à contacter / <i>persons to contact</i>	Office fédéral de la Justice Bundesrain 20 3003 BERNE tel.: +41 (31) 322 4345 fax : +41 (31) 322 4279 personnes à contacter / <i>persons to contact</i> Mme Sandra John

	Mme Sandra John tel.: +41 (31) 323 1229 fax: +41 (31) 322 7864 e-mail: sandra.john@bj.admin.ch	tel.: +41 (31) 323 1229 fax: +41 (31) 322 7864 e-mail: sandra.john@bj.admin.ch
The Former Yugoslav Republic of Macedonia	Ministry of Justice Dimitrie Cupovski 9 1000 SKOPJE tel.: +389 (2) 3117 277 <i>personne à contacter/person to contact</i> Mrs Snezana Mojsova tel.: +389 (2) 3106 535 fax: +389 (2) 3226 975	Ministry of Labour and Social Policy Dame Gruev 14 1000 SKOPJE <i>personne à contacter person to contact</i> Mme Elena Lazovska tel.: +389 (2) 3117 154 fax: +389 (2) 3117 154



**Prof. Eduard Kunštek, LL.D.**

Associate Professor

Faculty of Law, University of Rijeka

### **SERVICE ABROAD IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS IN SERBIA AND CROATIA**

#### **Summary**

*The efficiency of judicial proceedings in civil and commercial matters depends inter alia on the speed of the transmission and delivery of judicial and extrajudicial documents. Therefore, national regulations and international conventions on the service abroad can be of the utmost importance, especially in cases involving parties or other participants in civil proceedings residing in different countries.*

*As far as Serbia and Croatia are concerned, these matters are regulated by their national laws, by the Hague Convention on Civil Procedure signed in Hague on 17<sup>th</sup> July 1954 to which both states are parties, and by a bilateral convention on legal aid in civil and criminal matters concluded in Belgrade on 15<sup>th</sup> September 1997. Additionally, Croatia is a party to the Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters of 15<sup>th</sup> November 1965, which is not applicable to Serbia. As both of those states are likely to become European Union member states in a near future, in this article the author gives considerable attention to the Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29<sup>th</sup> May 2000 on the service of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters in the Member States. This Regulation will obviously affect the service in civil proceedings between Serbian and Croatian courts, enabling them to be substantially more efficient.*

**Key words:** *service of judicial and extrajudicial documents, civil and commercial matters, the Republic of Serbia and the Republic of Croatia*



*Др Љубица Мандић, ванредни професор*

*Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица*

*Др Владимир Боранијашевић, доцент*

*Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица*

**„ПОЈЕДИНА РЕШЕЊА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ  
ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У СВЕТЛУ  
ПРЕПОРУКА САВЕТА ЕВРОПЕ“**

**Апстракт:**

Поједина решења Закона о парничном поступку Републике Србије из 2004. године последица су имплементације препорука Савета Европе које се односе на правосуђе и владавину права. Аутори у раду анализирају законска решења која се односе на могућност доношења мериторне судске одлуке у припремном поступку и разлоге за понављање поступка. Аутори указују на резултате који су остварени на нормативном плану у погледу ових института, на мотиве и циљеве нових законодавних решења.

**Кључне речи:**

парнични поступак, препоруке Савета Европе, пресуда без одржавања расправе, одговор на тужбу, пресуда Европског суда за људска права, понављање поступка.

1. Реформа парничне процедуре у Републици Србији завршена је 2004. године, доношењем новог Закона о парничном поступку.<sup>1</sup> Иако не представља оригиналну творевину нити резултат потпуне реформе парничне процедуре,<sup>2</sup> нови ЗПП РС је донео одређене новине у процесном режиму. Поједина решења су последица примене препорука Комитета министара Савета Европе које се односе на правосуђе и владавину права и које су донете у циљу унапређења националних система грађанскоправне заштите. Имплементација ових препорука представља и иницијални акт у процесу усклађивања наше парничне процедуре са принципима и стандардима европског права.

Иако је немали број законских решења управо резултат примене препорука Савета Европе,<sup>3</sup> у раду је посебна пажња посвећена могућности мериторног одлучивања у припремном поступку, те разлозима за понављање поступка.

2. Једна од новина коју је донео нови ЗПП РС односи се на могућност доношења пресуде без одржавања расправе. Ова пресуда коју суд доноси кад мериторно одлучује без одржавања главне расправе не представља потпуно нови институт у процесном праву, јер је према раније важећим законским решењима ову пресуду суд могао донети у поступку у парницама о привредним споровима.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Видети: „Службени гласник Републике Србије“ бр. 125/2004. Закон је ступио на снагу фебруара месеца 2005. године. У даљем тексту: ЗПП РС.

<sup>2</sup> Видети: Станковић, Г. – Предговор за Закон о парничном поступку Републике Србије, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 8–9.

<sup>3</sup> Резултат имплементације препорука Комитета министара Савета Европе је и доминација принципа инокосног суђења у ЗПП РС; одредбама закона је предвиђен и један сасвим нов поступак – поступак за решавање спорног правног питања; у систем ванредних правних лекова је уведен нов и специфичан правни лек – жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (Детаљно: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, свеска прва, Парнично процесно право, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 504-507; Станковић, Г. – Петрушић, Н. – Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 42–43; Станковић, Г. – Предговор за Закон о парничном поступку Републике Србије, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 18–28; Мандић, Љ. – Жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање, Правни живот бр. 12/2006, стр. 155–163).

<sup>4</sup> Одредбама претходног процесног закона било је предвиђено да председник већа може, кад по пријему одговора на тужбу утврди да међу странкама није спорно чиње-

Новим ЗПП РС могућност доношења пресуде без одржавања главне расправе проширена је и на општи парнични поступак. Разлози за увођење ове врсте пресуде су различите природе.

Најпре, могућност доношења пресуде без одржавања расправе само је конкретизација принципа суђења у разумном року, који је предвиђен и прокламован одредбама ЗПП РС. Овај принцип је регулисан одредбом из чл. 10. ЗПП РС којом се предвиђа да странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року а да је суд дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења.<sup>5</sup> Само прокламовање овог принципа не значи и то да законодавац може да тачно и одреди тај разуман рок у коме треба решити спор који је био повод парници.<sup>6</sup> Различитост парница по својим елементима онемогућава фиксно одређивање разумног рока за суђење али изазива дужност суда

---

нично стање и да не постоје друге сметње за доношење одлуке, без заказивања рочишта донети одлуку о спору. (Видети: чл. 496. Закона о парничном поступку СФРЈ из 1976. г, “Сл. лист СФРЈ” бр. 4/77. Закон је више пута мењан и допуњаван). Основни разлог за доношење ове пресуде у поступку у парницама о привредним споровима био је брже доношење одлуке и решавање спорова. Ова одлука елиминисала је одржавање главне расправе, скраћивала је поступак и омогућавала доношење мериторне судске одлуке у фази припремног поступка. Могућност доношења ове врсте пресуде само у поступку у парницама о привредним споровима оправдавана је могућношћу и способношћу странака да путем поднесака на систематичан и прегледан начин изнесу своје наводе, што би за последицу имало то да суд може да утврди кад је стање међу странкама неспорно, наравно, без одржавања главне расправе (Тако: Трива, С. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 1978, стр. 634).

<sup>5</sup> Право на суђење у разумном року прокламовано је и одредбом из чл. 32. ст. 1. Устава Републике Србије (“Службени гласник РС” бр. 98/2006) којом је предвиђено да “свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега”.

<sup>6</sup> У прилог изнетом ставу иде и пракса Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЛЈП), који је на различит начин одлучивао да ли је дошло до повреде права на суђење у разумном року. Видети: Пресуду у предмету Илић против Србије, донету 9. 10. 2007. г; Пресуду у предмету ЕВТ против Србије, донету 21.06.2007. г; Пресуду у предмету В. А. М. против Србије донету 13.03.2007. г; Пресуду у предмету Лукенда против Словеније, донету 6. 10. 2005. г; Пресуду у поступку Томић против Србије, донету 26.06.2007. г; Пресуду у предмету Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије, донету 9.10.2007. г.

и странака да поступају тако да се избегну злоупотребе процесних овлашћења и одуговлачење поступка без потребе.<sup>7</sup> Суд мора активно да управља поступком и користећи своја овлашћења утиче на правовремено предузимање парничних радњи. Сматра се,<sup>8</sup> да увођење ове пресуде у општи парнични поступак обезбеђује ефикаснији парнични поступак.

Поред овог разлога, увођење ове пресуде у наш општи парнични поступак оправдава се и поштовањем препорука Савета Европе. Кад је у питању ова врста пресуде, она је резултат примене препоруке, којом је државама чланицама сугерисано да процесни закони треба да садрже одредбе које би довеле до коначног одлучивања у случају неспорног стања ствари у једној парници.<sup>9</sup> То би, свакако, довело до смањења трошкова поступка и његовог убрзања.

Пресуда без одржавања расправе регулисана је одредбом из чл. 276. ст. 2. ЗПП РС. Овом одредбом је одређено да председник већа може, у току припремања главне расправе, после пријема одговора на тужбу донети пресуду ако утврди да међу странкама нису спорне чињенице и да не постоје друге сметње за доношење одлуке. Суд мериторно одлучује иако не заказује и не одржава главну расправу. Суд на основу неспорног стања ствари доноси пресуду без одржавања расправе и на тај начин одлучује о истакнутом захтеву или неком од више истакнутих захтева који су зрели за доношење коначне одлуке.

Да би суд донео ову пресуду, према ЗПП РС, морају бити испуњени одређени услови. Први и основни услов је да је тужени благовремено одговорио на тужбу. Суд доноси ову пресуду тек након пријема одговора на тужбу. Одговор на тужбу је обавезна парнична радња туженог, којом се тужени од тужбе брани. Примљену тужбу суд са свим прилозима доставља туженом на одговор. Суд то чини у року од 30 да-

---

<sup>7</sup> Станковић, Г. – Петрушић, Н. – Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 29.

<sup>8</sup> Карамарковић, Л. – Нови Закон о парничном поступку, Избор судске праксе, бр. 4/2005, стр. 6.

<sup>9</sup> Препорука П (81) 7 Комитета Министара Савета Европе (Детаљно: Станковић, Г. – Пресуда без одржавања расправе, Билтен судске праксе ВСС, бр. 3/2005, стр. 280–281).

на од дана пријема тужбе у суду.<sup>10</sup> Тужени је дужан да у року од 30 дана од дана пријема тужбе поднесе суду одговор на тужбу.<sup>11</sup>

Одговор на тужбу је према ранијим законским решењима била факултативна радња туженог. Тако је од воље туженог зависило да ли ће одговорити на тужбу или не. Нови ЗПП РС одговор на тужбу одређује као обавезну радњу туженог, што има за последицу и обавезност припремног поступка као етапе у процесу пружања правне заштите. Такође, законом је предвиђена и дужност суда да туженог поучи о садржини одговора на тужбу као и последицама које га могу погодити уколико суду не поднесе одговор на тужбу у одређеном року.

Одговор туженог на тужбу је основни услов за доношење ове пресуде и представља повод за њено доношење. У одговору на тужбу тужени признаје чињенице на којима се заснива тужбени захтев тужиоца. Уколико тужени призна чињенице, односно исте не оспори, суд може донети пресуду без одржавања расправе ако су испуњени и други услови за њено доношење.

Уколико тужени призна чињенице, то свакако не значи да тужени не може у одговору на тужбу да оспори основаност тужбеног захтева. Суд ће донети пресуду без одржавања расправе уколико су испуњени услови, након што тужени призна чињенице, иако је оспорио основаност тужбеног захтева.<sup>12</sup>

Суд ову пресуду неће донети у свим случајевима кад је тужени одговорио на тужбу. Тужени у одговору на тужбу не мора да призна чињенице на којима тужилац заснива свој тужбени захтев. Тужени може, настојећи да се од тужбе брани, да у одговору на тужбу изнесе наводе о сасвим другим чињеницама на којима заснива своја тврђења и оспорава тужбени захтев. Уколико тужени у одговору на тужбу истакне такве чињенице и наводе, питање основаности тужбеног захтева ни-

---

<sup>10</sup> Видети: чл. 281. ЗПП РС.

<sup>11</sup> Видети: чл. 282. ст. 1. ЗПП РС. О одговору на тужбу опширније: Петрушић, Н – Последице пропуштања рокова у новом парничном процесном праву Републике Србије, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. ХЛИВ/2004, стр. 139–140.

<sup>12</sup> Станковић, Г. – Петрушић, Н. – Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 52; Станковић, Г. – Пресуда без одржавања расправе, ПТП бр. 11/2005, стр. 6.

је решено. На тај начин би било онемогућено доношење пресуде без одржавања расправе.

С друге стране, начело обостраног саслушања странака намеће потребу да се о новим чињеницама које је тужени изнео у одговору на тужбу, изјасни и тужилац. Дужност је суда да омогући странкама да расправљају. Уколико тужени изнесе наводе о другим чињеницама у одговору на тужбу, суд не може донети пресуду без одржавања расправе те мора даље извиђати у циљу доношења мериторне и коначне одлуке.

Ову пресуду суд може донети уколико је тужени признао чињенице у одговору на тужбу у парници у којој важи расправно начело. Како су странке у овим парницама овлашћене да располажу процесним материјалом, тако је тужени овлашћен да у одговору на тужбу призна чињенице. Кад суд утврди да је тужени признао чињенице у одговору на тужбу, и да се ради о парници у којој важи расправно начело, суд, уколико су испуњени и други услови предвиђени правилима процесног права, доноси пресуду на основу неспорног стања ствари.

Ситуација је сасвим различита кад је у питању истражно начело. Иако је тужени признао чињенице у одговору на тужбу, суд у парницама у којима важи истражно начело неће моћи да донесе пресуду без одржавања расправе. То ће бити последица овлашћења суда да у овим парницама испитује истинитост чињеница чак и кад оне међу странкама нису спорне.

Следећи од услова који морају бити испуњени да би суд донео пресуду без одржавања расправе односи се на склад између признања чињеница које је тужени учинио и доказа које су парничари приложили уз своје поднеске. Суд неће донети пресуду без одржавања расправе уколико постоји противуречност између навода туженог и доказа који су приложени од стране странака. Признање чињеница у тесној је вези са доказима који су приложени. Тужени може само признати чињенице које је тужилац у тужби означио и поткрепио одређеним доказима. Уколико тужени то учини, сматра се да је признао чињенице и да не постоји противуречност између признања и приложених доказа.

Суд ову пресуду неће донети и онда кад тужени признањем чињеница прекорачује границе слободе располагања. Услов за доношење



пресуде без одржавања расправе је и да странка располаже захтевом којим се може располагати. Но, намера туженог коју он испољава признањем чињеница у одговору на тужбу, може бити таква да тежи располагању захтевима којима се не може располагати. То су захтеви који су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала. Суд може да посумња да тужени својим процесним понашањем располаже захтевом којим се не може располагати. Како је законом предвиђено овлашћење суда да у овом случају може утврђивати и чињенице које странке нису изнеле и изводи доказе које странке нису предложиле, суд ће, на основу примене истражног начела, проверавати истинитост чињеница које је тужени признао у одговору на тужбу.

Сви предвиђени услови за доношење ове пресуде морају бити кумулативно испуњени, да би суд, на основу неспорног стања ствари донео ову пресуду. Суд ову пресуду доноси уколико не постоје процесне сметње и уколико су испуњени напред наведени услови.

Тужени, признањем чињеница на којима се заснива тужбени захтев у одговору на тужбу, ствара услове за испуњење једног од услова за доношење пресуде без одржавања расправе. Тужени може признати чињенице али и оспорити основаност тужбеног захтева. Тако је, у тој ситуацији, спорно само правно питање.<sup>13</sup> Суд утврђује да ли је оспоравање туженог основано или није, и на основу тога одлучује да ли ће пресуду донети или не.

Кад тужени призна чињенице, он омогућује формирање доње премисе судског силогизма и нема потребе да се врши провера чињеница путем доказивања. У овом случају суд оцењује материјалноправну основаност тужбеног захтева. Суд подводи неспорно стање ствари под горњу премису – норму материјалног права и одлучује. Суд може одлучити да усвоји или одбије тужбени захтев.

Пресуда на основу неспорног стања ствари може бити потпуна или делимична пресуда. Уколико тужилац истакне један захтев или више захтева у тужби, а тужени призна у одговору на тужбу чињенице на

---

<sup>13</sup> Станковић, Г. – Петрушић, Н. – Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 53; Станковић, Г. – Пресуда без одржавања расправе, Билтен судске праксе ВСС бр. 3/2005, стр. 284.

којима су засновани, пресуда без одржавања расправе имаће карактер потпуне пресуде. Али, тужени може у одговору на тужбу признати и чињенице на којима се заснива само неки од више истакнутих захтева. И у овом случају ће доношење пресуде на основу неспорног стања ствари бити могуће, а она ће имати карактер делимичне пресуде.

Питање трошкова поступка је врло специфичне природе кад је у питању ова пресуда, с обзиром на то да се иста доноси без одржавања главне расправе. Странке у том случају захтев за накнаду парничних трошкова могу поднети накнадно а закон на то упућује одредбом у којој каже да је, уколико се ради о доношењу одлуке без претходног расправљања, странка дужна да захтев за накнаду трошкова стави у предлогу о коме суд треба да одлучи.<sup>14</sup> Закон не садржи одредбе о року у коме странке треба да поднесу предлог за накнаду трошкова. Закон је једино у овом случају, као и уопште, одређен кад прописује да странка јесте дужна да у захтеву опредељено наведе трошкове за које тражи накнаду.<sup>15</sup> Иако рок није законом изричито предвиђен, сматра се да странка, ако жели да оствари своје право на накнаду парничних трошкова, треба да поднесе предлог за накнаду парничних трошкова у року од 15 дана од дана кад јој је достављена првостепена пресуда.<sup>16</sup>

Поставља се питање да ли суд треба да чека протек рока од 30 дана за одговор на тужбу у случају да је тужени поднео суду одговор на тужбу пре истека тог рока. Наиме, тужени је након пријема тужбе са прилозима одговорио на тужбу, рецимо, петнаестог дана од дана пријема тужбе. Рок за подношење одговора на тужбу је 30 дана. Било би можда логичније пледирати за то да суд не мора да чека протек рока од 30 дана већ да може, уколико су испуњени услови, донети пресуду без одржавања расправе јер би се на овај начин само позитивно утицало на

---

<sup>14</sup> Видети: чл. 159. ст. 3. ЗПП РС.

<sup>15</sup> Видети: чл. 159. ст. 2. ЗПП РС.

<sup>16</sup> У овом случају, кад се мериторна судска одлука доноси без одржавања расправе, примењује се рок који је предвиђен за ситуацију која настаје кад се ван расправе повуче тужба или изјављени правни лек (Тако: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, свеска прва, Парнично процесно право, Удружење за Грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 467).

остварење начела о суђењу у разумном року. Има и мишљења<sup>17</sup> да би чекање да рок за достављање одговора на тужбу протекне било нецелисходно с обзиром да нема разлога да се на тај начин поступа. Сматрамо да суд мора да сачека протек рока од 30 дана који је предвиђен за подношење одговора на тужбу. Разлог за овакав став налазимо у чињеници да све до протекла овог рока тужени има право да свој одговор на тужбу мења касније поднетим поднесцима. Тако се може догодити да тужени опозове признање чињеница или да свој одговор на тужбу допуни на тај начин што мења исказ у погледу појединих раније признатих чињеница. Такође, тужилац може у међувремену да повуче тужбу или да се одрекне тужбеног захтева.

Пресуда без одржавања расправе предвиђена је и у појединим правним системима бивших југословенских држава.<sup>18</sup> Тако је ова пресуда предвиђена у црногорском, хрватском и македонском праву. Одредбама Закона о парничном поступку Републике Црне Горе<sup>19</sup> је предвиђено да суд може да, кад утврди да међу странкама није спорно чињенично стање и да не постоје друге сметње за доношење одлуке, без заказивања рочишта донесе одлуку о спору.<sup>20</sup> Основни услов за доношење ове пресуде је да је суд примио одговор на тужбу. У овом случају, уколико је тужени признао чињенице на којима се заснива тужбени захтев и уколико је суд утврдио да је међу странкама неспорно чињенично стање, суд доноси одлуку – пресуду на основу неспорног стања ствари, без одржавања расправе, уколико не постоје и друге сметње за њено доношење. То, свакако, не значи да ће суд у сваком случају кад ту-

---

<sup>17</sup> Милутиновић, Љ. – Тужба и одговор на тужбу, Билтен судске праксе ВСС бр. 2/2006, стр. 243.

<sup>18</sup> Деведесетих година двадесетог века у балканском региону је дошло до стварања нових држава које су раније биле део југословенске федерације. Ове нове балканске државе су, након сецесије, уредиле своје процесноправне системе. Приликом рада на новом ЗПП РС и реформи парничне процедуре коришћена су, између осталог, и искуства нових балканских држава које су реформисале и уредиле парничну процедуру (Тако: Станковић, Г. – Предговор за Закон о парничном поступку Републике Србије, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 10).

<sup>19</sup> Видети: “Службени лист Републике Црне Горе” бр. 22/2004. У даљем тексту: ЗПП ЦГ.

<sup>20</sup> Видети: чл. 282. ЗПП ЦГ.

жени призна чињенице на којима се заснива тужбени захтев донети ову пресуду и усвојити тужбени захтев. Суд овом пресудом може и одбити тужбени захтев уколико утврди да из чињеница у тужби не произлази основаност тужбеног захтева. Законодавац, експлицитно, неоснованим тужбеним захтевом сматра онај који је очигледно противан чињеницама у тужби или ако су чињенице на којима се заснива тужбени захтев очигледно у супротности са доказима које је сам тужилац предложио или са чињеницама које су општепознате.<sup>21</sup>

Ову пресуду, према одредби из чл. 332а. Закона о парничном поступку Републике Хрватске<sup>22</sup> доноси судија појединац, односно председник већа кад су испуњени одређени услови. Основни услов за доношење ове пресуде је да је тужени признао чињенице у свом одговору на тужбу. Без обзира на то што је тужени оспорио тужбени захтев а признао чињенице на којима се заснива тужбени захтев тужиоца и то у одговору на тужбу, суд може без заказивања рочишта донети пресуду. Суд може донети коначну пресуду или делимичну пресуду. Уствари, суд може одлучити у погледу главне ствари и споредних тражења у потпуности или одлучити у погледу једног од више захтева или делу захтева истакнутог у тужби. Ову пресуду суд доноси кад су испуњени предвиђени услови и то уколико не постоје друге сметње за њено доношење.<sup>23</sup> Остали услови који морају бити испуњени су: да се ради о поступку у коме странка може признати чињенице; да признате чињенице нису у супротности са доказима које су саме странке приложиле уз своје поднеске или општепознатим чињеницама и да се ради о захтевима којима странке могу слободно располагати.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Видети: чл. 283. ст. 2. ЗПП ЦГ.

<sup>22</sup> Видети: "Narodne novine" бр. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 и 117/03. У даљем тексту: ЗПП РХ.

<sup>23</sup> Видети: чл. 332а. ЗПП РХ. Идентично решење садржано је и у одредби из чл. 270. ст. 4. Закона о парничном поступку Републике Македоније ("Службен весник на Република Македонија" бр. 79/2005. У даљем тексту: ЗПП РМ). Ову пресуду суд доноси уколико по пријему одговора на тужбу утврди да међу странкама није спорно чињенично стање и да не постоје друге сметње за доношење одлуке без одржавања расправе.

<sup>24</sup> Triva, S. – Dika, M. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, стр. 617–618.

Кад је у питању побијање пресуде која је донета на основу неспорног стања ствари, у фази припремања главне расправе, не постоји специфичан режим побијања правним лековима. Како закон не одређује посебне услове за побијање ове пресуде жалбом, произлази да се она може побијати из свих разлога предвиђених правилима процесног права.

Тако ће ова пресуда моћи жалбом да се побија због битне повреде одредаба парничног поступка, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања и због погрешне примене материјалног права. То значи да ће жалилац моћи да побија ову пресуду и због њене материјалне неисправности, без обзира што суд није утврђивао стање ствари. Разлог за материјалну неисправност ове пресуде биће уствари погрешан закључак суда да се ради о неспорном стању ствари. Тако жалилац и из овог разлога може жалбом побијати пресуду донету без одржавања расправе.<sup>25</sup>

Пресуда на основу неспорног стања ствари, коју суд доноси кад мериторно одлучује без одржавања главне расправе, на први поглед има највише сличности са пресудом на основу признања. Међутим, ове две врсте пресуда се знатно разликују.

Прва и основна разлика у погледу ове две врсте пресуда огледа се у погледу радњи које представљају повод за доношење ових пресуда. Пресуда на основу признања се доноси кад тужени призна тужбени захтев. С друге стране, услов за доношење пресуде без одржавања главне расправе је да је тужени признао чињенице на којима се заснива тужбени захтев и то у одговору на тужбу. Овде се ради о страначкој изјави о стању ствари јер тужени не оспоравајући чињенице изјављује да су наводи на којима тужилац заснива свој захтев тачни.<sup>26</sup> Признање тужбеног захтева и признање чињеница представљају две сасвим различите радње које тужени може предузети у току поступка. Још једна разлика у погледу ове две радње огледа се и у томе што чињенице може

---

<sup>25</sup> У македонском праву, пресуда без одржавања расправе се не може побијати жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (Видети: чл. 342. ст. 2. ЗПП РМ).

<sup>26</sup> Станковић, Г. – Пресуда без одржавања расправе, ПТП бр. 11/2005, стр. 6.

признати и тужилац а не само тужени – обе странке у поступку могу признати чињеничне наводе свог парничног противника.

Пресуда на основу признања може бити донета све до закључења главне расправе јер тужени може све до тог тренутка признати тужбени захтев. Кад тужени призна тужбени захтев, у целисти или делимично, суд без даљег извиђања доноси пресуду којом усваја тужбени захтев – пресуду на основу признања. То значи да суд ову пресуду може донети и у припремном поступку, кад тужени у одговору на тужбу призна тужбени захтев, али и касније, до закључења главне расправе. С друге стране, пресуду на основу неспорног стања ствари суд може донети само у току припремања главне расправе.<sup>27</sup>

Разлика између пресуде на основу признања и пресуде донете без одржавања главне расправе огледа се и у различитим могућностима њиховог побијања. У погледу пресуде на основу признања важи посебан процесни режим. Ова пресуда може побијати жалбом само због битне повреде одредаба парничног поступка и због мана у вољи туженог. Тако је могуће побијати ову пресуду уколико је изјава о признању дата у заблуди или под утицајем принуде или преваре.<sup>28</sup> Овакво законодавно решење у погледу побијања ове пресуде свој ослонац налази у чињеници да је ова пресуда резултат тужениковог процесног понашања – његовог признања тужбеног захтева које представља диспозитивну страначку парничну радњу. Кад је у питању пресуда без одржавања расправе законодавац није предвидео посебна правила у погледу њеног побијања и она може бити побијана жалбом из свих законом предвиђених разлога.<sup>29</sup>

Још једна од веома битних разлика између пресуде на основу признања и пресуде на основу неспорног стања ствари је у томе што се

---

<sup>27</sup> О другим аспектима разликовања ове две врсте пресуда: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, свеска прва, Парнично процесно право, Удружење за Грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 465–466; Станковић, Г. – Пресуда без одржавања расправе, Билтен судске праксе ВСС бр. 3/2005, стр. 282–283; Боранијашевић, В. – Врсте пресуда у парничном поступку, докторска дисертација, Правни факултет, Ниш, 2008, стр. 140–142.

<sup>28</sup> Видети: чл. 360. ст. 3. ЗПП РС.

<sup>29</sup> Видети: чл. 360. ст. 1. ЗПП РС.

првом само усваја тужбени захтев тужиоца а другом исти усваја или одбија. Уколико суд утврди да је допуштено признање тужбеног захтева као парнична радња туженог и да су испуњени и остали законом предвиђени услови, суд доноси пресуду на основу признања. У том случају, горњу премису судског силогизма чине процесне норме. С друге стране, кад је у питању пресуда без одржавања главне расправе, суд овом пресудом тужбени захтев тужиоца може усвојити или одбити. У овом случају се оцењује и материјалноправна основаност тужбеног захтева. За разлику од пресуде на основу признања, горњу премису у процесу одлучивања чине не норме процесног већ материјалног права.<sup>30</sup> То практично значи да признање чињеница од стране туженог у одговору на тужбу не изазива обавезно доношење пресуде којом се захтев тужиоца усваја. Уколико суд утврди материјалноправну основаност тужбеног захтева, на основу неспорног стања ствари које је последица признања чињеница, он доноси пресуду којом усваја тужбени захтев. У супротном, иако је неспорно стање ствари, суд доноси пресуду којом одбија тужбени захтев тужиоца што је последица његове материјалноправне неисправности.

3. Нови ЗПП РС донео је новине и у погледу правних лекова. Одређени правни лекови су уведени у процесни режим као нови и специфични, а неки од постојећих су претрпели одређене измене. Понављање поступка, као ванредни правни лек који странке могу изјавити против правноснажних одлука којима је завршен поступак, нормативно је, у одређеном делу, уобличен на нов начин. Измене у погледу овог правног лека односе се на разлоге за његово изјављивање.

Понављање поступка, као правни лек, има одређене карактеристике. Овај правни лек је несспензиван, ремонстративан, преклузиван, супсидијаран, двостран и ограничен правни лек. Ограниченост понављања поступка читава се у могућности његовог изјављивања само из законом таксативно одређених разлога.<sup>31</sup> Разлози за изјављивање предлога за понављање поступка могу бити одређене процесне повреде

---

<sup>30</sup> Станковић, Г. – Пресуда без одржавања расправе, Билтен ВСС, бр. 3/2005, стр. 282.

<sup>31</sup> Видети: чл. 422. ЗПП РС.

као и одређени материјални недостаци, док материјалноправне повреде то не могу бити. Уобичајено је да се у литератури разлози за понављање поступка класификују у одређене групе, и то су: битне повреде одредаба поступка, противправне радње учесника у поступку – кривична дела, нове чињенице и нови докази.<sup>32</sup> Четврту групу разлога за изјављивање предлога за понављање поступка, према ЗПП РС, чине повреде људских права и основних слобода које су утврђене пресудом ЕСЛЈП.

Трећа група разлога за понављање поступка – нове чињенице и нови докази, обогата је још једним разлогом у односу на раније важећа законска решења. Тако ће разлог за понављање поступка постојати уколико је накнадно пред надлежним органом правноснажно решено претходно питање на коме је заснована судска одлука којом је поступак окончан.<sup>33</sup> Постоји могућност да је претходно питање решено пред надлежним органом који је одлучивао и донео одлуку мериторног карактера о том питању. Тада, када је претходно питање решено на сасвим другачији начин од стране надлежног органа, а парнични суд је о њему сам одлучивао, потребно је о претходном питању поново одлучивати.<sup>34</sup> У овом случају, одлука надлежног органа који је одлучивао о претходном питању као главном питању и која је постала правноснажна, представља нови доказ јер је условљавајући однос решен на нов и другачији начин. Понављање поступка због овог разлога се може дозволити само ако странка без своје кривице није могла те околности да изнесе пре него што је ранији поступак завршен судском одлуком која је постала правноснажна.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Станковић, Г. – Грађанско процесно право, свеска прва, Парнично процесно право, Удружење за Грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 519; Палачковић, Д. – Парнично процесно право, Правни факултет, Крагујевац, 2004, стр. 281–282; Познић, Б. – Ракић-Водинелић, В. – Грађанско процесно право, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 318–319; Старовић, Б. – Кеча, Р. – Грађанско процесно право, Правни факултет, Нови Сад, 1998, стр. 449–451; Triva, S. – *Gradansko parnično procesno pravo, narodne novine, Zagreb, 1978, str. 595–598.*

<sup>33</sup> Видети: чл. 422. ст. 1. т. 8. ЗПП РС.

<sup>34</sup> Станковић, Г. – Грађанско процесно право, свеска прва, Парнично процесно право, Удружење за Грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2007, стр. 520.

<sup>35</sup> Видети: чл. 423. ст. 2. ЗПП РС.



Четврту групу разлога за изјављивање предлога за понављање поступка, према ЗПП РС, чине повреде људских права и основних слобода које су утврђене пресудом ЕСЛЈП. Ова група разлога за понављање поступка није била заступљена у раније важећим процесним режимима и резултат је реформе парничне процедуре у нашој земљи. Странака може захтевати понављање поступка ако је по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом, ЕСЛЈП донео одлуку о истом или сличном правном односу против Републике Србије.<sup>36</sup> Погрешна примена материјалног или процесног права која је резултирала повредама људских права и основних слобода, у овој ситуацији је била повод да апликант затражи пружање правне заштите пред ЕСЛЈП. Пресудом овог суда се постојање повреде и утврђује, уколико она постоји, те ће таква одлука суда и бити разлог за понављање поступка.

ЕСЛЈП је суд који је установљен Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.<sup>37</sup> Овај суд функционише у циљу заштите основних људских права и слобода које свој основ налазе у Конвенцији. Суд поступајући по индивидуалној представи апликанта, у прописаном саставу и кад су испуњене процесне претпоставке за допуштеност суђења, доноси судску одлуку која ће бити разлог за понављање поступка пред домаћим судом. Апликант се може обратити суду уколико сматра да је одлуком националног суда дошло до повреде људских права и слобода и уколико је искористио сва правна средства која су му била на располагању. Тада, ЕСЛЈП поступајући у прописаном поступку доноси судску одлуку која има обавезну снагу и коју је држава потписница Конвенције дужна да изврши.<sup>38</sup>

Овај разлог за понављање поступка је уведен у нашу парничну судску процедуру из више разлога. Један од основних разлога је ду-

---

<sup>36</sup> Видети: чл. 422. ст.1. т. 10. ЗПП РС.

<sup>37</sup> Ова конвенција је донета 1950. године а наша земља је исту ратификовала 2003. године. У даљем тексту: Конвенција.

<sup>38</sup> Одлука националног суда којом је, према мишљењу апликанта, повређено одређено људско право не представља објекат побијања а суд у односу на њу нема одређена овлашћења - ни касаторна ни реформаторна (Станковић, Г. – Петрушић, Н. – Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 7).

жност државе чланице Савета Европе да омогући измену одлуке домаћег суда. Ова могућност је условљена одлуком ЕСЛЈП којом се утврђује да је дошло до повреде основних људских права која су гарантована Конвенцијом. С друге стране, ово законско решење је у вези са препорукама Савета Европе којима се указује државама чланицама да је пожељно да обезбеде могућност понављања поступка пред домаћим судом, уколико је, у одређеној правној ствари, ЕСЛЈП утврдио да је дошло до повреде људског права које свој основ налази у Конвенцији.<sup>39</sup> Поред тога, понављање поступка треба омогућити и ако странка сама сноси последице изречене пред домаћим судом а не постоји могућност да се реституција постигне на други начин осим путем понављања поступка.

Логичан закључак који следи је да је странци потребна коначна пресуда ЕСЛЈП која је постала правноснажна, као повод за понављање поступка. Потребно је да је ЕСЛЈП, поступајући по појединачној представи апликанта донео одлуку којом је утврђено да је дошло до повреде одређеног људског права загарантованог Конвенцијом. С друге стране, одредбом ЗПП РС је предвиђено да је разлог за понављање поступка одлука ЕСЛЈП о истом или сличном правном односу против државе Србије. То значи да ће суд имати улогу да оцењује да ли се та одлука односи на конкретан случај и да ли се она може прихватити као повод за понављање поступка. У случају да одлука постоји и да се може прихватити као основ и разлог за понављање поступка, суд ће у прописаном поступку дозволити понављање поступка.

Увођењем овог разлога за понављање поступка долази до продора прецедентног права у наш правни систем. Судска пракса не представља извор парничног процесног права.<sup>40</sup> У овом случају, пресуда

---

<sup>39</sup> Ради се о препоруци бр. Р (2000) 2 Комитета министара Савета Европе, упућеној државама чланицама за преиспитивање или поновно отварање одређених предмета пред домаћим судовима након изрицања пресуде ЕСЛЈП. Ова препорука је доступна на званичном сајту Савета Европе, [www.coe.int](http://www.coe.int)

<sup>40</sup> У европскоконтиненталним правним системима судска пракса није извор права. Иако се сматра да значај пресуде непрестано расте, у овим правним системима пресуда не може да замени закон као основни и примарни извор права. Такође, сматра се да ни закон не може судској пресуди да порекне особине секундарног правног

ЕСЛЈП постаје извор права и разлог за понављање поступка пред домаћим судом.

Увођење новог разлога за понављање поступка који се базира на пресуди ЕСЛЈП, може се сагледати са више аспеката. У литератури се сматра<sup>41</sup> да се увођењем овог разлога за понављање поступка предупредују будући поступци пред ЕСЛЈП, уколико је суд већ донео одлуку о истом или сличном правном питању. У време реформе парничне судске процедуре, понављање поступка је требало да заштити државу. Странка ће моћи пред домаћим судом да захтева понављање поступка уколико је ЕСЛЈП донео одлуку о истом или сличном правном односу. Тако се странка неће обраћати ЕСЛЈП већ ће правну заштиту поново затражити пред домаћим судским органима ослањајући се на одлуку ЕСЛЈП. То ће, свакако, допринети мањем броју обраћања појединаца ЕСЛЈП.<sup>42</sup> Држава се у овом случају штити и од одговорности за рад њених органа, поред чињенице да се на још бољи начин штите људска права која свој основ налазе у Конвенцији.

---

извора. Уколико се изворима права означе само правни акти који су формално обавезни за судове и који су уставом предвиђени, судска пресуда не представља извор права. Међутим, уколико се изворима права сматрају акти ефективног стварања правних норми, неопходно је пресуду сматрати извором права (Видети: Кошутић, Б. – Судска пресуда као извор права, Савремена администрација, Београд, 1973, стр. 149, стр. 154). О пресуди као акту примене и стварања права, видети и: Боранијашевић, В. – Врсте пресуда у парничном поступку, докторска дисертација, Правни факултет, Ниш, 2008, стр. 12–18.

<sup>41</sup> Станковић, Г. – Петрушић, Н. – Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 65.

<sup>42</sup> Има мишљења да велики број представки који стиже у ЕСЛЈП на неки начин доводи у питање поверење у систем заштите људских права и да постоје два основна разлога за то - повећање броја чланица Савета Европе и структурна неприлагођеност система који је настао пре пола века новим захтевима европског друштва. Сматра се да је неопходна реформа ЕСЛЈП која се може спровести на два начина. Један се односи на структурну интерну реформу, која би се спровела тако да не би дошло до измене саме Конвенције, док би други начин био суштински другачији те би захтевао амандмане на Конвенцију и њене измене. Тако је усвајањем Протокола бр. 14, 12.05.2004. г, започет рад на реформи система пружања правне заштите пред судом, која се односи на три области: онемогућавање повреда на националном нивоу и побољшање правних лекова; повећање ефикасности поступка пред судом и убрзање извршења пресуда ЕСЛЈП (Детаљно: Бановчанин-Хеубергер, И. – Реформа Европског суда за људска права, Европско законодавство, бр. 9 – 10/2004, стр. 74–75).

4. Евидентно је да је законодавац прописивањем нових правила у погледу одређених института парничне процедуре желео да постигне одређене циљеве. Законодавац је настојао да конкретизује основна начела на којима се заснива парнични поступак, да унапреди систем пружања правне заштите, побољша остваривање принципа владавине права. Законодавац је настојао да се и кроз увођење нових института и измену раније постојећих, странкама омогући да им суд правну заштиту пружи у разумном року, без одуговлачења и са што мање трошкова, уз поштовање основних људских права и правног поретка. Свакако, законодавним захватима у погледу одређених института испоштоване су и у законски текст имплементиране препоруке Савета Европе које доприносе усклађивању нашег права са принципима и стандардима европског права. Да ли ће у пракси бити реализоване намере законодавца, остаје да се види током будуће примене процесног права у свакодневној пракси судова.

**Prof. Ljubica Mandić, LL.D.**

Associate Professor  
Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,  
University of Priština

**Vladimir Boranijašević, LL.D.**

Assistant Professor  
Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,  
University of Priština

**“CERTAIN DECISIONS OF THE LAW ON LEGAL PROCEEDINGS OF THE  
REPUBLIC OF SERBIA IN THE CONTEXT OF  
RECOMMENDATIONS OF THE EUROPEAN COUNCIL”**

**Summary**

*The reform of legal procedure in the Republic of Serbia was finished in 2004 by introducing a new Law on Legal Proceedings. Certain decisions of this law represent a result of applying recommendations of the European Council. Implementation of these recommendations not only encourages functioning of the system of legal protection but also represents an initial act in the area of harmonizing the rules of our legal procedure with the principles and standards of European Law.*

*Without any intention to recognize all the institutes of Legal Procedure which have been normed in accordance with recommendations of the European Council, this work analyzes legal decisions which relate to a possibility of a relevant decision in a preparatory procedure and reasons for repeating the procedure.*

*Regulations of the Law on Legal Proceedings of the Republic of Serbia offer a possibility of bringing a relevant decision during a preparation of the main hearing. After receiving a response to charges in which the defendant admitted the facts on the grounds of which the claim for charges is based, the legal court can give a verdict without an oral hearing, if it assesses the situation between the parties to be indisputable and that there are no other obstacles for its giving. Introduction of this kind of verdict in the General Legal Proceedings is a consequence of applying a recommendation of the European Council which suggests the countries members that their process laws should contain regulations which would lead to a decision in the case of indisputable*

*situation in a lawsuit. By giving this verdict, which can accept or deny a claim for charges, the efficiency of the procedure and realization of the principle of a trial in a reasonable period of time are affected.*

*In case of repetition of a procedure, regulations of the law plan for new reasons for repetition of the procedure. A specific reason for repetition of a procedure exists if after the completion of a lawsuit in the national court, the European Court for Human Rights has brought a decision on the same or similar issue against the Republic of Serbia. A possibility that a party asks for repetition of the procedure on the grounds of violation of human rights and basic freedom determined by a verdict of the European Court for Human Rights, is also a result of applying recommendations of the European Council. Repetition of the procedure in this case eliminates violation of the rights and freedom guaranteed by the European Convention on Protection of Human Rights and Basic Freedom.*

**Key words:** *civil procedure, recommendations of the Council of Europe, rendering a decision without having the main hearing, defendant's answer to complaint, prior ruling of the European Court of Human Rights, reiteration of a civil proceeding*

*Др Марија Игњатовић, асистент  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **ДА ЛИ УГОВОРНО РЕГУЛИСАЊЕ БРАЧНИХ ИМОВИНСКОПРАВНИХ ОДНОСА СВЕДОЧИ О ПОКУШАЈУ УНИФИКАЦИЈЕ У ОКВИРУ ЕУ?**

### **Апстракт:**

*Потреба да се одговори све захтевнијем процесу европске интеграције, ставља у задатак земљама потенцијалним чланицама Европске уније и онима које то већ јесу, одређене активности у циљу хармонизације прописа у свим областима права, укључујући при том и грађанско право. Међутим, када је реч о унификацији у оквиру ове области, можемо слободно приметити да је област породичног права најмање приемчива за тако нешто. Ово отуда што је, несумњиво, породично право грана права која је највише изложена различитим утицајима, почевши од историјских, социолошких, етичких, културних, обичајних и других, који истовремено играју веома важну улогу у формирању једног друштва. Утолико пре, што се породица најчешће и дефинише као основна ћелија људског друштва. Будући да, породица, као основни институт једног друштва, одликава то друштво, јасно је зашто су се норме породичног права до сада претежно изучавале и изучавају се у оквиру националног права. Другим речима, о унификацији европског права, у оквиру ове гране права до сада се и није могло говорити, јер су сви покушаји да се нађу решења која би се применила на све земље чланице ЕУ, остали неуспешни. Међутим, у последње време чују се и нека другачија размислиња која воде у правцу унификације и у овој области права и то преко међународних споразума и упоредног права. У том смислу помињу се две јако значајне уредбе: Уредба бр. 44/2001 о надлежности и признавању одлука донетих у грађанским и трговачким предметима и Уредба бр.*

*1347/2000/ЕС о надлежности и признању одлука у брачним предметима и питањима родитељске одговорности за заједничку децу брачних другова.*

**Кључне речи:**

*процес европске интеграције, унификација породичног права, национално право, међународни споразуми, уредбе ЕУ*

### Уводне напомене

Потреба да се одговори све захтевнијем процесу европске интеграције, ставља у задатак свим земљама потенцијалним чланицама ЕУ и оним које то већ јесу, одређене активности у циљу хармонизације прописа у свим областима права, па тако и у оквиру грађанског (приватног) права. Али, када је реч о унификацији у оквиру ове области, већ на први поглед може се уочити да је област породичног права најмање приемчива за тако нешто.<sup>1</sup> Ово отуд што је породично право, несумњиво, грана права која је до данашњих дана највише била изложена различитим друштвеним утицајима, почевши од историјских, социолошких, културних, обичајних и других. Ови утицаји су одувек имали веома важну улогу у формирању једног друштва, па самим тим и породице као основне ћелије људског друштва. Имајући у виду широки спектар фактора, који су различито и временски неуједначено деловали на формирање једног друштва (породице), изводи се закључак да је и разумљиво зашто се досад није говорило о унификацији у оквиру ове гране грађанског права, као и зашто су поједини покушаји да се нађу адекватна решења, која би се применила на све земље чланице ЕУ, остали безуспешни.

---

<sup>1</sup> По речима Gavella (*Osobena prava, I deo*, Zagreb, 2000.) у оквиру грађанског права, уговорно право је све више уређено прописима европског права (права ЕУ), јер је реч о питањима од заједничког интереса. Напротив, постоји тек мали број норми које се непосредно односе на институте стварног права, а уопште нема таквих који би се односили на наследно право. Види: Majstorović, I.- *Bračni ugovor*, Zagreb, 2005, str. 128.



У том смислу (без намере да се говори о институционалном приближавању породичног материјалног права, јер је то далеки циљ, управо имајући у виду различите утицаје који су питање регулисање породичног права задржали у националне оквире), намера нам је да овим радом подстакнемо јавно мњење на размишљање о проналажењу евентуалних решења, којима би се поједине области породичног права учиниле приемчивим за унификацију. Покушај проналажења решења и њихова могућа примена у оквиру земаља чланица ЕУ била би јако битан задатак, јер се све више стиче утисак да ће и ова грана права, упркос бројним различитим карактеристикама, које су пак директно условљене различитим утицајима под којим се једно друштво развија, (па отуда она представља и његов спецификум), временом тежити решењима која би била слична, ако не и јединствена у свим земљама чланицама ЕУ.

### **1. Породица у традиционалном друштву**

Историјски посматрано, развој традиционалне породице (раздобље XVI и XVII век), карактеришу различити фактори који су утицали на њено формирање. Па и поред бројних разлика, већ на основу летимичног посматрања, могу се уочити многе карактеристике које су дефинисале породицу овог периода на исти или сличан начин. Генерално гледано, готово у свим европским земљама XVI и XVII века, брачни и породични односи били су регулисани црквеним нормама, а надлежни за решавање спорова из домена имовинскоправних односа брачних другова били су искључиво црквени судови. На брак у овом периоду, гледало се као на свету тајну, која није дозвољавала постојање развода, као једне од могућности престанка брачне заједнице. Овакво стање ствари било је последица развијене хришћанске доктрине, која је учила да је у основи брака не љубав између партнера, брачних другова, већ љубав Бога, који своју љубав пружа преко благослова за закључење брака.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Тако по речима Lombarda, "љубав и лепота нису вредни мотиви за брак. Брачна љубав, која по мишљењу Цркве треба да постоји између брачних другова, у основи је

Традиционално друштво, руководећи се искључиво имовинским интересима, фаворизовало је улогу мушкарца (супруга), чинећи на тај начин жену у потпуности потчињену његовој власти. Са друге стране, на развој породице у овом периоду је утицала и велика улога тј. велики уплив родбине, суседа, пријатеља и уопште локалне заједнице у регулисању како брачних тако и породичних односа. То је за последицу имало непостојање интимног породичног живота као и блиских веза између супружника и између родитеља и деце, а са друге стране, непостојање јасне разлике између породице у ужем смислу (муж, жена и њихова деца) и шире породичне групе. Широко развијено традиционално схватање породице није остављало простора за постојање било ког облика ванбрачне заједнице, на коју се у готово свим земљама Европе гледало као на јерес.<sup>3</sup> Овакво стање ствари задржало се све до доба протестанске револуције и развоја природноправне школе, која више није гледала на брак као на свету тајну, већ је почела да га доживљава као грађански уговор, који је акценат стављао на вољу саговорача-будућих брачних другова.

Уопштено, када је реч о традиционалном браку и породици може се закључити да, упркос бројним разликама које су постојале не само између различитих земаља, већ и у оквиру исте земље (постојале су битне разлике између породице и брака формираних у руралним срединама и оних који су се формирали у градским), уочавају се и одређе-

---

хришћанска; она се не темељи на физичкој и духовној лепоти између мужа и жене, већ на љубави која за свој основ има љубав према Богу". Види: Lefebvre-Teillard, A.- Introduction historique au droit des personnes et de la famille, Paris, 1996, p. 405.

<sup>3</sup> У оваквим околностима није ни постојала концепција о правима детета, нити развијена свест о потреби да се о њему стара и да му се пружи одговарајућа нега и брига. Насупрот томе, чест случај био је да се деца од најранијег узраста дају у породице других као слуге, односно да привређују за потребе друге породице и тиме допринесу колико толико имовинским потребама своје породице. Овакав експлоататорски однос према свим члановима породице, условљен је био у првом реду хришћанским учењем, које је онемогућавало другачији приступ у регулисању породичних односа, па самим тим и имовинскоправних. Детаљније: Игњатовић, М.- Предбрачни имовинскоправни односи у римском и савременом праву, (докторска дисертација одбрањена 04.02.2009. године на Правном факултету "Јустинијан Први" у Скопљу), Скопље, 2009, стр. 154.

не сличности које су карактерисале ове институте породичног права. Те карактеристике су се највише огледале у томе што су се оба института развијала под великим и изузетно јаким утицајем Цркве и хришћанске доктрине, са једне стране и локалне заједнице са друге. То је, даље, утицало да се на брак, у овом периоду, гледа као на правни посао<sup>4</sup>, који се закључивао да би се њиме задовољили различити имовински интереси породице, а не да би се постигла лична срећа брачних другова.<sup>5</sup> Избор брачних партнера вршили су искључиво родитељи своје деце а не ретко и баба и деда, при том не водећи рачуна о жељи и вољи будућих брачних партнера. Тако, и у Србији тога доба "жена у сеоским народним масама узимала се не да буде друг свога мужа, него да се од ње извуче каква корист; да му рађа децу, међу којом мора да има и мушких потомака, да ради и да му буде природно задовољство. Само жена која је испуњавале све наведене услове, сматрала се правом женом, и само се таква трпела и чувала, у противном је могла бити истерана, или се поред ње доводила друга жена, која је задовољавала схватања шире локалне заједнице... Једном добијена жена постајала је потпуна својина мужа, као и свака друга купљена роба".<sup>6</sup>

Дакле, правна правила којима су се регулисала ова питања имала су свој основ у изворима црквеног и обичајног права. Овакав приступ браку, као темељу породичне заједнице, био је заједнички именитељ за све земље Европе тога доба и уједно је представљао једну од најзначајнијих разлика између традиционалног и грађанског поимања брака и породице, као темеља људског друштва.

---

<sup>4</sup> Поимање брака као правног посла било је својствено и Римљанима. Још је у старом Риму било јасно да је удати се богато значило од живота и брака направити најбољи правни посао. *Idem*, стр. 246.

<sup>5</sup> *Idem*, стр. 163.

<sup>6</sup> Детаљније: Станимировић, В.- Мираз у Србији у XIX и XX веку, Зборник радова "Србија 1804-2004", Ниш, 2005, стр. 425.

## 2. Породица грађанског друштва

Са појавом грађанског друштва дошло је и до значајних трансформација у односима између породице и шире друштвене заједнице. За разлику од претходног периода где је породица била дубоко инволвирана у све сегменте друштвеног живота, што је истовремено представљао и сметњу за развој породице у ужем смислу, у овом периоду породица се затвара у интимну заједницу, приватни простор у коме је приступ за трећа лица био строго ограничен.

До ове суштинске промене дошло је под јаким утицајем процеса индустријализације па самим тим и урбанизације, која је у први план ставила породицу средње класе.<sup>7</sup> Развој масовне фабричке производње у почетку процеса индустријализације, захтевао је ангажовање великог броја радника. То је и довело до великих миграција из села у градове<sup>8</sup>, па је отуд било и логично зашто су новонастале промене породичних односа најпре захватиле средњу класу, а касније су се рефлектовале и на остале друштвене слојеве. Новонастали економски односи стављали су у задатак средњем слоју грађанства потребу да промени постојећи породични модел и да формира нови, који би био различит од претходног (затворена породична заједница<sup>9</sup>, подела послова између полова, брига и старање о деци, развијање блиских, емотивних односа између брачних партнера<sup>10</sup> и родитеља и деце) и који би био усклађен са новим

<sup>7</sup> О томе шта је довело до суштинских промена у развоју модерне породице, постоје бројне хипотезе, али она која је најзаступљенија и највише "експлоатисана" је она која говори о томе да је процес урбанизације и индустријализације изазвао мењање саме структуре породице, претварајући је од шире породичне заједнице у малу нуклеарну породицу. Опширније: Zimmerman,

<sup>8</sup> Тако неки извори наводе да су поједини европски градови, као на пример Лондон, за веома кратко увећали број становника. Тако према наводима Coonitz-а популација у Лондону између 1800. и 1825. године увећала се за три пута.

<sup>9</sup> "Свака породица је мала држава, царство за себе, у коме су чланови повезани искључиво блиским емотивним везама". Види: Coonitz, S.- The social origins of private life, A history of Americans family, p. 162.

<sup>10</sup> Под утицајем нових економских односа и применом нове технологије, долази до значајних промена у емотивним односима између брачних партнера и родитеља и деце, до издвајања од породице ширег смисла у породицу ужег смисла, и до напуштања локалне заједнице која је имала доминатну улогу у породици традиционалног типа.

економским и социјалним променама. Уместо наслеђивања имовине, која је била основ традиционалног брака и породице, у грађанском друштву примат се давао емотивним односима, док је питање стицање имовине имало секундарни значај, јер се и имовина искључиво стицала личним радом.<sup>11</sup> "Оно што се у традиционалном друштву сматрало за неспојиво са браком, у грађанском друштву постало је његова основа"<sup>12</sup>.

Међутим, процес трансформације брака и породице и појава његових нових модела, није се истовремено одвијао у свим земљама Европе. Многи подаци говоре у прилог томе да је, најпре, до суштинских промена, дошло у Енглеској која се и сматра земљом новог брачног модела. По овом новом моделу пропагирао се слободан избор брачног партнера.<sup>13</sup> Временски неједначено прихватање новог модела брака и уопште породичних односа, директно је било повезано са значајним имовинским или политичким питањима (интересима), што је довело и до тога да је у почетку био најбоље прихваћен управо од стране сиромашних сељана, зато што они нису били руковођени питањима преноса имовине и давања великог мираза приликом закључења брака.<sup>14</sup> Отуда су они и били носиоци процеса модернизације и најбрже су

---

<sup>11</sup> У традиционалној породици опстанак појединца искључиво је зависио од његовог потчињавања интересима заједнице, док је у грађанском друштву акценат био не на широј заједници већ на појединцу. Вођено економским и политичким интересима, а не љубављу између брачних партнера, традиционално друштво гледало је на брак као на добар економски посао, који је носио са собом и бројне материјалне и статусне последице, па је самим тим било и незамисливо да се одлука за његово закључење препусти слободној вољи младих људи, будућим брачним партнерима. Опширније: Игњатовић, М., *op.cit.* стр. 162.

<sup>12</sup> Види: Roussel, J.- *La famille icertaine*, Editions Odile Jacobs, Paris, 1989, p. 266.

<sup>13</sup> Многобројни подаци говоре у прилог томе да је брак из љубави и слободни избор брачног партнера модел који се најпре јавио у Енглеској, која се сматра земљом која је била колевка индивидуализма. Тако према Lowrance Stoun-у, постоје три основна социолошка разлога за појаву новог брачног модела који почива на љубави: 1. појава мале, нуклеарне породице; 2. развој блиских емотивних веза између брачних партнера и родитеља и деце; и 3. пружање слободе младима од стране њихових родитеља за сретане и упознавање особа супротног пола. Детаљније: Stone, L.- *The family, Sex and Marriage in England 1500-1800.*, Penguin Books, London, 1979, p.184.

<sup>14</sup> Оваква ситуација је била дуго времена присутна и у Србији XIX века, где је уставна мираза била непозната за руралне средине, док је у градским срединама он био статусни симбол, којима су богатије градске породице показивале своју имовинску

се прилагођавали новом систему вредности и измењеним односима у друштвеној и приватној сфери. У овом смислу Flandrin истиче да је брак из љубави био лакши и чешћи случај у селима, него код аристократије или буржоазије.<sup>15</sup>

Промена брачног модела која је започела у XVIII веку, током XIX века проширила се и на остале земље Европе, и коначно је своје упориште нашла у XX веку, слободним избором брачног партнера, који се пак темељио на љубави као основи за закључење брака. Најзначајнији елементи овог новог модела (емоције и љубав), заменили су материјалне и политичке интересе као основе на којима се базирао традиционални брак и традиционална породица.<sup>16</sup> И док се на традиционални брак и породицу гледало као на свету тајну, што је довело и до доминацијом Цркве у сфери породичних односа, грађански брак је престао да буде света тајна, па је самим тим Црква изгубила искључиву надлежност за решавање питања из домена брачних имовинскоправних односа.<sup>17</sup> Поред тога, под утицајем природноправне школе, брак се сматрао уговором приватног права, а сва питања око закључења брака, права и обавеза страна и престанка брака била су у надлежности световних органа.

Једна од најзначајнијих последица прихватања уговорне концепције брака било је увођење развода брака. Тако се у Француској још

---

моћ, тако што су за мужеве својим ћеркама бирали само најперспективније зетове, којима су поред својих ћери давали и богати мираз. Детаљније: Игњатовић, М.,*op.cit.* стр. 178.

<sup>15</sup> Види: Flandrin, J.L.- *Familles, parente, maison, sexualite dans l'ancien societe*, Editions du Seuil, Paris, 1981, p. 121.

<sup>16</sup> О развијеној свести и потреби за променом брачног модела, говори и податак да је почетком XX века у Француској преовладало мишљење да је неопходно да се и у самом Грађанском закону нагласи да је љубав основни фактор и битан чинилац за закључење брака. Тако је и Paul Hervieu указивао на потребу да се у самом 212 члану Француског грађанског закона нагласи да ду брачни другови дужни да се воле, да буду верни и да се међусобно подржавају и помажу. Види: Игњатовић, М.,*op.cit.* стр. 160.

<sup>17</sup> Према закону Француске, донетом 1801. године, афирмише се грађански карактер брака, предвиђен Уставом из 1792. године. У закону се истиче да свештеници могу само да дају благослов за оне бракове који су већ били закључени пред цивилним органима.

у доба револуције истицало, да ако је брак уговор који производи једнако дејства за обе уговорне стране (права и обавезе), и ако се закључује изјавама воље обеју уговорних страна, онда је сасвим логично да се предвиди могућност, да се истим таквим сагласним изјавама воље и прекине, тј. да дође до престанка брака разводом.<sup>18</sup>

Утврђивање искључиве надлежности световних власти, пропагирање уговорног карактера брака и предвиђање могућности да се брак прекине разводом, постали су временом основне карактеристике брака грађанског друштва. Овде је неопходно још једном да се напомене, да је овај поступак реформе брака, био временски неуједначен у земљама Европе. Тако је у Белгији од 1830. године преовладала форма грађанског брака. У Италији је она постала облигаторна 1865. године, док је у Немачкој она уведена 1875. године а касније је добила обавезну снагу, законом из 1900. године.

Међутим, овај процес либерализације брака поред временске неуједначености имао је и друге своје лимите, који су, као што смо то још на почетку рада истакли, директно били повезани са утицајем низа различитих фактора на формирање и развој једног друштва. При том, у првом реду, мисли се на традицију и културно наслеђе, који су одлучујући фактори и приликом реформе породичног права. Тако је, управо под утицајем традиције у Италији и поред увођења грађанског брака, дуго низ година преовладавао концепт нераскидивости брака (све до седамдесетих година XX века). У Аустрији је, пак, грађанска форма брака била уведена и регулисана доношењем Аустриског грађанског законика из 1811. године. Овај законик је питање закључења брака, уређења имовинскоправних односа и развода брака регулисао различито у зависности од верске припадности.<sup>19</sup>

На основу горе наведеног може се извести један генерални закључак да и поред временске неуједначености и одређених разлика ко-

---

<sup>18</sup> Прихватање уговорног карактера брака, као и увођење развода, није значило да је слобода брачних партнера била неограничена. Брак је према представницима природноправне школе био уговор али истовремено и институција.

<sup>19</sup> Тако у овој земљи све до анексије од стране Немачке 1938. године није постојао обавезан грађански брак за католике.

је су утицале и на различито формирање породичних законодавства европских земаља грађанског друштва, постојале су и одређене карактеристике које представљају заједнички именитељ. То се, пре свега, односи на постојање истих тенденција које се бележе готово у свим европским земљама овог периода, а оне се односе на увођење уговорног карактера брака и побољшавање положаја жене и детета у породици. Брачни пар овог доба је карактерисао и смањен утицај родитеља и шире локалне заједнице приликом избора партнера и закључења брака, а емотивни однос и лично задовољење постали су основ брачног живота и тиме су преузели примат над имовинским интересима који су у претходном периоду били темељи брака и породице уопште.

### **3. Породица у савременом друштву**

Породица, као мала нуклеарна заједница, своју пуну афирмацију доживела је средином XIX века. У то време основни њени постулати, који су и дефинисали породицу били су љубав, као стабилан темељ брачне везе, издвајање мање нуклеарне породице од шире локалне заједнице, подела улога између полова и велика брига родитеља о очувању своје деце. У овако јасно одређеној породици мушкарац је био сматран "главом породице", чији основни задатак је био да обезбеди средства за живот породици,<sup>20</sup> док се улога жене сводила на то да буде добра и верна супруга и да се стара и да се брине о одгоју заједничке деце. Као што је већ истакнуто основ браку била је љубав, која је доживотно сједињавала у заједницу брачне другове. У оваквим условима развод брака је био ретка појава, као и постојање ванбрачних заједница и деце рођене ван брака. Овај породични модел, створен у грађанском друштву и који је био нарочито изражен након другог светског рата, задржао се и данас под утицајем конзервативизма, у једном броју земаља, и служи као модел како би требало да изгледа организација брака и породице и уопште односа у њој.

---

<sup>20</sup> После другог светског рата, са развојем економских односа створена је била могућност да у радном односу буде само мућ, док је жена водила бригу о домаћинству и деци.



Са друге стране, данас је у великој мери, посебно у земљама Европске Уније присутна велика нестабилност брака, изражена, у првом реду, преко великог броја развода брака. О томе говоре и бројни статистички подаци. Тако, у земљама ЕУ број развода бракова се у периоду од 1960. године до 1993. године попео од 170.000 до 636.000, што је изражено у процентима за период од 1980. године до 2006. године за 55% више. При том, у овим примерима предњачи Шпанија са највећим бројем развода бракова, чак за 290% више.<sup>21</sup> На просторима бивших југословенских држава такође је забележен пораст броја развода бракова и то у Србији 0,76%, у Хрватској 0,91%, у Словенији 0,97%, док је у Македонији тај проценат још увек мали и износи свега 0,38% више него ранијих година.<sup>22</sup> До ове нестабилности брака данас је дошло услед дестабилизације савремене породице, која је условљена променама у економским односима, правним реформама, трансформацијама у емотивним и сексуалним односима између полова, процесу родне равноправности жена, новим положајем детета у друштву итд. Ове промене започете средином XIX века захватиле су све земље Европе и тај процес и данас још увек траје. Талас реформи захватио је у различито време и на различит начин наведене земље, тако да се данас, за разлику од ранијег периода, не може говорити о једном доминантном породичном или брачном моделу.<sup>23</sup>

Непостојање јединственог брачног модела за последицу има и широко распрострањену ванбрачну заједницу, као реликт савременог

---

<sup>21</sup> Види: Мицковић, Д.-Бракоразводни системи во земјите на Европската Унија, Евродијалог списание за европски прашања, бр. 2, 2002, Студентски збор, Скопје, 2002, стр. 186.

<sup>22</sup> Разлог за ниску стопу развода брка у Македонији може се тражити у још увек јаком традиционалном схватању, утицају религије, економске кризе, традиције и обичаја, па чак и ригидних законских прописа који у великој мери разликују породично законодавство Републике Македоније од осталих породичних законодавства земаља ЕУ. Види: Игњатовић, М.оp.cit. стр.

<sup>23</sup> Тако према Stacey, данас не постоји један јединствени породични модел. Плурализам породичних форми, најбоље одговара условима данашњице, због тога што се ради о флуидним, променљивим, настабилним и недефинисаним породичним односима. Опширније: Stacey, J.- In the name of the Family, rethinking Family Values in the Postmodern Age, Boston, 1996, p. 282.

доба. Савремена ванбрачна заједница, суштински се разликује од оне која је постојала у прошлости. Док је у прошлости она углавном претходила браку, данас она представља његову алтернативу. Паралелно са повећањем броја ванбрачних заједница јавља се и повећање броја деце рођене ван брака.<sup>24</sup> То је све са своје стране довело до слабљења брака као основне институције породичног права, и до наглашене лежерности присутне у готово свим земљама ЕУ у погледу склапања брака.<sup>25</sup>

Зато се и данас, у све већем броју земаља чланица ЕУ могу чути захтеви за поновним успостављањем правне сигурности и то тако што би се донела таква правна правила у оквиру породичног права, која би били ако не јединствена, онда бар у великој већини слична у свим земљама ЕУ, и који би представљали на неки начин унифицирана правна правила. Ови захтеви за постизањем правне сигурности, најпре, су дошли до изражаја у вези са потребом регулисања имовинскоправних односа брачних другова, која одавно већ тежи да превазиђе уске националне оквире. Појава ове потребе тесно је везана новим прегруписавањем снага данашњице на економској и политичкој сцени Европе, будући да се са све већим развојем економских односа и издвајањем једне групе надпросечно богатог слоја људи, поново акценат ставио на имовинска питања, која су постала у великој већини случајева основна водила приликом склапања брака, односно формирања ванбрачне заједнице.

---

<sup>24</sup>У просеку у земљама ЕУ, проценат ванбрачне деце се увећао од 5,1% у 1960. години на 8,8% у 1980. години, а у 2006. години чак на 33,9%. Највећи проценат ванбрачно рођене деце у 2006. години имала је Естонија (58,2%), Шведска (55,5%), Бугарска (50,8%) и Француска (50,5%). Види: Мицковић, Д., *op.cit.* стр. 188.

<sup>25</sup> Неки аутори наводе да је смањење броја закључених бракова компензирано са увећањем броја ванбрачних заједница, које се данас по многим правима изједначавају са брачним заједницама.

#### 4. О утицају појединих правила ЕУ на регулисање брачних имовинскоправних односа

Питање уређење имовинскоправних односа супружника, односно будућих супружника, спада у ред најсложенијих питања савременог породичног права.<sup>26</sup> Ово из разлога што се брачни имовинскоправни режими јако разликују, и што увек носе у себи неку карактеристику својствену земљи порекла. Из тог разлога, данас се све више чују захтеви упућени и самој Европској заједници за унификацијом права у овом подручју, чиме би се, у првом реду, постигла правна сигурност.<sup>27</sup>

У тако присутном спектру различитих правних система, унификација брачног имовинскоправног режима би се, како то неки аутори наводе,<sup>28</sup> могла остварити између осталог, и увођењем једног правног средства какав је предбрачног или брачног уговор, који би регулисао питање уређења имовинскоправних односа будућих супружника, односно супружника и то како на будућој, тако и на постојећој имовини. У том смислу, чини се да би уговорни режим, кога данас и прихвата све већи број европских земаља, могао да садржи основне елементе који би били заједнички свим земљама чланицама ЕУ, па би у том контексту

---

<sup>26</sup> "Брачни имовински односи су посебни имовински односи чије су особине условене специфичношћу везе између титулара имовине као брачних другова. Постојање брачне везе и личних односа између супружника који из те везе проистичу, условљавају правно познавање посебних облика имовине, њихових режима управљања и располагања, те деобу имовине која је најчешће последица престанка брака". Опширније: Ковачек-Станић, Г.- Упоредно породично право, Нови Сад, 2002, стр. 43.

<sup>27</sup> Међутим, чињеница је да и ако би се кренуло пут унификације, тешко би се дошло до жељених резултата управо из разлога што се правни системи различитих земаља разликују међусобно и што им се разликују основе на којима се они граде. О томе: Pinters, W.- Grundgedanken und Perspektiven einer Europaisierung des Familien- und Erbrechts-Teil 1, Zeitschrift fur das gesamte Familienrecht, br. 6/2003, стр. 333.

<sup>28</sup> Истакнимо на овом месту да су предбрачни односно брачни уговори били тема једног писаног питања, које је 2000. године било упућено Европској Комисији. Писано питање Р-1905/00 садржало је у себи два питања. Прво је било да ли може Комисија да потврди да су предбрачни уговоружи, тј. брачни уговори који су ваљани и потписани у складу са законом једне државе чланице Европске уније ваљани и пред судовима друге државе чланице. Друго питање односило се на то да ли може Комисија да јемчи парламенту да ће предузети све неопходне мере којима ће заштити права грђана у таквим ситуацијама? У том смислу: Majstorović, I., op.cit. 127.

могао да представља онај супсидијарни извор породичног права, коме би се увек прибегавало у свим ситуацијама, када се ово питање не би могло да реши применом законског режима.

Pintens.W. истиче да сигурно није лако премостити разлике између постојећих правних система, па је то разлог због чега се данас, европско породично право састоји од фрагментарних правних начела, различите нарави и порекла.<sup>29</sup> Boele-Woelki.K. одговарајући на питање зашто онда треба проучавати основна начела европског приватног права наводи да би прво, та начела могла бити темељна инспирација националним и међународним законодавствима; друго, да би европско породично право могло бити супсидијарни извор права, који би се примењивао у правним односима са иностраним елементом, а у којима национално право указује да суд не може решити настали сукоб закона, и треће, да би његова употреба, односно вредност у међународним правним односима била ефикаснија од прибегавања националном праву. На тај начин, по његовом мишљењу, упоредо са националним правним системима, могао би да постоји један породичноправни систем, који би странке могле да одреде као меродаван у конкретном случају.<sup>30</sup> Martiny D. истиче да је развој европског породичног права више од утопије, те тврди да су опипљива проблематична подручја породичног права најприкладнија за колективна решења.<sup>31</sup> С тим у вези се и сматра да би питање уређења имовинскоправних односа и у том контексту питање дефинисања брачног уговора могао да буде корак напред у приближавању европских правних система.

У савременом праву, у многим земљама Европе је предвиђено да супружници могу питање уређења њихових имовинскоправних односа, да регулишу и путем брачног уговора. При том, се врло често као синоним за брачни уговор употребљава термин и предбрачни уговор.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Pintens, W.- Grundgedanken und Perspektiven einer Europaisierung des Familien und Erbrechts-Teil 3, Zeitschrift fur das gesamte Familienrecht, br. 8/2003, p.500.

<sup>30</sup> Види: Majstorović, I., op.cit. str. 128.

<sup>31</sup> Idem, 129.

<sup>32</sup> Међутим, у прецизном правничком речнику израз брачни уговор означава споразум који закључују супружници, будући или актуелни и којим регулишу брачни режим. Опширније: Поњавић, З.- О уговорима породичног права, посебно о брачном

Међутим, неопходно је истаћи да у овом случају сам уговорни режим не предвиђа апсолутну слободу уговарања, већ је она ограничена моралним нормама и добрим обичајима и императивним правним правилима грађанског и породичног права. Према одредбама француског права, супружници су овлашћени да сачине предбрачни уговор (СС чл. 1387-1581).<sup>33</sup> Уговор мора бити сачињен пред јавним бележником, и оверен код суда. Сврха сачињавања оваквог уговора као се то истиче је да се избегну одређене негативне последице брачног имовинског режима.

Грађански закон Немачке, предвиђа два законска облика брачног уговора. Један је једноставна одвојеност имовине, по коме сваки од супружника задржава за себе имовину коју је имао пре закључења брака и коју је стекао у току трајања брачне заједнице. Други режим је, режим заједничке имовине, који обухвата већи део имовине коју је супружник већ стекао пре закључења брака, и коју је стекао у току трајања брака.<sup>34</sup> Оба ова уговора морају бити закључена од стране јавног бележника и оверена код суда.

Према породичном и брачном праву Шведске, уговор закључен на име брака има два своја појавна облика. Први је форма предбрачног уговора, а други има облик брачног уговора. Овим уговорима супружници, како је то предвиђено, или будући супружници, могу одредити да ће имовина која припада или ће припасти једном од њих бити посебна имовина. Исто тако, новим уговором супружници могу променити статус имовине, тако што ће је дефинисати као брачну имовину.<sup>35</sup> Ови уговори морају бити сачињени у писаном облику и потписани од стране супружника или будућих супружника, и оверени од стране јавног бележника.

---

уговору, Зборник радова "Новине у породичном законодавству", Ниш, 2006, стр. 163-176.

<sup>33</sup> У пракси је доказано да само 10% супружника користи ову могућност. Види: Ковачек-Станић, Г.оp.cit.str. 63.

<sup>34</sup> У праву немачке одвојена имовина је прилично честа, док је заједничка имовина врло ретка у пракси.

<sup>35</sup> То значи да овако закљученим уговорима, супружници не могу регулисати друга питања осим квалификације имовине као брачне или посебне. Види: Tottie, L.- Family Law, An introduction to Swedish Law, Stockholm, 1988, str. 210.

Према уговорном режиму Грчке, уговор се сачињава у форми нотаријалног акта. Супружницима је дата слобода уговарања, што значи да они могу да се одлуче да ли ће своју имовину, и то како ону стечену пре брака, тако и ону стечену након његовог закључења, регулисати као заједничку или као посебну имовину.

У праву Италије предбрачни уговори нису дозвољени, јер се на њих гледа као на уговоре који су противни јавном поретку, и самој природи породичног права, баш из разлога што могу негативно утицати на супружника да унапред регулишу питање поделе имовине за случај престанка брак и то најчешће разводом. Међутим, са друге стране дозвољени су они уговори, који се закључују за време трајања брака или по његовом престанку. Осим тога, супружници се могу споразумети и око власништва, управљања и располагања заједничком имовином, и то тако што одредбе овог уговора могу важити само у појединим конкретним ситуацијама. И од ових уговора се захтева да буду оверени од стране нотара или јавног бележника.

Дакле, брачни уговор је свечани уговор кога закључују супружници, односно будући супружници, након закључења брака или пре закључења брака, којим они регулишу питање уређења својих имовинских односа у браку. Значи, у зависности од тренутка када је уговор закључен прави се разлика између брачног и предбрачног уговора.<sup>36</sup>

У доскорашњој правној теорији а још увек у пракси, присутно је конзервативно схватање по коме је уговарање у области породичног права страна појава и уједно велика сметња на путу регулисања ових односа.<sup>37</sup> "Он је сметња за одвијање породичних односа зато што је прихватање улоге индивидуалне воље често праћено узмицањем основних вредности породичних институција. Међутим, појава идеологије права човека мења угао посматрања и даје нову скалу друштвених вредности".<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Ако се брачни уговор закључи пре брака, онда је реч о предбрачном уговору, који своја дејства изражава тек након закључења или моментом склапања брака.

<sup>37</sup> Традиционално, уговорима су се означавали само они споразуми за које се везује неко имовинско дејство. Због тога о уговорима се највише говори у оквиру облигационог права.

<sup>38</sup> О томе: Поњавић, З., *op.cit.* str. 164.

Под утицајем нове идеологије, дакле, мења се и само схватање места и улоге уговора у домену брачног права. Све више се долази до закључка да брачни, односно предбрачни уговор није више одраз неједнакости полова. Савремени уговор брачног права, ограничен је поштовањем многих прописа у првом реду императивних правних норми, затим принципа правичности и поштења, а потом и можда најзначајнијих принципа, принципа који се тичу њихове личне повезаности. Дакле, реч је о уговорним странама које нису супротстављене једна другој, већ су то стране са заједничким циљем.<sup>39</sup>

Закључењем брачног уговора, супружници, односно будући супружници, прецизирају, уређују свој брачни имовински режим. Међутим, њиме могу регулисати и друга питања, као што су питање поклона или наслеђа. У том случају ови уговори се јављају као анекси постојећем уговору.<sup>40</sup>

Дакле, можемо закључити да је реч о једном јако специфичном уговору породичног права, специфичном услед специфичности самог односа који постоји између његових уговорних страна, супружника. "То је један породични пакт, јер се њиме одређује режим породичне имовине која ће настати закључењем брака".<sup>41</sup> Међутим, интересантно је да његова специфичност истовремено рађа и његову јединственост, која превазилази националне правне оквире једне земље и која се огледа у његовим карактеристикама. А то су: ограниченост субјеката који овај уговор могу закључити, временска детерминисаност уговора, будући да се може закључити непосредно пре закључења брака и у току тра-

---

<sup>39</sup> Управо ове специфичности брачног односно предбрачног уговора, чине да се у правној теорији увек дође до великих расправа када се постави питање његове природе: да ли је то уговор облигационог права или је реч о специфичном уговору породичног права, који и као сваки уговор има опште карактеристике уговора.

<sup>40</sup> Додатни споразуми брачном имовинском режиму, који се налазе у брачном уговору су они који се у потпуности независни од имовинских односа супружника. Они нису везани са брачним уговором (*negotium*), већ само са инструментом, што је чисто формална веза: ради се о правним актима који су укључени у исти садржај брака. Они су према томе различити, и подчињени су сопственим правилима, могу остати да важе и када брачни уговор буде поништен. То је примера ради случај са признавањем ванбрачног очинства". *Idem*, str. 169.

<sup>41</sup> *Idem*, str. 170.

јања брачне заједнице, пуноважност уговора, која је везана чином склапања брака и начело јавности које је редовни пратилац овог уговора.

Из овога се може закључити да је реч о једном суспендијарном извору породичног права, који се може увек применити не само у уским националним оквирима, већ и много шире и у свим оним ситуацијама када се сматра да ће законски имовински режим имати негативније дејство по саме будуће супружнике, односно супружнике. Управо та могућност, која се пружа са брачним уговорним режимом, представља погодан темељ за утврђивање јединствених правних правила у оквиру ЕУ и први корак ка покушају унификације европског породичног права.

На самом крају рада може се закључити да иако је, историјски посматрано кроз развој традиционалне, модерне и савремене породице, било покушаја да се и поред великих разлика које су претежно биле условљене низом различитих друштвених фактора, нађе заједнички именуатељ, тј. брачни односно породични модел који би био јединствен за све земље, у првом реду Европе, до унификације у правом смислу те речи никада није дошло. Генерално посматрано, могле су се уочити одређене главне карактеристике које су биле присутне у свим земљама и које су одсликавале и дефинисале брак и породицу одређеног периода, али и те карактеристике нису биле основ да се постигне унификација у области европског породичног права. Ни данас, у условима фромираних и развијених Европске заједнице, не може се говорити о унификованом породичном праву, већ се оно, како је то напред истакнуто, претежно састоји од фрагментарних правних начела, различите нарави и порекла. Међутим, развој свеукупних друштвеноекономских односа и потреба да се одговори све захтевнијим потребама европске заједнице и самом темпу живота у оквиру ње, доводи до потребе да се и у овој области приватног права покуша да се нађе основ за приближавањем различитих правних система. Чини се, да се први корак у томе може постићи применом јединствених правила уговорног имовинског режима брачних партнера.



**Marija Ignjatović, LL.M.**

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

## THE IMPACT OF CERTAIN EU RULES ON THE REGULATION OF MATRIMONIAL PROPERTY RELATIONS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

### Summary

The need to respond to the ever more demanding European integration process imposes an obligation on the prospective candidate countries as well as on the states that have already joined the EU membership to engage in certain activities aimed at harmonizing their legislation in all areas of law. However, when it comes to the unification within the field of civil law, we may notice that the area of family law is the least prone to such processes. There is a number of reasons for this. First, there is no doubt that family law is a branch of law which is most exposed to different influences (historical, sociological, ethical, cultural, customary and others), which play an important role in the creation of a society. Moreover, family is commonly defined as the basic unit of the human society. Being the basic social institute, the family is a reflection of the society at large. In this context, it is rather clear why some family law norms have been predominantly studied and are still being studied within the framework of the national law. In other words, the unification of the European law within the area of family law has not been discussed much because all the attempts to find appropriate legal solutions which would be applied to all the EU member states have failed.

However, there have been different ideas and points of view lately on the unification in this area of law by means of international agreements and comparative law. In that context, there are two significant directives: the Council Regulation 44/2001 on the jurisdiction and recognition of decisions in civil and commercial matters, and the Regulation 1347/2000/EC on the jurisdiction and recognition of decisions in matrimonial matters and issues pertaining to the parental responsibility of marital partners towards their children.

**Key words:** European Integration process, family law unification, national law, international agreements, EU Directives



**Сања Марјановић, асистент**  
Правни факултет Универзитета у Нишу

## **ОБАВЕЗА ИЗДРЖАВАЊА ДЕЦЕ У КОМУНИТАРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ<sup>1</sup>**

### **Апстракт:**

У покушају да оствари потпуну унификацију међународног приватног права у материји породичног права, Европска унија је усвојила Регулативу 4/2009 од 18.12.2008. године о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања. Међутим, наведени процес тесно је повезан са „Хашким програмом: оснаживање слободе, сигурности и правде у Европској унији“, који је Заједница усвојила 2004. године. То је за последицу имало и специфичан однос Регулативе 4/2009 и Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године. У свом раду, аутор ће се фокусирати само на обавезу издржавања деце, иако се Регулатива 4/2009 односи и на обавезу издржавања других лица. Истовремено, анализираће се релевантне међународне конвенције, као и решења домаћег међународног приватног права у овој области.

### **Кључне речи:**

издржавање деце, Регулатива о издржавању, Хашки Протокол, Хашка конвенција о меродавном праву за обавезу издржавања деце из 1956. године, Хашка конвенција о меродавном праву за алиментационе обавезе из 1973. године

---

<sup>1</sup> Чланак је резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

## Увод

Регулатива Европског Савета бр. 4/2009 од 18. децембра 2008. године о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања (даље: Регулатива о издржавању) ступила је на снагу 30. јануара 2009. године.<sup>2</sup> Њена примена одложена је за 18. јуни 2011. године, како би следила друге релевантне међународне инструменте, нарочито Хашку конвенцију о међународном остваривању издржавања деце и других облика издржавања у породици из 2007. године (даље: Хашка конвенција из 2007. године) и Хашки Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из исте године (даље: Хашки Протокол).<sup>3</sup> Заправо, рад на доношењу Регулативе о издржавању отпочео је још далеке 1999. године приликом састанка Европског савета у Тампереу. Том приликом Савет је позван да на основу предлога Комисије установи посебна заједничка процесна правила, којима би требало поједноставити и убрзати решавање прекограничних спорова, нарочито оних који за свој предмет имају издржавање. Ова материја је истакнута као један од приоритета зато што непосредно утиче на живот великог броја грађана у Унији. Успешно остваривање алиментационих захтева нужан је предуслов спровођења идеје о благостању лица која у њој живе.

Регулатива о издржавању замениће Брисел I у делу који садржи норме о надлежности за алиментациони поступак.<sup>4</sup> С друге стране, у време израде Нацрта Регулативе Брисел IIbis једно од спорних питања

---

<sup>2</sup> *Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, OJ L 7/1, 10.01.2009.

<sup>3</sup> Ако до наведеног датума државе чланице не ратификују Хашки Протокол, одложиће се примена Регулативе о издржавању док то не буде учињено. Међутим, одредбе чланова 2(2) о пророгационом споразуму, 47(3) о правној помоћи, 71. о језику и контакт подацима, 72. о изменама формулара и 73. о формирању Комитета примењују се од 18. септембра 2010. године.

<sup>4</sup> *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 012, 16/01/2001.

односило се на њену примену и на обавезу издржавања.<sup>5</sup> Ипак, ова материја је остала искључена, с тим што је предвиђено да су судови надлежни на основу ове Регулative уједно надлежни, применом члана 5(2) Брисел I, и за одлучивање о издржавању.<sup>6</sup> Међутим, паралелна примена ових комунитарних инструмената оптерећивала је судску праксу појединих држава чланица.<sup>7</sup> Осим тога, временом је превагнуо став да породично право треба регулисати одвојено од грађанског права.

Ступање на снагу Регулative о издржавању представља значајан напредак ка унификацији породичног права у комунитарном међународном приватном праву. Посматрано чак и само на нивоу колизионих норми, наведени процес има и шири, релативно слабије уочљив циљ. Наиме, он је и централна компонента политичке економије у државама Заједнице, чија унификација представља значајан корак ка још тешњој политичкој унији.<sup>8</sup> У усвајању Регулative о издржавању нису учествовале Данска и Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске. Камен спотицања створен је услед инсистирања Уније на инкорпорацији меродавног права. Наравно, то је био и једини разлог

---

<sup>5</sup> Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003.

<sup>6</sup> Наиме, чланом 5(2) она предвиђа да лице домицилирано у држави чланица може у другој чланица бити тужено за издржавање пред судом повериоачевог пребивалишта или редовног боравишта. Уколико је издржавање повезано са поступком који се односи на статус лица, онда се тужба може поднети суду који је према *lex fori* надлежан да води ове поступке, осим ако је надлежност заснована искључиво на држављанству једне од странака.

<sup>7</sup> Мађарски судови су били у недоумици коју од ове две Регулative треба применити уколико је тужба за издржавање поднета уз тужбу за вршење родитељског права или утврђивање очинства будући да је алиментациони поступак према мађарском праву адхезиони. Слична ситуација је забележена и у Немачкој. Наведено према Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Study JLS/C4/2005/03, 2007,

[http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf), стр. 38-39.

<sup>8</sup> D. Bradley, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, Global Jurist Frontiers, Volume 4, Issue 1, 2004, <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art3>.

иступања Уједињеног Краљевства из процеса. Наиме, став законодавства ове државе према примени страног права, генерално, у великој мери је негативан. Конзистентна примена домаћег права чини је мањином у Унији.<sup>9</sup>

Иако Регулатива о издржавању не утиче на примену раније закључених билатералних и мултилатералних конвенција које регулишу исту материју, она има снагу прецедента између држава чланица. Изузетак је учињен за односе између Шведске, Данске, Финске, Исланда и Норвешке које су 23. марта 1962. године закључиле Конвенцију о остваривању алиментационих захтева, повољнију са аспекта извршног поступка и правне помоћи. Ипак ни она нема утицаја на примену чланова 19. и 21. Регулативе о издржавању, који се односе на право на одбрану.

Поље примене ове Регулативе широко је одређено и односи се на обавезе издржавања које проистичу из родитељства, породичних, брачних и тазбинских односа. У овом раду пажња је усмерена на проблем издржавања деце од стране родитеља.

### 1. Специфичности концепција о издржавању деце у Европској унији

Издржавање се, генерално посматрано, може разумети као обавеза једног лица да обезбеди средства за живот лицу коме је то неопходно, при чему она најчешће проистиче из породичних односа.<sup>10</sup> Обавеза издржавања, која је са правног аспекта снабдевена одговарајућом санкцијом, сегмент је породичног права, специфична по томе што представља конвергенцију породичне и друштвене солидарности кроз један институт. Право и дужност издржавања деце од стране родитеља шире су постављени у односу на остале обавезе издржавања будући да

---

<sup>9</sup> D. Hadson, *Maintenance within the EU: The New Regulation*, <http://www.familylawweek.co.uk>, стр. 2. Ипак, очекује се да ова држава приступи Регулативи до почетка њене примене.

<sup>10</sup> З. Поњавић, *Породично право: друго измењено и допуњено издање*, Крагујевац, 2007, стр. 316.

она обухватају, поред уобичајеног подмиривања потреба детета за храном, одећом, обућом, здравственом заштитом, још и неопходно оспособљавање у смислу образовања. Одређени број законодавстава признају право на издржавање и другим члановима породице или широј категорији тзв. „ближњих“, док друга то омогућавају само деци и суружницима.

Све државе Уније познају обавезу издржавања деце од стране њихових родитеља. У том смислу, оне признају једнака алиментациона права брачној и ванбрачној деци. То је последица не само примене Европске конвенције о људским правима и основним слободама из 1950. године, која гарантује право на породични живот, већ и чињенице да је број ванбрачне деце у порасту, те би супротно изазвало дискриминацију великог дела популације.<sup>11</sup> Права појединих држава Уније признају обавезу издржавања у најширем смислу само до извесних година старости детета, које се углавном поклапају са узрастом од 18 година, што је доба стицања пунолетства у већини држава чланица. Обавеза издржавања деце старијег узраста своди се само на учествовање у сношењу трошкова њиховог школовања. Међутим, има и оних држава Уније које не врше наведену поделу, при чему се сматра да обавеза родитеља постоји све док њихова деца нису у потпуности економски независна.<sup>12</sup> Треба напоменути и групу држава чланица које познају једну другачију обавезу, установљену у корист оних лица која би се могла сматрати децом одређених мушкараца. Белгија предвиђа обавезу издржавања деце на основу претпоставке очинства, заснованој на законском периоду зачећа, чак и без утврђивања сродства. Грчка предвиђа сличну обавезу. За овај тип алиментације везује се морална компонента јер се њоме санкционише мушкарац који би покушао да издејствује да у издржавању детета учествује само мајка јер се не зна да ли је он прави отац. Требало би да појава ДНК теста учини застарелим овакав основ настанка алиментационе обавезе. С друге стране, група скандинавских земаља предвиђа другачији модел тзв. „алиментационе породице“ пре-

---

<sup>11</sup> Члан 8. Конвенције.

<sup>12</sup> Нпр. Италија.

ма којем обавеза постоји између супружника, као дужност родитеља према деци, али не и деце према родитељима.<sup>13</sup>

Последњих година дошло је до значајног повећања стопе развода брака у земљама Уније.<sup>14</sup> Будући да се деца у највећем броју случајева додељују мајци, скорија истраживања су утврдила да доминира модел породице коју чине мајка и дете.<sup>15</sup> Она су указала на чињеницу да родитељ који не живи са дететом, углавном отац, учествује у бризи око детета, у погледу и времена које са њим проводи и утрошеног новца, у мањој мери у односу на период заједничког живота. Наведена чињеница битно утиче на благостање мајке и детета након развода. Истраживања која су свој предмет фокусирала на животни стандард деце дошла су до резултата који несумњиво потврђују да су деца и млађи пунолетници који живе само са једним родитељем мање успешна у образовању након развода или раставе. То подразумева да је њихов образовни ниво нижи у поређењу са оним који се остварује у потпуној породици.<sup>16</sup> Такође, смањено је учествовање одсутног родитеља у обезбеђивању неопходних услова за развој и заштиту деце.<sup>17</sup>

Упркос тесној повезаности обавезе издржавања и породичних односа, Европска комисија је заузела став да суштина остваривања алиментационих захтева није таква да погађа саму срж ових односа, за раз-

---

<sup>13</sup> Шведска, Финска и Данска. Више о обавези издржавања у правима држава чланица: *Rapport de synthèse sur le recouvrement des pensions alimentaires dans l'Union Européenne*, стр. 13-39.

<sup>14</sup> Више о томе: С. Марјановић, *Судска надлежност и меродавно право за развод брака у комунитарном међународном приватном праву*, Тематски Зборник радова „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Ниш, 2008, стр. 58.

<sup>15</sup> D. Del Bocca, *Mothers, fathers and children after divorce: The role of institutions*, Journal of Population Economics, 2003, <http://repec.iza.org/RePEc/Discussionpaper/dp428.pdf>, стр. 1.

<sup>16</sup> Haveman and Wolfe, 1994; Browninig 1992, подаци наведени према *Ibidem*.

<sup>17</sup> D. Del Bocca and Ribeiro 1998, наведено према *Ibidem*. Истраживање показује пропорцију у финансијском учествовању очева у остваривању благостања деце. Бројеви приказани у загради представљају њихов удео у истим параметрима у потпуној породици: одећа: 0.25 (0.65), поклони: 0.35 (0.45), одмори: 0.22 (0.56), посете стоматологу: 0.23 (0.56), здравствено осигурање: 0.37 (0.67), помоћ у савладавању школског градива: 0.20 (0.45) и присуство школским догађајима: 0.22 (0.44).



лику од права на посете и одређивање родитеља са којим ће дете живети. Одлуке о овим другим питањима непосредно утичу на личне односе деце и родитеља и тако утичу на равнотежу породичних односа, подложне изузетном утицају различитих националних правних и културних традиција држава Уније. С друге стране, чињеница је и да алиментационо потраживање, упркос својим специфичним одликама, ипак подразумева давање у новцу за које важе исти начини остваривања као и за било које друго новчано потраживање, нпр. дневнице и плате.

## 2. Међународна надлежност и поступак

### 2.1. Надлежност

Према органу који је надлежан за доношење одлуке о издржавању и њено извршење, државе чланице се могу поделити у две групе. Прву чине оне у којима је то поверено судовима.<sup>18</sup> У појединим државама врши се даља специјализација, те постоје судови који су надлежни само за породично право.<sup>19</sup> Такође, има и оних у којима је то задатак административних органа. У Финској је за ово питање надлежна општинска администрација, док се суд укључује само у случају неслагања странака. Поједине државе Уније су основале агенције специјализоване за остваривање издржавања малолетника.<sup>20</sup> У Уједињеном Краљевству ту улогу има *Child Support Agency*.<sup>21</sup>

Обавеза издржавања може бити регулисана и уговором, али је у тим случајевима неопходна његова овера. Уговорно одређивање новчаног износа издржавања најчешће се поклапа са разводом брака или раставом. То омогућава да се родитељи договоре о учествовању у издржа-

<sup>18</sup> Нпр. Ирска и Луксембург као и у већини држава на југу Европе.

<sup>19</sup> Нпр. у Уједињеном Краљевству и државама на северу Европе.

<sup>20</sup> У Шведској исти орган је надлежан и за утврђивање и за старање о остваривању издржавања малолетника.

<sup>21</sup> *Rapport de synthèse sur le recouvrement des pensions alimentaires dans l'Union Européenne, loc.cit.* Више о CSA на <http://www.csa.gov.uk>. Иначе, због компликованог модела за израчунавање алиментације CSA се не сматра нарочито успешном.

вању заједничког детета. У Шведској постоје два начина за решење овог проблема. Обавеза издржавања која се односи на пунолетна лица може бити предмет судске одлуке или уговора. О алиментационом захтеву малолетника одлучује административни орган.<sup>22</sup>

Регулатива о издржавању предвиђа више могућих основа за за-  
снимање надлежности суда чланице Уније.<sup>23</sup> Најпре, то може бити суд на чијем подручју поверилац или дужник има своје редовно боравиште. Уколико је према *lex fori* неки други суд надлежан да одлучује о статусу лица или одговорности родитеља, он може донети пресуду и о обавези издржавања, ако о њој мора одлучити у адхезионом поступку. Наведена могућност атракције међународне надлежности не постоји уколико је надлежност за главни поступак заснована искључиво на држављанству једне од странака.<sup>24</sup>

Такође, суд се може огласити надлежним на основу приступања туженика суду, осим оног који је учињен у намери истицања приговора ненадлежности.<sup>25</sup> Наведено понашање туженика представља конклюдентну радњу којом се саглашава да суд коме је тужба поднета оконча поступак.

Регулатива о издржавању уводи и могућност пророгације надлежности. Странке могу изабрати суд државе чланице у којој било која од њих има редовно боравиште или *forum nationalis* једне од странака.<sup>26</sup> Такође, предвиђена је могућност уговарања искључиве надлежности суда државе чланице Лугано конвенције, при чему она не мора бити чланица Уније.<sup>27</sup> Ипак, споразум о надлежном суду се не може закључити ако је предмет поступка издржавања детета млађег од 18 година,

<sup>22</sup> *Ibidem.*

<sup>23</sup> Под судом се, у смислу члана 2. ст. 2. Регулативе о издржавању, подразумевају и административни органи уколико се у поступку који се пред њима води правично обезбеђује право на саслушање странака, ако одлука има слична дејства и правну снагу као пресуда и уколико она може бити побијана жалбом или ревизијом пред судским органима.

<sup>24</sup> Члан 3. Регулативе.

<sup>25</sup> Члан 5. Регулативе.

<sup>26</sup> Чланом 4. ст. 1. тач. 3 посебно је регулисана пророгација надлежности за издржавање између супружника, без обзира да ли је брак разведен.

<sup>27</sup> У том случају биће примењене одредбе Лугано конвенције.

што је, подсећања ради, доба стицања пунолетства и потпуне пословне способности у већини држава Заједнице.<sup>28</sup>

Супсидијарна надлежност, заснована на заједничком држављанству странака, корекција је недостатка решења Регулative Брисел I. Овај вид надлежности се примењује ако се надлежни суд не може одредити на основу претходно наведених решења Наиме, према Регулative Брисел I суд државе чланице није се могао прогласити надлежним у алиментационом поступку на основу њених одредаба ако је дужник био резидент неке треће државе, те су се примењивале националне нормe о сукобу надлежности. Оне су, најчешће, указивале на надлежност суда државе нечланице. Одредбом о супсидијарној надлежности елиминишу се проблеми који се у тим случајевима јављају, а везани су за право на приступ суду у трећој држави и признање тако донете одлуке у држави Уније. Наведена одредба може се разумети и са аспекта потребе очувања интереса поверилаца издржавања.

Суд државе чланице може засновати своју надлежност упркос непостојању ниједног претходно наведеног основа, па чак и ако је случај тесно повезан са трећом државом, уколико процени да се не може разумно очекивати покретање или спровођење поступка пред судом те земље. То би најпре могли бити случајеви ратне опасности и ванредног стања, али и уколико се повериоцу ускраћује право на приступ суду. Ипак, одредбе о *forum neccessitatis* примењују се само изузетно, под условом да је случај *довољно* повезан са државом чланицом чији се суд огласио надлежним. Пре свега, наведени правни стандард био би испуњен ако би једна од странака била њен држављанин. Штавише, могуће је и да суд друге државе чланице, који није надлежан да одлучује о алиментационом захтеву, одреди, на основу одговарајућег захтева странке, привремене мере или мере обезбеђења предвиђене њеним законодавством.

---

<sup>28</sup> Форма пророгационог споразума мора бити писана. Сматра се да је овај услов испуњен и ако је он сачињен путем електронских средстава комуникације која омогућавају трајни запис.

Међутим, уколико је одлука о обавези издржавања донета у чланици Уније која примењује Хашку конвенцију из 2007. године, све док поверилац има у њој своје редовно боравиште, дужник не може у другој држави покренути поступак за измену постојеће одлуке или доношење нове. Ипак, од наведеног правила допуштају се и одређена одступања ако су се странке споразумеле о надлежности суда те друге државе. Будући да је ова могућност искључена у погледу детета млађег од 18 година, покретање новог поступка у другој држави није могуће све док оно има редовно боравиште у чланици Хашке конвенције из 2007. године. С друге стране, то би могло бити дозвољено ако се ради о издржавању детета старијег узраста. Ограничења за покретање поступка не постоје ни ако је дете поднело тужбу за измену или доношење нове одлуке суду те друге државе, а дужник је приступио без истицања приговора ненадлежности. Даље, препрека нема ни ако суд који је донео првобитну одлуку, не може да поступи по захтеву за измену или доношење нове одлуке или одбија да то учини. Такође, и уколико се одлука која потиче из ове земље не може признати или извршити у тој другој држави Уније.

## 2.2. Достављање и право на одбрану

Одредбе Регулative о издржавању које се односе на достављање и право на одбрану могу се сагледати са аспекта остваривања права на правично суђење.<sup>29</sup> Наиме, уколико туженик не приступи суду ван државе свог редовног боравишта поступак се прекида. То траје све до утврђења да је туженик био у могућности да прими иницијални или еквивалентни акт, те да је на основу тога имао довољно времена да припреми своју одбрану. Може се рећи да је оваква одредба у потпуности сагласна стандардима које је увела Европска конвенција о људским правима и основним слободама.<sup>30</sup> Ипак, ако одлука буде донета у држави обавезаној Хашким Протоколом из 2007. године, упркос неуредном достављању услед кога дужник није имао довољно времена да припре-

<sup>29</sup> Члан 11. Регулative о издржавању.

<sup>30</sup> Члан 6. став 3(б). Конвенције.

ми своју одбрану, он има право да поднесе захтев за ревизију, осим ако је пропустио да оспори одлуку чим је био у могућности. Такође, исто важи и ако је био спречен да оспори алиментациони захтев без сопствене кривице, услед више силе или ванредних околности. Рок је преклузиван и износи 45 дана. Почиње да тече од дана када је био упознат са садржајем одлуке тако да је могао успешно да реагује, а најкасније од дана предузимања прве извршене мере која га је онемогућила да, у целини или делимично, располаже својом имовином. Усвајање захтева проузокује ништавост и укидање оспорене одлуке. Међутим, то не утиче на користи које је дете имало због прекида рокова или застарелости, као ни на право да тражи ретроактивну исплату алиментације о којој је одлучено у првобитном поступку. Ипак, поступак неће бити прекинут уколико је потребно достављање неког од наведених аката у другу државу Уније на основу Регулативе 1393/2007.<sup>31</sup> У том смислу, пресуда се не може донети док се не установи да је документ био достављен на начин предвиђен националним процесним правом државе Уније на чијој се територији налази адресат или да је документ заиста достављен туженику на адресу његовог редовног боравишта неком другом методом предвиђеном овом Регулативом, уз поштовање права на одбрану туженика.<sup>32</sup> Ипак, ако је документ достављен у складу са њом, пресуда може бити донета, под условом да је прошло више од шест месеци, а никаква потврда није примљена, упркос сваком разумном напору који је надлежни орган означене државе чланице предузео. Туженик који у време приступања није знао за овакав документ, а изнео је *prima facie* одбрану у погледу меритума тужбе, задржава право да уложи правни лек у разумном року. Он почиње да тече од тренутка сазнања за пресуду.

---

<sup>31</sup> *Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000*, OJ L 324, 10/12/2007.

<sup>32</sup> Члан 19. *Ibidem*. Основни циљ ове Регулативе је обезбеђење брзог и ефикасног достављања судских и вансудских докумената у грађанским и трговинским стварима између странака које се налазе у различитим државама чланицама и то путем увођења стандардизованог поступка.

На основу Регулative о издржавању поступак достављања подразумева ангажовање централних органа државе редовног боравишта подносиоца захтева и државе пријема.<sup>33</sup> Први орган има обавезу да укаже пошиљаоцу да језик, евентуално, није у службеној употреби у држави чланици у којој треба извршити достављање или да није на листи језика које она уважава, те да ће као последица ове неправилности уследити одбијање пријема документа. Само из наведеног разлога адресат може да одбије пријем писмена. У циљу убрзања поступка, што је од изузетног значаја у осетљивој материји издржавања, предвиђен је рок од 30 дана у оквиру кога централни орган државе пријема треба да пружи повратну информацију о мерама које су предузете ради поступања по захтеву. Такође, он треба да достави централном органу државе одашиљања податке о лицу или органу који треба контактирати за сва даља питања.<sup>34</sup> У року од 60 дана од дана обавештавања централни орган државе пријема информисаће централни орган државе молиће о статусу захтева. Осим тога, он не може да одбаци захтев зато што нису приложени и додатни документи, али их може накнадно затражити. Тек уколико они не буду поднети у року од 90 дана или оном који одреди централни орган државе пријема, може да одбије даље поступање. Оваквим ограничењима Регулative утиче на скраћење времена потребног за доношење мериторне одлуке, самим тим и на остваривање права на суђење у разумном року. Тиме се смањују и трошкови којима је изложено дете, односно родитељ са којим живи. Корак даље представља посебна одредба којом се укида потреба легализације или било које друге еквивалентне формалности, али и чињеница да су сви захтеви стандардизовани и доступни у анексима Регулative. Ако је достављање тужбе или њој еквивалентног акта потребно извршити у држави нечланици, онда се примењује Хашка конвенција о достављању у иностранству судских и вансудских докумената у грађанској и трговинској материји из 1965. године.

<sup>33</sup> Државе са сложеним уређењем (федеративне државе) које се састоје из више правних система или аутономних територијалних јединица могу одредити и више агенција или централних тела.

<sup>34</sup> Сарадња ових органа подразумева и размену података о одговорном лицу за конкретни случај и току поступка.

### 2.3. Литиспенденција и конексни спорови

Европска Унија је 2007. године усвојила програм „Грађанска правда“, који треба да омогући јачање судске сарадње у грађанској материји у циљу стварања тзв. Европског правосудног простора. Он је заснован на међусобном признању одлука и поверењу, оснаживању контаката, мрежа, саме правничке професије и размене информација између судских и административних органа, као и отклањању проблема специфичних за прекогранични грађански поступак између држава чланица, олакшање приступа судовима појединцима и предузећима.<sup>35</sup>

Одредбе о литиспенденцији и поступању судова у конексним споровима могу се анализирати са аспекта остваривања циљева наведеног Програма. У првом случају, ако суд пред којим је прво покренут поступак није установио своју надлежност, поступци који се воде пред другим судовима прекидају се *ex officio*.<sup>36</sup> Ако је он то већ учинио, остали судови се морају огласити ненадлежним и одбацити тужбу. Овако правило о последици литиспенденције резултат је поверења између судова држава чланица. У споровима са екстракомуитарним елементом, суд пред којим је касније покренут поступак се не оглашава ненадлежним, чак и у државама које дају одређени значај приговору литиспенденције. С друге стране, последице подношења конексних тужбених захтева су нешто другачије. За разлику од литиспенденције за коју је прекид, односно оглашавање ненадлежним формулисано као обавеза, у овом случају остављена је могућност суду одлучи да ли ће прекинути поступак. Ипак, уколико је суд пред којим је прво покренут посту-

---

<sup>35</sup> Предвиђено је да примена програма буде спроведена у периоду од 1.1.2007. године до 31. 12. 2013. године. Постизање свих наведених циљева, пре свега стварање Европског правосудног простора очекује се већ у првих шест година. Програм се не примењује у Данској.

<sup>36</sup> У смислу члана 9. Регулative о издржавању, под покретањем поступка подразумева се тренутак подношења иницијалног акта суду, при чему је тужилац предузео све неопходне кораке да он буде достављен туженику. Ако се достављање врши пре подношења акта суду, онда је то тренутак када је акт примљен од стране органа надлежног за достављање, при чему је тужилац предузео све неопходне кораке да он буде поднет и суду.

пак надлежан за све захтеве и *lex fori* дозвољава спајање поступака, други суд се, на захтев странке, може огласити ненадлежним. Ипак, то је тек могућност, а не и обавеза и важи само у првостепеном поступку.<sup>37</sup>

### 3. Меродавно право

Ниједан комунитарни инструмент не садржи колизионе норме за материју издржавања. Штавише, и Регулативе Рим I и Рим II, као једини акти Уније који регулишу меродавно право за грађанскоправне односе, искључују издржавање из свог поља примене. Исто је учињено и у предлогу Регулативе Рим III.<sup>38</sup>

С друге стране, Хашка конвенција о меродавном праву за обавезу издржавања деце из 1956. године (даље: Хашка конвенција из 1956. године) и Хашка конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања из 1973. године (даље: Хашка конвенција из 1973. године) ратификоване су у релативно малом броју земаља Заједнице.<sup>39</sup> Прва и даље важи у односима држава које нису ратификовале касније донету. Неповољност наведене ситуације може се сагледати са два аспекта. Први се односи на чињеницу да постоје две конвенције које регулишу исту материју. То има далекосежне последице у погледу (не)предвидљивости меродавног права, али и правне (не)сигурности као крајњег исхода. Друга се огледа у томе што паралелна примена доводи до многих проблема за правне практичаре.<sup>40</sup> У погледу држава које нису уговорнице

<sup>37</sup> Регулатива у члану 14. став 3 дефинише конексне тужбене захтеве као оне који су у толикој мери повезани да је целисходно о њима одлучити у једном поступку како би се избегао ризик доношења противречних пресуда у одвојеним поступцима.

<sup>38</sup> *Proposal for a Council Regulation of 17 July 2007 amending Regulation (EC) No - 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, COM(2006) 399 final.*

<sup>39</sup> Хашка конвенција из 1956. године ратификована је у Аустрији, Белгији, Француској, Немачкој, Грчкој, Италији, Луксембургу, Холандији, Норвешкој, Португалу, Шпанији и Лихтенштајну. Хашка конвенција из 1973. године примењује се у Белгији, Естонији, Француској, Немачкој, Грчкој, Италији, Литванији, Луксембургу, Холандији, Пољској, Португалу и Шпанији.

<sup>40</sup> Нпр. у члану 8. Хашка конвенција из 1973. године предвиђа да се право меродавно за развод брака примењује и на питање издржавања бивших супружника у циљу



ниједне од њих, недостатак конвенцијских колизионих норми додатно проблематизује ситуацију. Заправо, колизионе норме о обавези издржавања, како деце тако и других лица, које се примењују у Европском извршном простору нису хармонизоване. Европска унија може да наметне реформе права у овој материји свим државама у свом саставу. С друге стране, Хашка конференција, која има много више искуства у унификацији међународног приватног права, не поступа на тај начин јер модернизацију може извршити само путем консензуса. Процеси унутар ње су много спорији и одмеренији, услед великих разлика у правима држава широм света. С друге стране, у Унији живи значајан број тзв. „међународних“ породица. Ове две организације су, иако различитог типа и са другачијом иницијалном сврхом - политичком и економском насупрот стварању *међународног* међународног приватног права, неопходне једна другој.<sup>41</sup> Најјаснији аргумент у прилог томе јесте управо Регулатива о издржавању.

За разлику од Хашке конвенције из 1956. године која предвиђа примену само редовног боравишта детета, Хашка конвенција из 1973. године уводи супсидијарно везивање, те се до меродавног права за обавезе издржавања долази следећи место повериоачевог редовног боравишта или заједничко држављанство страна, ако по претходном праву поверилац не може да оствари право на алиментацију или *lex fori*, ако ништа од наведеног није могуће.

Меродавно право за обавезу издржавања, према члану 15. Регулативе, одређује се применом Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године, и то за оне државе чланице га буду ратификовале. Он ће заменити обе наведене хашке конвенције у

---

омогућавања континуитета у примени меродавног права, самим тим и правне сигурности и предвидљивости меродавног права. Међутим, у судској пракси неким држава је дошло до одступања, као нпр. у пресуди Врховног суда Холандије од 21. 02.1997. године уз образложење да то није компатибилно аутономији воље странака. Наведено према European Commission, *Green Paper on Maintenance Obligations*, Brussels, 15.04.2004, COM(2004) 254 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0254:FIN:EN:PDF>, стр. 26.

<sup>41</sup> D. Hadson, *loc.cit.*

односима држава које су његове уговорнице. Према Хашком Протоколу, за обавезу издржавања меродавно је право државе редовног боравишта повериоца.<sup>42</sup> Мобилни сукоб закона решава се применом права државе новог редовног боравишта од тренутка настанка промене.<sup>43</sup> Анализирајући колизиона решења са одредбама о надлежности, то значи да дете или било који други поверилац може поднети тужбу за издржавање суду на чијем се подручју налази његово редовно боравиште и исходити примену *lex fori*. Овакво решење представља вид помирења разлика између држава које припадају *common-law* систему, које традиционално теже примени домаћег права и у случајевима са иностраним елементом, при чему је са аспекта такве земље чланице неважно да ли је он екстракомунитаран или интракомунитаран и, с друге стране, земаља римско-немачке правне традиције. Међутим, наведена могућност отвара врата за *forum shopping*. Ипак, узимајући у обзир да су задовољење ужих или ширих егзистенцијалних потреба, те заштита слабије стране основни разлози због којих се неким лицима, посебно деци, дозвољава да траже алиментацију врши се флексибилизација схватања о негативним последицама наведене појаве. Ипак, не постоје гаранције да ће право државе редовног боравишта детета заиста и омогућити да оно оствари своје право. То је разлог зашто Хашки Протокол уводи *специјална правила која фаворизују поједине повериоце*, а у њих убраја и децу.<sup>44</sup> Наиме, уколико дете не може да оствари алиментациони захтев према редовно меродавном праву, примениће се право форума. Уколико је тужба поднета суду редовног боравишта дужника меродаван је *lex fori*, без обзира на генералну колизиону норму. Тек ако би то право било неповољно, за обавезу издржавања могло би бити меродавно право редовног боравишта детета. Да би одредба о примени права форума заиста фаворизовала дете у случају да су неповољни и право његовог ре-

<sup>42</sup> *Renvoi* је искључен.

<sup>43</sup> Истоветно решење мобилног сукоба закона садржи и Хашка конвенција из 1973. године, члан 4. ст. 2.

<sup>44</sup> То су такође и родитељи који траже издржавање од своје деце и друга лица која издржавање потражују од лица млађих од 21 године живота, уз изузетак обавезе која проистиче из односа између супружника (садашњих, бивших и оних чији је брак поништен).

довног боравишта и дужника, чини се да је неопходно да се алиментациони поступак води као адхезиони, при чему надлежност за главни поступак није заснована на редовном боравишту детета ни родитеља који је дужник.

С друге стране, ако би сва ова права била неповољна за дете, издржавање се може остварити још и применом права заједничког држављанства повериоца и дужника. Ако ни ово право не би било повољно или лица нису истог држављанства, поверилац млађи од 18 година никако не може остварити алиментациони захтев. Тек старија деца могу аутономијом воље одредити меродавно право. Избор је ограничен на право државе редовног боравишта или држављанства повериоца или дужника у тренутку избора.<sup>45</sup> Ипак, за питање да ли поверилац може да се одрекне свог права на издржавање меродавно је право државе његовог редовног боравишта у време избора. Међутим, ако је основна идеја принцип *in favorem creditoris* остаје нејасно зашто Протокол не уводи још неке могућности, нарочито *lex nationalis* детета. Постојеће решење Протокола прави разлику између деце старије и млађе од 18 година, на штету ових других јер прва категорија има и додатне могућности за остваривање свог захтева. Треба имати у виду да је управо млађа група поверилаца много угроженија будући да је реч, углавном, о малолетним лицима, те би *lex nationalis creditoris* пружио још једну могућност за остваривање права на издржавање. Осим тога, то је често решење у упоредном праву, мада га нису предвиђале ни претходне хашке конвенције.<sup>46</sup> Премда Хашки Протокол посебно штити интересе појединих поверилаца, он спречава и злоупотребе до којих може доћи приликом уговарања меродавног права. Наиме, ако је *lex autonomiae* очигледно

---

<sup>45</sup> Држава чије право у овој материји користи пребивалишта као тачку везивања, може да замени држављанство пребивалиштем у случајевима који се тичу примене одредби Регулативе о специјалним правилима у корист одређених поверилаца и посебних правила о праву на одбрану, након одговарајућег обавештавања Сталног бироа Хашке конференције за међународно приватно право. Споразума треба да буде сачињен у писаној форми, која подразумева и снимање на сваком медијуму који чини информацију доступном за каснију употребу и потписан од обеју странака.

<sup>46</sup> Нпр. Мађарска, Албанија, Белгија, Француска, Португал.

неправично или производи неразумне последице за било коју страну оно неће ни бити примењено. Од овог правила има одступања у случају да су странке биле у потпуности свесне последица учињеног избора већ у тренутку закључења споразума. Свакако да Хашки Протокол не може штити интересе страна више него што то оне саме чине.

Домашај меродавног права одређен је прецизније, самим тим повољније за правну сигурност у поређењу са релевантним одредбама Хашке конвенције из 1973. године према којој меродавно право одређује статус повериоца и дужника, лице које је овлашћено на покретање алиментационог поступка и рокове за његово покретање. Сходно члану 11. Хашког Протокола, *lex causae* одређује дозвољеност, обим алиментационог захтева као и дужника, основе израчунавања новчане суме и индексаију, лице овлашћено на покретање поступка, рокове за његово покретање, домашај дужникове обавезе у случају када одговарајући јавноправни орган тражи повраћај користи које је обезбедио повериоцу на име издржавања.<sup>47</sup>

Питање које је значајно са финансијског аспекта, а везује се и за домашај меродавног права, односи се на евентуалне драстичне разлике у животном стандарду повериоца и дужника. Проблем је додатно изражен уколико дужник живи у држави значајно мањег животног стандарда, док је дете резидент земље високог. Наведена диспропорција може бити толика да дужник не може да испуњава у потпуности своју обавезу, ни поред најбоље воље и труда. Оба хашка инструмента на сличан начин решавају проблем. Наиме, Хашка конвенција из 1973. године предвиђа да чак и ако меродавно право садржи другачије решење, приликом одређивања износа алиментације узимају се у обзир потребе повериоца и извори прихода дужника.<sup>48</sup> Хашки Протокол, пак, посебно наводи да се приликом доношења одлуке води рачуна и о свакој евентуалној накнади која је повериоцу додељена на име периодичног

---

<sup>47</sup> Ипак, за само право овог органа да тражи повраћај користи које је обезбедио повериоцу на име издржавања меродавно је право државе чију припадност има.

<sup>48</sup> Члан 11. ст. 2. Конвенције: “*However, even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor shall be taken into account in determining the amount of maintenance*”.

плаћања износа алиментације.<sup>49</sup> Да би ово правило и заживело у пракси неопходно је да орган који о овом питању одлучује прибави неопходне информације, што подразумева комуникацију са страним органима власти. Предност коју Унија има огледа се у чињеници да је процес хармонизације правила о одређивању износа алиментације релативно лакше спровести, у односу на њено остваривање међународним уговорима. Аргумент више јесте и чињеница да права многих држава Заједнице имају тзв. индексациону шему (*index-linking*), која омогућава прилагођавање новчаног износа кретањима трошкова живота.<sup>50</sup> Ипак, то захтева и постојање упоредивих скала у државама које примењују различите поступке одређивања износа алиментације.

Примењујући националне колизионе норме судови различитих држава могу донети контрадикторне одлуке по питању утврђивања очинства у односу према истом детету. Проблем се може појавити и ако права држава различито регулишу правна дејства одлука донетих у патернитетским споровима и оних које се односе на издржавање, ако се утврђивање очинства јавља као претходно питање. Хашка комисија је, на састанку одржаном 1995. године о резултатима имплементације конвенција о обавези издржавања, препоручила да меродавно право за утврђивање очинства као прејудицијелно питање буде оно које се примењује на обавезу издржавања. Ипак, то није резултирало очекиваним ефектима. Специјална комисија је поново разматрала овај проблем 2005. године и постојала је подршка да се усвоји норма о примени меродавног права за обавезу издржавања и на претходна питања. Међутим, договор није постигнут јер су други чланови били мишљења да од-

---

<sup>49</sup> Члан 14. Хашког Протокола: “*Even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor as well as any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments shall be taken into account in determining the amount of maintenance*”.

<sup>50</sup> Нпр. у Шведској се сваког 1. фебруара врши индексација новчаних износа алиментације утврђених претходне године у корист деце. Усклађивање се врши према индексу цена и променама у вредности новца, под условом да су одлуку донели домаћи органи, а у складу са Законом (1966:680) о измени појединих алиментационих обавеза. Видети више: Министарство правде Шведске, *Одговор на Зелену књигу о обавези издржавања*, [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_ec\\_answer\\_minjus\\_swe\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_ec_answer_minjus_swe_fr.pdf).

лука о очинству као претходном питању не може имати дејство *erga omnes*.<sup>51</sup> Овакав став превагнуо је и приликом усвајања Хашког Протокола који садржи идентичне одредбе чланова 1. и 2. Хашке конвенције из 1973. године.<sup>52</sup>

Хашки Прокотол има универзално дејство. Државе Уније које га евентуално не буду ратификовале примењиваће релевантне конвенције чије су уговорнице или националне колизионе норме.

#### 4. Признање и извршење

Сама сврха обавезе издржавања условљава и потребу да повериоцу буде омогућено да што лакше оствари своје потраживање. Некада то није тако једноставно, не само због одбијања дужника да испуни своју обавезу, што се може санкционисати, већ и уколико је извршење потребно спровести у иностранству. Евентуалне тешкоће са којима се поверилац може суочити ублажене су уколико се одлука о издржавању треба признати и извршити у другој држави Уније. Одредбе Регулативе о издржавању омогућавају да поверилац издржавања може релативно једноставно издејствовати признање одлуке у једној држави чланици, без могућности побијања признања. Она ће аутоматски моћи да се изврши у другој чланици Уније, без потребе да се проглашава извршном, уколико то дејство има у држави признања. Штавише, суд државе чланице који донесе одлуку о обавези издржавања требало би да је огласи привремено извршном, чак и ако по њеном националном праву она није извршна или ако је уложена жалба или рок за њено подношење још увек тече.<sup>53</sup> Одредбе о привременој извршности директно су повезане са напорима Уније да обезбеди ефикасно и једноствано остваривање алиментационих захтева. Будући да алиментациони поступак може покренути и јавноправни орган то је и њему омогућено да поднесе зах-

<sup>51</sup> Зелена књига, стр. 30.

<sup>52</sup> Члан 1. Хашког Протокола.

<sup>53</sup> На сличан начин ову могућност предвиђају и чланови 41. и 42. Регулативе Брисел IIbis.

тев за признање и извршење.<sup>54</sup> Ипак, извршење одлука донетих у државама Уније обавезаним Хашким Протоколом може бити одбијено на захтев дужника, у целини или делимично, ако је протекао рок у коме се могло тражити извршење или по праву државе порекла одлуке или извршења. Будући да се тежи заштити повериоца узима се у обзир онај рок који је дужи. Даље, могућност постоји и ако је одлука неспојива оној која је донета у држави извршења, у некој другој држави чланици или у трећој држави, ако испуњава услове за признање у земљи извршења. Такође, дужник може издејствовати обуставу извршења, у целини или делимично, ако је суду порекла одлуке поднет захтев за ревизију или ако је у њој суспендована њена извршност.

Постоји могућност да Хашки Протокол не буде ратификован у свим државама Уније. Такав евентуални ток догађаја имаће и директне последице на поступак признања и извршења будући да се прави разлика између ове две групе држава. Наиме, одлуке надлежних органа државе уговорница Хашког Протокола биће аутоматски признаване и извршаване на напред наведен начин, уз подношење одговарајућих докумената<sup>55</sup>. Међутим, одлуке судова других држава Уније биће подвргнуте одређеном поступку, који иако поједностављен, ипак подразумева и испуњење одређених формалних услова. Он представља модификацију процедуре предвиђене Регулацивом Брисел I. Суд може одбити признање одлуке из традиционалних разлога: очигледна супротност јавном поретку државе признања;<sup>56</sup> повреда права на одбрану, осим ако је туженик пропустио да оспори одлуку када је био у могућности да то учини; неспојивост одлуци суда државе признања која је донета у истом предмету, између истих странака као и раније донетој одлуци у држави чланици или у трећој земљи, између истих странака и поводом истог тужбеног захтева, ако испуњава услове за признање у држави ег-

<sup>54</sup> Нпр. орган старатељства или CSA у Великој Британији.

<sup>55</sup> Члан 20. Регулациве.

<sup>56</sup> Угроженост јавног поретка се не може испитивати у односу на норме о надлежности.

зекватуре.<sup>57</sup> Суд државе признања прекида поступак уколико је због улагања жалбе извршност одлуке суспендована у држави порекла.

Да би одлука донета у држави чланици која није обавезана Хашким Протоколом била извршена у другој земљи Уније, она мора бити проглашена извршном. Поступак је специфичан по томе што нема обележја контрадикторности, већ тај карактер добија тек у евентуалном поступку по жалби. Месна надлежност суда признања одређује се према редовном боравишту дужника, а стварно надлежни су они судови које државе пријаве Комисији. Да би одлука могла да се изврши у другој држави чланици неопходно је да странка поднесе захтев за проглашење одлуке извршном и приложи још и копију одлуке која задовољава услове веродостојности, преведени извод одлуке који издаје суд порекла на језик који држава признања прихвата, у складу са посебном формом која је утврђена Регулотивом.<sup>58</sup> Рок за доношење одлуке је кратак. Правило је да се одлучује одмах након достављања свих потребних докумената, а најкасније 30 дана од тренутка подношења захтева. Рок се може продужити само из изузетних разлога. Свака странка може уложити жалбу на одлуку о захтеву за проглашење извршности из напред наведених разлога, у року од 30 дана од дана достављања. Уколико пак, противник предлагача има редовно боравиште у држави чланици различитој од државе признања, рок је 45 дана од дана када је достављање извршено њему лично или на адресу његовог редовног боравишта. Он се не може продужавати из других разлога везаних за удаљеност. О жалби се одлучује у року од 90 дана од дана подношења, који се у изузетним околностима може продужити.<sup>59</sup> Уколико противник предлагача не приступи апелационом суду, примењује се правило о

---

<sup>57</sup> Одлука којом се, услед промењених околности, модификује раније донета одлука о издржавању не сматра се неспојивом у наведеним случајевима.

<sup>58</sup> Суд може одлучити и да не тражи превод одлуке, али је он обавезан уколико је уложена жалба на одлуку о проглашењу одлуке извршном. Превод може извршити само овлашћени преводилац у било којој држави чланици. Уколико извод није достављен суд може одредити накнадни рок или може прихватити еквивалентни документ уколико садржи све неопходне податке. У овом случају суд може захтевати превод докумената.

<sup>59</sup> Жалба одлаже извршење.



прекиду поступка чак и ако он није резидент ниједне државе чланице. Услове и поступак за улагање правног лека на одлуку о жалби одређују државе чланице, али он мора бити хитан. Надлежни суд може поништити или одбити проглашење стране одлуке извршном у оба наведена случаја само из оних истих разлога којима је условљено признање. Могуће је и делимично признање одлуке уколико је њоме решено више питања, а нису испуњени услови за њено признање у погледу свих. О томе суд може одлучити и самоиницијативно, али и на захтев странке. Будући да је алиментациони поступак често адхезионог карактера и да се углавном води уз бракоразводни поступак ова могућност се не би могла издејствовати уколико је одлука о разводу брака неподобна за признање јер онда недостаје основ за алиментацију.

Наведене разлике у поступку признања и извршења уведене услед могућности нератификације Хашког Протокола представљају и својеврсни вид „меког“ притиска на државе чланице да постану његове уговорнице.

## **5. Право на приступ суду и правна помоћ**

Регулативом се посебно предвиђа право на ефикасан приступ суду држава чланица у алиментационим споровима, укључујући и поступке извршења, по правном леку или ревизији. Како би се ово право и остварило предвиђена је и установа правне помоћи. Она подразумева помоћ неопходну да би се странке упознале са својим правима и користиле их, као и старање да се поступи по њиховим захтевима, поднетим преко централних органа или директно надлежном органу.<sup>60</sup>

Регулатива о издржавању омогућава остваривање бесплатне правне помоћи лицима млађим од 21 године, која право на издржавање остварују из односа родитеља и деце.<sup>61</sup> Она се може тражити у вези

---

<sup>60</sup> Нпр. саветовање пре покретања парнице у циљу поравнања, тумачења, помоћ у изношењу случаја пред суд, превод докумената, итд. Видети члан 45. Регулативе.

<sup>61</sup> У случајевима који нису обухваћени бесплатном правном помоћи за захтеве који се тичу издржавања деце, она се може остварити у складу са националним правом. Уколико је лице у држави порекла уживало потпуну или делимичну правну помоћ

са свим захтевима које поверилац може поднети, а односе се на: признање и/или проглашење извршном одлуке; непосредно извршење; доношење одлуке у држави у којој није одлучено у истој ствари, као и утврђивање родитељства ако је то неопходно; доношење одлуке у држави у којој признање и проглашење извршном одлуке која потиче из неке друге државе није могуће; измене одлуке донете у држави подношења захтева као и одлуке донете у другој држави. За све наведене захтеве, као и за оне које се односе на изношење случаја пред надлежни суд или други орган и заступање пред њима, помоћ обезбеђују централни орган замољене државе, непосредно или преко других јавних органа или лица. Он би могао да оствари право на регрес трошкова од корисника бесплатне правне помоћи који је изгубио спор, уколико то допушта његова финансијска ситуација, посебно у случају поступања у лошој намери. Осим тога, надлежни орган може и одбити да пружи бесплатну правну помоћ у вези захтева за признање и проглашење одлуке извршном или за непосредно извршење, ако сматра да су они или уложена жалба или захтев за ревизију *очигледно* неосновани у меритуму. Не тако ретко биће проблем сазнати где се налази родитељ који дугује алиментацију будући да дете са њим не живи и да односи могу бити у толикој мери поремећени да са њим нема задовољавајућу комуникацију. Управо централни органи имају одлучујућу улогу у лоцирању дужника, али и његове имовине те, на тај начин, могу директно олакшати детету остваривање права на издржавање. Без ове помоћи било би веома тешко да приватно лице у сличним ситуацијама дође до информација кључних за успешно окончање алиментационог поступка.

---

или ослобођење од плаћања трошкова, оно ће у свим поступцима признања, извршења (проглашења или непосредног извршења) имати право на најповољнију правну помоћ или најшире ослобођење од плаћања трошкова коју предвиђа национално законодавство државе извршења. Такође, треба напоменути да, у идентичним ситуацијама, лице, које је било корисник права на бесплатни поступак пред органима наведеним у Анексу X Регулative, ужива сва наведена права, с тим да мора поднети потврду надлежног органа (Анекс XI) о испуњености финансијских услова за коришћење ових видова правне помоћи.

## 6. Осврт на поједина решења домаћег права – *de lege lata* и *de lege ferenda*

### 6.1. Меродавно право

Питање одређивања меродавног права за обавезу издржавања регулисано је одредбом члана 40. Закона по решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ).<sup>62</sup> Супсидијарним везивањем до меродавног права може се доћи следећи заједнички *lex nationalis*, *lex domicili*, *lex fori*, ако је дете или дужник наш држављанин, а нема услова за примену права заједничког пребивалишта и коначно, *lex nationalis* детета ако ни претходно није могуће.<sup>63</sup> *Lex causae* регулише овлашћење на подизање тужбе, одређује лица која могу бити поверилац и дужник, престанак обавезе издржавања, застарелост, критеријуме за одређивање висине алиментације и начин испуњавања обавезе.<sup>64</sup> Специфичност наведене одредбе огледа се у њеном изразито широком домањају. Она се примењује на све односе, и личне и имовинске, који могу настати у односу родитеља и деце. Једино је меродавно право за обавезу издржавања између крвних сродника (осим родитеља и деце) као и за обавезу издржавања тазбинских сродника регулисано посебном одредбом.<sup>65</sup> Чини се да овакво решење има своје недостатке из неколико разлога. Иако је интерес детета подигнут на ниво врховног начела домаћег права, законодавац није оставио судији слободу да примени неко друго право уколико редовно меродавно право не омогућава детету остваривање алиментационог захтева. Наиме, није извршена флексибилизација колизионих решења с обзиром да се законодавац определио за фик-

<sup>62</sup> Службени лист СФРЈ, број 43/82, 72/82 и Службени лист СРЈ, број 46/96.

<sup>63</sup> Према члан 40. ст. 4. формулацијом „За односе родитеља и деце који нису предвиђени у ставу 1. до 3.“ наводи на закључак да су у питању неки други односи, заправо је реч о истим. Национално право детета је меродавно у случају немогућности примене претходних тачака везивања. Решење мобилног сукоба у корист примене држављанства или пребивалишта актуелног у тренутку доношења одлуке онемогућава повериоца да након пресуђења променом чињеница у оквиру ових тачака везивања издејствује примену права које детету ускраћују право на издржавање.

<sup>64</sup> Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000, стр. 219.

<sup>65</sup> Видети члан 42. ЗРСЗ.

сне тачке везивања, које воде одређеном уређењу спорног односа. При томе се стиче утисак да законодавац није узео у обзир и да супстанцијално решење, у конкретном случају, може бити неповољно за дете. У доктрини се углавном наводе два разлога за овакво законско решење: могућност примене клаузуле јавног поретка с обзиром да су норме које регулишу однос родитеља и деце инкорпориране у овај институт и то што однос норми о надлежности домаћих судова у питањима родитељског права и колизионих норми углавном води примени *lex fori*, ако је надлежан домаћи суд.<sup>66</sup> Међутим, одбијање примене страног права с позивом на домаћи јавни поредак није ефикасно решење ако се заиста жели заштита детета као повериоца. Пре свега, додатно се проблематизује могућност признања и извршења овако донете одлуке. Осим тога, не може се ни наметати решење домаћег супстанцијалног права, поготово ако је немогућност остваривања алиментационог захтева последица разлика у ограничавању овог права с обзиром на узраст повериоца, те би у том случају било неоправдано примењивати клаузулу јавног поретка.<sup>67</sup>

С друге стране, чињеница да се наведена одредба ЗРСЗ примењује и на издржавање деце од стране родитеља и на алиментациону обавезу детета према родитељима такође ствара додатне тешкоће. У случају издржавања деце суочавамо се са непостојањем заједнице живота повериоца и родитеља који плаћа алиментацију, зато што је брак разведен или је престала ванбрачна заједница или родитељи никада нису ни живели заједно. Инсистирање на примени права заједничког држављанства или пребивалишта *оба* родитеља и детета чини се у овом случају неоправданим. За мериторно решење дужничко-поверилачког односа у материји издржавања деце, без обзира на његове неспорне специфичне одлике, држављанство или пребивалиште другог родитеља није релевантно. Штавише, често ће бити препрека за примену права заједничког држављанства или пребивалишта. Иако се постојање заједничког пребивалишта посматра флексибилније, те је довољно да сви

<sup>66</sup> М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 136.

<sup>67</sup> Нпр. релативно је често решење у упоредном законодавству да дете старије од 16 година губи право на потпуно издржавање.

они живе у истој држави, а не нужно и на истој адреси, није ретко да се након развода, престанка ванбрачне заједнице или у случају да никада није ни било заједнице живота, бар један од родитеља пресели у другу државу, из личних или професионалних разлога. Посебно ће бити тешко остварива примена права заједничког пребивалишта у случају да је један од родитеља наш држављанин јер ће важити стандард нашег права да држављани Србије на привременом раду у иностранству задржавају домицил у домаћој држави, без обзира на дужину боравка у иностранству и намеру да се тамо стално настане. То значи да ће у овом случају нужно следити примена *lex fori*, које, иако благонаклоно према условима за остваривање алиментационог захтева, ипак у конкретној ситуацији не мора бити и најповољније. То ће бити случај уколико *lex nationalis* детета указује на примену права државе по којем оно може бити издржавано до своје потпуне финансијске самосталности (нпр. Италије). У овом случају, домаћи судија не би могао да се позове на примену националног права детета и издејствује примену супстанцијално повољнијег права. Из наведених разлога чини се да је постојећа колизиона норма исувише широко конципирана те да ово питање треба одвојено регулисати. У том смислу, решења која предвиђа Хашки Протокол, узимајући у обзир само чињенице везане за родитеља-дужника и дете, чине се сасвим прихватљивим. Ипак, требало би задржати као једну од алтернатива и примену *lex nationalis* детета, без обзира што Хашки Протокол не предвиђа ово решење. Такође, чини се да нема сметњи да се *lex autonomiae* уведе и у ову материју, уз ограничења која се односе на фиксирање права која се могу одабрати и старосне доби повериоца. Ипак, ако би се задржала постојећа колизиона норма, требало би *de lege ferenda* увести принцип *in favorem creditoris* и допустити суду да оптира повољније право, макар ову могућност ограничили само на одређен круг фаворизованих поверилаца који би свакако, пре свих, требало да обухвати и децу. На овај начин би се остварила потпунија колизионоправна заштита повериоца, било родитеља или детета, чији је положај особен и по томе што је управо он, а не дужник слабија страна. У двостраним уговорима који садрже норме за исто пита-

ње углавном је предвиђена примена *lex nationalis* детета, али без увођења наведеног принципа.<sup>68</sup>

### 6.2. Атракција надлежности

ЗРСЗ не решава питање атракције надлежности домаћег суда за алиментационе спорове када он одлучује у брачним, патернитетским и матернитетским споровима. Према схватању дела доктрине, у наведеним случајевима не долази до атракције међународне надлежности.<sup>69</sup> То би значило да домаћи суд о алиментационом спору као адхезионом може одлучивати само ако су кумулативно испуњени услови за заснивање његове надлежности и за главни и за акцесорни поступак. С друге стране, иако не постоји изричито решење о атракцији надлежности за одлучивање о вршењу родитељског права, поједини писци заступају став да до проширења надлежности домаћег суда може доћи јер се основи за заснивање надлежности у брачним, патернитетским и матернитетским споровима поклапају са критеријумима за поступање домаћег суда у адхезионом.<sup>70</sup> У случају издржавања деце до тога долази само у патернитетским и матернитетским споровима, ако су тужилац и тужени домаћи држављани, без обзира на то где имају пребивалиште.<sup>71</sup> До атракције може доћи и ако постоји имовина дужника на територији Србије из које се може наплатити издржавање, што је један од критеријума за заснивање надлежности за алиментационе спорове.<sup>72</sup> Међу-

---

<sup>68</sup> Уговори са Бугарском, Грчком, Чехословачком, Мађарском, Пољском и Румунијом.

<sup>69</sup> Д. Китић, *Остваривање законског издржавања у иностранству*, докторска дисертација, Београд, 1986, стр. 33-34. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, стр. 228.

<sup>70</sup> М. Живковић, *Поверавање деце на чување и васпитање у међународном приватном праву*, Ниш, 1991, стр. 131.

<sup>71</sup> Члан 64. ст. 1 тач. 2. и члан 67. ст. 1 тач. 2.

<sup>72</sup> Према члану 67. ЗРСЗ ст. 1 тач. 1- 3. надлежност домаћег суда у споровима о законском издржавању деце постоји и кад тужени нема пребивалиште у Србији уколико дете подноси тужбу и има пребивалиште у Србији; ако су тужилац и тужени домаћи држављани, без обзира где имају пребивалиште или ако је тужилац малолетно дете које је домаћи држављанин. Члан 68. ЗРСЗ такође садржи одредбу о надлежности домаћег суда у споровима о законском издржавању која постоји уколико тужени има имовину у Републици Србији из које се може наплатити издржавање

тим, ако је интенција законодавца била да као слабију страну посебно заштити дете, које је уз то често и малолетно и без основних средстава за живот, остаје питање зашто се не би *de lege ferenda* дозволила атракција надлежности изричитом одредбом. Није занемарљива ни чињеница да је обавеза судова да *ex officio* донесу одлуку о вршењу родитељског права, у које је инкорпорирано и питање издржавања. Ова дужност је саставни део домаћег јавног поретка.<sup>73</sup> Осим тога, и Регулатива о издржавању дозвољава да се алиментациони поступак води као адхезиони, осим ако је надлежност за главни поступак заснована искључиво на држављанству једне од странака. Чини се да би такво решење било прихватљиво и у нашем праву. Требало би размотрити и могућност да се концепцијски пар држављанство-пребивалиште у домену сукоба међународне надлежности допуни и редовним боравиштем као алтернативе пребивалишту.

### **Резиме**

Ступање на снагу Регулативе о издржавању представља значајан напредак ка унификацији породичног права у комунитарном међународном приватном праву и реализацији програма „Грађанска правда“ из 2007. године. Међутим, овај процес треба посматрати у корелацији са оним који се у истој материји, паралелно, спроводи у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право. Одредбе о надлежности Регулативе о издржавању коригују недостатке Брисел I у смислу увођења и додатних критеријума за заснивање надлежности суда држава чланица. То смањује учесталост проблема који се могу јавити уколико би одлуку донео суд треће државе. Осим тога, дете-поверилац штити се низом одредаба и у домену сукоба јурисдикција и у области меродавног права. Међутим, одредбе Регулативе о издржавању пружају и гаранције за остваривање права дужника, у духу Европске конвен-

---

<sup>73</sup> Члан 68. Породичног закона, *Службени гласник РС*, број 18/2005. По аналогији са проблемом атракције надлежности за спорове о вршењу родитељског права, М. Живковић, *loc.cit.*

ције о људским правима и основним слободама из 1950. године. Генерално посматрано, одредбе Регулативе о издржавању у складу су са хитношћу поступања у осетљивој материји издржавања и тежњом да се детету омогући што лакше остваривање алиментационог захтева, како у првостепеном поступку тако и у поступку признања и извршења. У том смислу, рокови за достављање, доношење одлуке о признању/проглашењу одлуке извршном и за улагање правних лекова разумно су кратки. У области меродавног права, повећањем могућности за примену *lex fori*, учињен је уступак земљама *common-law* система, чини се више из политичких разлога, чиме је извршено њихово приближавање државама римско-немачке правне традиције. Са аспекта домаћег права, приближавање решењима комунитарних инструмената је нужно. Ипак, у садашњој фази, у којој Република Србија тежи кандидатури за чланство, то треба чинити у мери у којој су одредбе Регулативе о издржавању применљиве у нашем праву. У том смислу, не треба занемарити чињеницу да су оне одраз специфичних карактеристика Заједнице.



**Sanja Marjanović, LL.B.**  
*Junior Teaching Assistant*  
*Faculty of Law, Univeristy of Niš*

## **CHILD SUPPORT IN THE EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

### **Summary**

*The Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on the jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations is the latest step forward towards the complete unification of EU Private International Law in the family law matters. However, the abovementioned process is closely related to the “Hague Programme: Strengthening freedom, security and justice in the European Union”, adopted by the European Union in 2004. This has resulted in a specific relation between the Regulation 4/2009 and the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations. In this paper, the author shall focus only on child support even though the scope of the Regulation 4/2009 covers other forms of maintenance obligations as well. At the same time, the author shall analyze relevant international conventions and the solutions of domestic Private International Law on that matter*

**Key words:** *child support, the Council Regulation (EC) No 4/2009 on maintenance obligations, the 2007 Hague Protocol, the 1956 Hague Convention on the law applicable to maintenance obligations, the 1973 Hague Convention on the law applicable to alimony obligations*



*Михајло Цветковић, сарадник у настави  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ПРОУЗРОКОВАНУ РАЧУНАРСКИМ ПРОГРАМИМА**

### **Апстракт:**

*Software није саставна компонента само личних рачунара. Напротив, нема модерног електричног апарата чије функционисање не зависи од тога како је испрограмиран. Рачунарски програми утичу на свакодневни живот много више него што се чини. Од њих зависи управљање аутомобилом, комуникација преко мобилних телефона, они контролишу медицинске апарате за дијагнозу и лечење, преко њих се располаже новцем на рачунима итд. Али, све има своје наличје. Грешке програмера, намерне или случајне, узрок су великих штета. Ко је за њих одговоран? Како их надокнадити? Да ли су постојећа правна решења адекватна?*

*Аутор ће покушати да одговори на ова питања, анализом одговарајућих решења, садржаних у домаћим правним изворима. Будући да, захваљујући интернету, у овим случајевима често постоји „елемент иностраности“, аутор у раду тумачи и релевантне прописе ЕУ који се односе на непоштене клаузуле у потрошачким уговорима, заштиту потрошача, одговорност за производе са недостатком, дистанционе уговоре итд. Поред наведених, предмет истраживања су и други извори, као и актуелна реформа ове области у праву ЕУ.*

### **Кључне речи:**

*штета, софтвер, програм, рачунар, потрошачи, реформа Права потрошача, Закон о облигационим односима, EULA, одговорност, надокнада.*

## Увод

После више месеци, напоскон сте завршили научни чланак на ком сте мукотрпно радили. Финалну верзију документа припремате за штампу, како бисте материјал послали на рецензију. Сутра је последњи дан рока, а од објављивања зависи избор у више звање! Али, пре него што је штампач уопште почео да ради, на монитору се појавила неразумљива порука о грешци. Убрзо је и миш престао да реагује... Следећег дана у сервису Вам кажу да је са рачунаром „све у реду“ и да је проблем био „само софтверски“. Ипак, због „неважног“ проблема изазваног рачунарским програмима, Вашег чланка више нема, а можда ни напредовања...

Овај хипотетички случај може задесити сваког појединца, али невоље изазване софтвером могу бити много шире, чак глобалне. Безаност човекових активности и њега самог за рачунар се можда најбоље види на случају тзв. *Миленијумске грешке*. Наиме, пошто су рачунари због начина на који су програмирани, „препознавали“ 2000. годину као нулту (1900), многи су се крајем 1999. уместо за дочек Нове године спремали за пропаст света. У извештају<sup>1</sup> нарученом од Европске Комисије – Директората за здравље и потрошаче, као могући ризици *Миленијумске грешке* наведени су: проблеми са кућним апаратима и аутомобилима, медицинском опремом, помагалима и услугама; прекид и грешке у исплати пензија и социјалних давања; тешкоће у снабдевању електричном енергијом, водом, и гасом; закрчење копненог, ваздушног и поморског саобраћаја; прекид телекомуникација; грешке, обустава и кашњење услуга у банкарском и финансијском сектору и на берзи; тешкоће у трговини (нарочито у случајевима дистанционе продаје, при читању бар кодова, пуцање „хладног ланца“ и губитак кварљивих производа, блокада електронске трговине)... Тежих последица није било, али су владе широм света биле приморане на различите акције како би се избегла несагледива штета.<sup>2</sup> Бројни системи (у банакама, на аеродро-

<sup>1</sup> Види: *Y2K Bug and the Consumer*, [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/surveys/year01\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/surveys/year01_en.pdf), стр. 79.

<sup>2</sup> У САД је, као превентивна мера, донет посебан пропис „Година 2000: Информације, припремљеност и обелодањивање“ (*Year 2000 Information and Readiness*)

мима, нуклеарним електранама<sup>3</sup> итд.), морали су бити или репрограмирани или искључени. Укупни трошкови припрема за *Миленијумску грешку* процењени су на преко 300 милијарди долара на глобалном нивоу. Упркос свему, лекција није савладана: информатичари упозоравају да би слична ситуација, поново због пропуста у програмирању, могла да се понови 2038. године.<sup>4</sup>

Будући да „компјутерске грешке“ могу проузроковати штету, отвара се питање одговорности, а расправа о томе може се водити само ако се, као претходно питање, објасне извесни појмови техничке природе.

### 1. Хардвер, софтвер и други основни појмови

На почетку, потребно је разјаснити основну терминологију. Рачунар је електронски уређај за обраду података у складу са задатим инструкцијама. Сваки компјутерски систем се састоји од два елемента: рачунарских програма (енг. *software*) и рачунарских компонената (енг. *hardware*). Појам хардвера обухвата механичке, магнетне, електронске и електричне делове, дакле све оно што је телесно - опипљиво. Са друге стране, програми представљају људске команде изражене посебно створеним симболима (компјутерским језицима).<sup>5</sup> Рачунарски програм чини ланац информација који хардверу, односно самом уређају, даје одређену функцију<sup>6</sup> (нпр. да обрађује и штампа текст, врши прорачуне итд.). У најширем смислу, софтвер обухвата све оно што није хардвер, дакле и саме податке на рачунару као и пратећу документацију и про-

---

*Disclosure Act*). Акт је предвиђао блажу одговорност компанија које су биле спремне да отворено укажу и размене податке о рањивости њихових производа и услуга како би се предупредиле штетне последице. Такво решење изазвало је бројне контроверзе. Критичари су истицали да се на тај начин угрожавају права потрошача и превише штите компаније од потенцијалних тужби.

<sup>3</sup> Види вест: *Computer problems hit three nuclear plants in Japan*, <http://archives.cnn.com/2000/TECH/computing/01/03/japan.nukes.y2k.idg>

<sup>4</sup> Више о томе: <http://www.2038bug.com>

<sup>5</sup> Више о томе: Сања Радовановић, *Појам и правна заштита софтвера*, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 2007, бр. 41(3), стр. 345-362.

<sup>6</sup> Небојша Шаркић ет. ал., *Право информационах технологија*, Београд, 2007, стр. 87.

цедуре за употребу рачунара. Ова два елемента су нераздвојна: рачунарски програми се „чувају“ на хардверу, који се контролише и искоришћава захваљујући софтверу.

Рачунарски програми се могу различито класификовати, али што се личних рачунара (PC) тиче, основна је подела на оперативне системе и апликације. Оперативни систем непосредно контролише рачунар, управља његовим ресурсима (меморијом, процесором, периферним уређајима) и омогућава рад апликација. Најпознатији и најраспрострањенији су оперативни системи из групе *Microsoft Windows*. Апликације су компјутерски програми који кориснику омогућавају испуњење конкретних задатака и потреба као што су обрада текста, скенирање слика, слушање музике, повезивање на интернет итд. Најчешће на рачунару постоји један оперативни систем и пуно апликација чији избор и број зависи од афинитета корисника.

Али, нису сви рачунарски програми корисни власнику рачунара. Напротив, постоји огроман број, случајно или намерно, врло штетних програма. Штетни програми (енг. *malware*) се налазе на рачунару без знања или пристанка власника, а „стижу“ најчешће посредством интернета. Нежељени софтвер се јавља у облику компјутерских вируса, „шпијунских програма“, „тројанца“, „црва“, програма који краду податке и сл. Штетне програме треба разликовати од оних које је сам корисник инсталирао, али у којима постоји неки недостатак или грешка (тзв. дефектни софтвер). Предмет овог рада је само штета узрокована жељеним, али „манљивим“ програмима.

Дефектни софтвер садржи грешку или пропуст што онемогућава нормално функционисање рачунарског система.<sup>7</sup> Недостатак је најчешће последица „људског фактора“, мада и чињенице да се ради о комплексним, динамичним системима. Штавише, сматра се да не по-

---

<sup>7</sup> На енглеском језику грешке у рачунарским програмима означавају се термином *software bugs*, што буквално значи *програмске бубе*. Интересантна је етимологија овог израза: на почетку развоја рачунарске технологије рачунари су били јако гломазни – заузимали су једну или више просторија. У то време велике проблеме програмерима задавали су инсекти који су се усељавали у рачунаре и изазивали грешке и кварове. Данас таквих проблема нема, али се израз одржао.

стоји програм без грешака, али да само у мањем броју случајева оне могу изазвати тешке последице. Нажалост, и такве су забележене. На пример, грешке у програму који је контролисао машину за терапију радијацијом директно су узроковале смрт и тешка оштећења здравља више пацијената у периоду 1985-1987 у САД.<sup>8</sup> Године 1996. ракета Европске Свемирске Агенције вредна преко милијарду долара експлодирала је убрзо после лансирања услед грешке у програму за навигацију. Из сличних разлога срушио се и хеликоптер Краљевског ваздухопловства В. Британије 1994. у Шкотској, шаљући у смрт 29 путника. Поставља се питање: ако овакве грешке постоје у најсавременијим системима примењеним у здравству, науци и војсци, шта је са програмима који представљају „робу широке потрошње“? Истраживања показују да софтверске грешке коштају економију САД 59 милијарди долара годишње!<sup>9</sup> На светском нивоу износ је далеко већи.

## 2. „Споразум са крајњим корисником“

### а. Појам

Рачунарски програми се не продају, већ корисници стичу право да програм користе на основу уговора о лиценци. Уговор о лиценцирању између произвођача и корисника програма колоквијално се назива ЕУЛА (EULA, скраћено од енг. *End-User License Agreement*, споразум (уговор) са крајњим корисником<sup>10</sup>). Споразумом су регулисани међусобни односи страна уговорница и најчешће ограничена права корисника да програм инсталира, копира и користи.

Постоје различите врсте ових уговора. Уколико се програми могу користити без накнаде онда су то тзв. слободне лиценце (енг. *free software license*) које допуштају кориснику да слободно модификује и

---

<sup>8</sup> Види: Nancy Leveson, *Safeware: System Safety and Computers*, Addison-Wesley, University of Washington, 1995.

<sup>9</sup> Извор: Национални Институт за стандарде и технологију САД (NIST) [http://www.nist.gov/public\\_affairs/releases/n02-10.htm](http://www.nist.gov/public_affairs/releases/n02-10.htm)

<sup>10</sup> У даљем тексту користићемо термине ЕУЛА, споразум и уговор као синониме.

редистрибуира софтвер. Тзв. спаковане лиценце (енг. *shrink-wrap license*) су одштампане на папиру и запаковане заједно са медијумом (CD или DVD) на ком се налази програм. Са њиховом садржином корисник се може упознати тек након отварања паковања, односно куповине. Модеран еквивалент овим лиценцама су клик-лиценце (енг. *click-wrap license*) које је потребно детаљније објаснити. Када корисник жели да инсталира програм преузет са интернета, пре почетка инсталације отвара се „прозор“ са текстом лиценце. Ако жели да настави процедуру, корисник мора да „штиклира“ поље „*I agree*“ (слажем се), што већина корисника чини не читајући текст уговора. Може се рећи да су ове лиценце најраспрострањеније (чак и када је корисник купио софтверски пакет са „спакованом“ лиценцом, пре инсталације опет мора да „се сложи“ са понуђеним условима). Оваква пракса изазива бројне правне дилеме и проблеме, али то превазилази тему овог рада.

Поступак инсталирања често се завршава кораком названим регистрација. Наиме, пошто је корисник прихватио услове из ЕУЛА и инсталирао програм, при првом покретању софтвер ће аутоматски, преко интернета, послати на сервер произвођача податке о новом кориснику. Овај тренутак је правно релевантан јер је уговор закључен оног часа када понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду (теорија пријема).

Заједничко обележје споразума са крајњим корисником јесу клаузуле о одговорности произвођача за евентуалну штету коју претрпи корисник. У даљем тексту анализираћемо уговоре за најкоришћеније програме у нашој земљи (једног који се плаћа и једног бесплатног).

За предмет прве анализе одабрали смо одредбе које компанија *Microsoft*<sup>11</sup> нуди уз производе потенцијалним купцима у Републици Србији. ЕУЛА везана за апликације из пакета *Office 2003* садржи у заглављу следећи став:

---

<sup>11</sup> Неспорно је да је оперативни систем ове компаније *Windows* у разним верзијама најкоришћенији у РС. Исто важи и за пакет апликација *Office*, чији је свакако најкоришћенији део *Word*.



*„Инсталацијом, копирањем или коришћењем софтвера, саглашаваате се са обавезом да се придржавате одредби овог ЕУЛА. Ако нисте сагласни са тим, софтвер немојте да инсталирате, копирате, или користите, као ни да му приступате.“<sup>12</sup>*

Дакле, конклюдентном радњом (инсталацијом, копирањем или коришћењем) корисник прећутно изјављује вољу односно прихвата понуђене услове. Идентично или слично заглавље имају готово сви споразуми са крајњим корисником и може се рећи да се ради о усвојеном стандарду. Напомињемо, уговор је у целости састављен од стране произвођача и као коначан понуђен кориснику. Према томе, ради се о формуларним, тачније ахезионим уговорима јер друга страна није у стању да у предложеним условима било шта мења – важи принцип „узми или остави“. Закон о облигационим односима<sup>13</sup> прописује да општи услови формуларних уговора обавезују уговорну страну ако су јој били познати или морали бити познати у часу закључења уговора.<sup>14</sup> Типски уговори регулисани су и Законом о заштити потрошача<sup>15</sup> као уговори које је без учешћа потрошача унапред формулисао продавац, односно давалац услуге, закључујући уговор идентичног садржаја са већим бројем потрошача. Типски уговори обавезују потрошача ако су му били познати или морали бити познати у часу закључења уговора и морају бити у писменој форми написани на језику који је у службеној употреби у Републици Србији. У случају неслагања општих услова и посебних погодби које су утврђене између продавца, односно даваоца услуге и потрошача, важе посебне погодбе. Чињеница да су споразуми са крајњим корисником најчешће на страним језицима, исписани ситним фонтом на екрану монитора у компликованом и неразумљивом стилу, доводи у питање њихову пуноважност.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Доступно на српском језику: <http://www.microsoft.com/downloads/>

<sup>13</sup> Закон о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003).

<sup>14</sup> Види: ЗОО чл. 142 – 143.

<sup>15</sup> Закон о заштити потрошача ("Сл. гласник РС", бр. 79/2005).

<sup>16</sup> Више: Милена Јовановић-Заттила, *Заштита потрошача при склапању уговора на даљину*, Правни живот, бр 12/2008, стр. 288.

## б. Уговорно ограничење одговорности

Правна теорија је указала на проблем тзв. изненађујућих клаузула у стандардизованим уговорима. То су одредбе које су тако необичне да партнер на њих није могао, а ни требало да рачуна.<sup>17</sup> Нажалост, за цитирани део ЕУЛА о ограничењу одговорности нема бољег придева:

*„Ограничење одговорности – Microsoft и његови снабдевачи у највећој мери која је допуштена законом који се примењује искључују своју одговорност за било какву штету (укључујући изгубљену пословну добит, прекид посла, губитак пословне информације или други имовински губитак) која проистекне из коришћења или немогућности коришћења Softvera, чак и ако је Microsoft био упозорен на могућност таквих штета. У сваком случају, целокупна одговорност Microsoft-а по овом уговору о лиценци ограничена је на износ који сте стварно платили за Softver. Ова ограничења се не примењују на одговорност која се према закону који се примењује не може искључити или ограничити.“*

Поред наведених ограничења, одредбе ЕУЛА уз Windows Хр оперативни систем<sup>18</sup> искључују и одговорност за штету насталу угрожавањем приватности, као и штету изазвану телесном повредом.

За предмет друге анализе изабрали смо споразум са крајњим корисником за програм *Mozilla Firefox*. Ово је бесплатна, веома често коришћена апликација за приступ интернету компаније „Mozilla“. Део ЕУЛА о ограничењу одговорности гласи:

*„У границама закона, Mozilla и њени дистрибутери, руководство, сарадници и агенти (даље: Mozilla група) неће одговарати ни за какву посредну, изванредну, случајну, рефлексну или егземпларну<sup>19</sup> штету узроковану или на било који начин повезану са употребом или немогућношћу употребе овог производа укључујући губитак имовине, обуставу рада, изгубљену добит, губитак података, као и кварове на рачунару. Ограничења важе чак и када је Mozilla група упозорена на мо-*

<sup>17</sup> Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 104.

<sup>18</sup> Доступно на енглеском језику на: <http://www.microsoft.com/about/legal/useterms/>

<sup>19</sup> Надокнада која превазилази стварну штету и има казнени карактер (буквални превод: штета за пример другима).

гућност настанка штете, без обзира на основ одговорности. Надокнада Mozilla групе ограничена је на максимални износ од 500 долара и евентуално плаћену цену софтвера. Ова ограничења не важе ако су у супротности са законима држава из којих су корисници.<sup>20</sup>

Закључујемо да споразуми са крајњим корисником садрже клаузуле о искључењу и ограничењу одговорности произвођача. Ово важи како за бесплатне, тако и за програме који се „купују“. Будући да је реч о уговорној одговорности (корисник и произвођач се налазе у правном односу пре настанка евентуалне штете) не важе императивне законске норме као у случајевима деликтне одговорности. Напротив, у складу са начелом аутономије воље, уговорне стране могу тзв. Клаузулама о неодговорности споразумно искључити или ограничити одговорност произвођача софтвера. Ова могућност допуштена је ЗОО, али су прописана одређена ограничења како „доминантна“ страна не би злоупотребила слободу уговарања. Пре свега, може се искључити само одговорност за штету проузроковану обичном непажњом.<sup>21</sup> Ако је произвођач упозорен на могућност штете, па ипак не прилагоди програм новим околностима несумњиво је реч о крајњој непажњи. Поред тога, правна теорија истиче да нису дозвољене клаузуле о искључењу одговорности за телесне повреде.<sup>22</sup> Према томе, овакве клаузуле из цитираних ЕУЛА су ништаве. Наравно, због правила *Utile per inutile non vitiatur* пуноважност читавог споразума тиме се не доводи у питање.

Напомињемо да ЗОО предвиђа да, ако искључење или ограничење одговорности произилази из монополског положаја произвођача или неравноправног односа уговорних страна,<sup>23</sup> суд може на захтев корисника софтвера поништити чак и клаузулу којом се „толерише“ обична непажња. Ову одредбу треба имати у виду нарочито зато што су

---

<sup>20</sup> Доступно на енглеском језику на: <http://www.mozilla.com/en-US/legal/eula/firefox3-en.html>

<sup>21</sup> Види: ЗОО чл. 265 ст. 1.

<sup>22</sup> Више о томе: Ј. Радишић, оп. цит. стр 235.

<sup>23</sup> Види: ЗОО чл. 265 ст. 2.

највећи произвођачи софтвера стално на мети антимонополске политике како у Европској унији тако и у САД.<sup>24</sup>

Клаузуле којима се ограничава највиши износ надокнаде пуноважне су само под условом да тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом.<sup>25</sup> У анализираним споразумима овај износ је лимитиран на цену плаћену за софтвер, тако да у случајевима вишеструко већих штета корисници могу да се позову на поменуто законско решење. Поред тога, ако постоји крајња непажња произвођача софтвера (нпр. када сазна да програм има ману, али не предузме адекватну меру) ограничење висине надокнаде не важи.<sup>26</sup> У анализираним споразумима нема „преваљивања“ терета доказивања на корисника, премда је та могућност дозвољена.

Емпиријских истраживања споразума са крајњим корисником има јако мало. У једном од таквих радова<sup>27</sup> закључено је да су одредбе о ограничењу одговорности и ограничењу гаранција врло учестале без обзира о ком произвођачу софтвера се ради. Генерално, велики број ЕУЛА су формулисане изразито у корист произвођача. У томе предњаче велике и млађе компаније, док мање и старије компаније нуде споразуме који су повољнији за корисника.

---

<sup>24</sup> Европска Комисија је 2004. након истражног поступка који је трајао четири године, донела одлуку којом се *Microsoft*, због злоупотребе доминантног положаја, између осталог кажњава износом од 497 милиона евра. Незадовољна одлуком, компанија се обратила Суду прве инстанце, али суд је 2007. г потврдио износ казне. Фебруара 2008. г. Комисија је казнила *Microsoft* са 899 милиона евра због непоштовања одлуке из 2004. г. За детаљније информације видети: ИП/04/382; Ц2007/269/80; ИП/08/318.

<sup>25</sup> Види: чл. 265 ст. 3 ЗОО.

<sup>26</sup> Види: чл. 266 ст. 4 ЗОО.

<sup>27</sup> Више: Florencia Marotta-Wurgler, *What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements*, *Journal of Empirical Legal Studies*, 2007, Volume 4, Issue 4, стр. 677–713; чланком обухваћено 647 ЕУЛА.

### 3. Рачунарски програми и Право потрошача

#### а. Корисник програма као потрошач

Функционисање готово свих модерних уређаја зависи од програмера, односно од квалитета софтвера који њима управља. Међутим, лични рачунари се издвајају од осталих апарата из разлога што програмирање рачунара углавном зависи од самог корисника, а софтвер представља самостално добро.<sup>28</sup> Ова теза се може објаснити на следећем примеру. Примус је купио нову веш-машину, али је она после одређеног времена престала да ради како треба (уништава одећу). Машина за веш је испрограмирана у фабрици у току производње и тај програм Примус нити може, нити има потребу да мења. Без обзира да ли је проблем узрокован грешком у програму или се ради о механичком квару он ће се обратити продавцу или произвођачу (пошто је машина купљена са програмом њихова одговорност није спорна). Исто важи и за све остале уређаје са фабрички „уграђеним“ софтвером (нпр. аутомобиле, телевизоре, белу технику итд.), оштећеног власника се не тиче да ли је квар „софтверски“ или „хардверски“.

Рачунари излазе на тржиште „голи“ – најчешће на новим компјутерима није инсталиран ниједан програм, осим евентуално оперативног система. Власник на разне начине долази до програма и инсталира оне које сам жели. Уколико неки програм проузрокује штету, за њу није одговоран произвођач рачунара већ произвођач софтвера (чак и када је дошло до квара на самом рачунару). Оваква ситуација у случају осталих уређаја није могућа. Вреди напоменути да су више класе модерних мобилних телефона по овом питању сличније компјутерима него осталим апаратима (корисник може сам да бира оперативни систем и апликације које жели да користи).

Поставља се питање да ли закони који регулишу права потрошача штите корисника у случају штете проузроковане рачунарским програмима? Анализираћемо најпре домаће законодавство.

---

<sup>28</sup> Отуда и скраћеница РС (*Personal computer*): лични рачунар.

## 6. Прописи у Републици Србији

Закон о заштити потрошача штити физичка и правна лица када купују производе или користе услуге за личне, односно сопствене потребе. Као основно право предвиђено је и право на обештећење – добијање правичне накнаде за лажно приказивање својстава производа и услуга, некавалитетне производе или незадовољавајуће услуге.

Закон о заштити потрошача не дефинише производ или услугу. Поставља се питање да ли су рачунарски програми производи или коришћење програма представља услугу коју произвођач програма пружа кориснику? Или можда не спадају ни у једну од ових категорија? Ако програм посматрамо као производ, онда корисници нису заштићени Законом о заштити потрошача јер не спадају у потрошаче. Закон каже да се потрошачима сматрају „лица која купују производе“, а напоменуто је да се програми не купују, већ лиценцирају. Уговором о лиценци обавезује се давалац лиценце (произвођач софтвера) да стицаоцу лиценце уступи права искоришћавања предмета лиценце (рачунарског програма), а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду. Ова дефиниција уговора о лиценци из чл. 686 ЗОО упућује на закључак да се више ради о услузи, него о производу. Власник рачунарског програма остаје његов произвођач који кориснику пружа само услугу коришћења. У правној теорији наведени су још неки аргументи да софтвер није производ.<sup>29</sup> Пре свега, програми нису телесне ствари: не могу се опипати, нити чулима опазити. Пошто немају физичку форму, немају ни физичке карактеристике па не могу бити производ (мада примећујемо да се у свакодневном говору често говори о „величини“, „копирању“ или „брисању“ програма). Други аргумент заснован је на тврдњи да су компјутерски програми у суштини информације, а да информације не могу бити сматране производима.

Ако се програм схвати као услуга, одређене одредбе Закона о заштити потрошача су релевантне за однос корисника и произвођача програма. Давалац услуга, уколико је закључио уговор на основу електронске понуде (што је у случају софтвера најчешће) одговара за неиз-

<sup>29</sup> Види: М. Јовановић-Заттила, оп. цит. стр. 294.

вршену или некавалитетно извршену услугу (чл. 27). Уз рачунарске програме се не добија гарантни лист. У таквом случају потрошач има право приговора због недостатака насталих у року од шест месеци од дана куповине, односно извршене услуге (чл. 34). Ако је приговор основан потрошач има право на отклањање недостатка или враћање, односно сразмерно снижење цене. У сваком случају потрошач има право на надокнаду штете (чл. 35). Ова права може да оствари под условом да недостатак није настао његовом кривицом. Терет доказивања лежи на кориснику: потрошач је дужан да докаже штету која је настала услед недостатка купљеног производа или извршене услуге (чл. 59). Надокнада штете регулисана је главом VII Закона о заштити потрошача. Међутим, већина одредби регулише ситуацију када је производ предат на поправку том приликом уништен или оштећен и зато те норме немају значај када се ради о софтверу.

Од Закона о заштити потрошача прецизнији је Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком<sup>30</sup> који дефинише производ као покретну ствар, одвојену или уграђену у другу покретну или непокретну ствар. Производом се сматра и свака произведена или сакупљена енергија за давање светлости, топлоте или кретања (чл. 3). Будући да рачунарски програм није ствар у физичком смислу, а није ни енергија, закључујемо да се овај закон не може применити на случајеве када је штета проузрокована софтвером.

Међутим, овај став се може довести у питање. Наиме, рачунарске програме се дистрибуирају на два начина. Корисник може програм преузети са интернета (енг. *download*), или може купити CD или DVD са софтвером. У првом случају програм је потпуно „дематеријализован“. У другом случају ситуација је нешто другачија. Медијуме на којима се налази програм, производи и пакује најчешће сам произвођач софтвера. Поред дискова (или меморијске картице) у паковању се налазе и упутства, пратећа документација и сл. па у извесној мери постоји „материјализација“ програма. Ако тако набављен програм

---

<sup>30</sup> Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком ("Сл. гласник РС", бр. 101/2005).

проузрокује штету, да ли се корисник може позвати на Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком? Овде се може повући паралела са књигама и информацијама које оне садрже. Додуше, и по овом питању гледишта правника су различита. Једни сматрају да одговорност претпоставља штету коју је ствар изазвала искључиво својим телом, па стога не признају надокнаду штете услед веровања у погрешне информације садржане у књигама. Други опет мисле да се ова одговорност може односити и на информације у књигама.<sup>31</sup> Аналогија је у следећем - софтвер се увек налази на неком медијуму или хардверу, као што је садржај књига одштампан на папиру. Међутим, постоји битна разлика: разуман читалац неће „слепо“ пратити упутства из књиге док ће рачунар, као свака машина, дословно извршавати инструкције које диктира програм. Ако програм услед грешке „нареди“ да се обрише комплетан диск са свим подацима, рачунар ће то и извршити. У том смислу погрешне информације (као делови) програма потенцијално су „опасније“ од грешака у књигама. У странијој литератури само се књига сматра производом, не и њен садржај.<sup>32</sup>

Из свега наведеног закључујемо да домаће законодавство о заштити потрошача није од велике помоћи кориснику рачунарског програма који је претрпео штету. Будући да је заштита потрошача врло важна тема на правном простору ЕУ, погледајмо да ли тамошње законодавство нуди боља и примеренија решења.

#### в. Прописи Европске уније

Директива о продаји потрошачких добара и пратећим гаранцијама<sup>33</sup> представља основни извор права потрошача ЕУ. Директива прокламује принцип подударности уговорених и реалних особина производа и односи се на законске и комерцијалне гаранције. Појам

<sup>31</sup> Ј. Радишић, оп. цит. стр. 255.

<sup>32</sup> David A Poyton, *Dematerialized Goods and Liability in the Electronic Environment: The Truth is 'There is no Spoon (Box)'*, *International Review of Law Computers & Technology*, 2005, volume 19, no. 1, стр. 90.

<sup>33</sup> Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.



законске гаранције обухвата све инструменте заштите купца због недостатка прибављеног добра предвиђене прописима. Са друге стране, комерцијалне гаранције се заснивају на вољи даваоца гаранције и њима се произвођач или продавац обавезују изнад законског минимума. У члану 1 Директиве потрошачка добра су дефинисана као: све опипљиве покретне ствари, изузимајући ствари продате у извршном поступку (...), воду гас и електричну енергију.<sup>34</sup> Према томе, а из већ наведених разлога, овај акт се не односи на софтвер.

Следећи важан формални извор права потрошача је Директива о одговорности за производе са недостатком.<sup>35</sup> Директива важи за производе који се масовно индустријски производе и предвиђа објективну одговорност. Почетак је задовољавајући: члан 1 прописује да је произвођач одговоран за штету изазвану производом са недостатком. Међутим, члан 2 стипулише да „у смислу ове директиве „производ” значи сваку покретност (мисли се на ствари) чак и када је она уграђена у другу покретну или непокретну ствар.” Оваква дефиниција, врло слична оној из Закона о одговорности произвођача, доводи нас до истог закључка: будућу да нису покретности (ствари), рачунарски програми нису обухваћени овом директивом. Понављамо да постоји могућност примене ако се ова одредба тумачи широко, а програм је „продат“ као „софтверски пакет” у оригиналном паковању на медијуму произведеном од стране произвођача софтвера.

Закључујемо да ни основни извори права потрошача ЕУ не пружају адекватну заштиту кориснику софтвера.

---

<sup>34</sup> Чл. 1 ст. 2 одредба б. Ова дефиниција изведена је из чл. 2 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (1980).

<sup>35</sup> Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

#### 4. Реформа европског Права потрошача

##### а. Идеја

Европска Комисија започела је реформу права потрошача 2004. г. са циљем поједностављења и заокруживања постојећих прописа. У складу са овим тежњама Комисија је фебруара 2007. усвојила *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*.<sup>36</sup> Документ садржи начелне правце реформе, идентификује актуелне препреке и покреће јавну дебату.

У глави „Главни проблеми“ овог акта отворено је питање „нових тржишних тенденција“.<sup>37</sup> Будући да је овај проблем наведен као први (остали проблеми су „фрагментација прописа“ и „недостатак поверења“), намеће се закључак да је то питање од велике важности и да представља један од главних мотива реформе. Истиче се да постојећа решења не испуњавају захтеве данашњег тржишта које је еволуирало. Развој технологије омогућио је успостављање нових односа између привреде и потрошача. Наводи се да то поготову важи за дигиталну технологију и дигиталне услуге око којих се јављају бројне контроверзе у односу на режим који важи за „традиционалне“ производе. Поменуто је да постојеће директиве омогућавају произвођачима софтвера да избегну одговорност за евентуалне штете и недостатке као и да неправични услови из ЕУЛА спречавају потрошаче да уживају заштиту у пуном обиму.

У складу са овим начелним ставом, у делу документа којим се иницира јавна расправа разматрано је какве типове уговора треба обухватити новим прописима. Поновљено је да то што уговори који се односе на софтвер нису обухваћени постојећим директивама представља нарочито важан проблем који ће у будућности, са порастом потрошње, бити све учесталији. Питање упућено јавности гласило је: „Да ли домашај прописа треба проширити тако да они обухвате и

---

<sup>36</sup> Доступно на: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/green-paper\\_cons\\_acquis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_en.pdf)

<sup>37</sup> Види: *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, стр. 6.

уговоре са потрошачима који се односе на дигитални садржај?“ (питање Х1, енг. Н1).<sup>38</sup>

#### б. Јавна дебата

Уследила је интензивна јавна дискусија, комисија је примила преко 300 одговора различитих субјеката (удружења потрошача и произвођача, држава, Европског парламента, разних интересних група и сл.). На основу добијених информација сачињена је анализа одговора на питања отворена *Зеленом књигом* која је доступна као сумарни радни документ<sup>39</sup> и детаљни аналитички извештај.<sup>40</sup> Питање Х1 изазвало је велико интересовање и поделило јавност. Са једне стране, удружења потрошача, академска јавност, и професионални правници изјаснили су се да нови прописи треба да обухвате и „дигиталне садржаје“. Са друге стране, представници „пословног сектора“ тражили су *status quo*.

Интересантно је да је 21 држава била на страни потрошача, а само две државе против. Велика Британија је истакла специфичност „дигиталних садржаја“, а нарочито програма преузетих са интернета и затражила да се о овом питању спроведе посебна студија о изводљивости. Подвучено је да ови случајеви захтевају посебна правила. Европски парламент позвао је Комисију да детаљно анализира директиву 1999/44/ЕС и утврди да ли је целисходније доносити нове прописе или проширити домашај постојећих како би њима био обухваћен и софтвер.

Противници предложене реформе изнели су бројне тврдње: из *Зелене књиге* није јасно у чему је проблем; у свакодневном животу питање нема велики значај и више има „карактер анегдоте.“ У заједничком допису утицајних удружења произвођача софтвера истакнут је и „аргумент“ да „рачунарски програми нису тостери, и да за њих не могу да важе иста правила о одговорности која важе за тостере.“<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Питање Н1, *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, стр 24.

<sup>39</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/acquis\\_working\\_doc.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf)

<sup>40</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf)

<sup>41</sup> Види: стр. 4 заједничког дописа организација: ВІТКОМ (Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V.); BSA (Business

Произвођачи сматрају да на тржишту софтвера влада оштра конкуренција и да су сигурност и квалитет пресудни за опстанак. Повећавање њихове одговорности не би променило ништа, само би повећало правну несигурност. Морали би да уложе више новца у осигурање и тестирање, то би повећало трошкове и цене и на крају би се лоше одразило на саме потрошаче. Међутим, прихватање „логике“ да је конкуренција сама по себи довољна заштита значило би да и произвођачи из осталих грана индустрије заслужују сличне повластице.

Тачан је став ИТ<sup>42</sup> сектора да евентуална штета у великој мери зависи од начина инсталације, компатибилности различитих програма као и комплементарности софтвера и хардвера. Међутим, будући да је терет доказивања на леђима потрошача то је један разлог више да се корисницима софтвера пружи заштита.

Произвођачи подсећају да већ постоји ефикасна заштита кроз директиве које се односе на дистанциону продају и електронску трговину као и да су европски потрошачи много боље заштићени од оних у Азији и САД. Ни овај аргумент није прихватљив. Директива о дистанционим уговорима<sup>43</sup> односи се на уговоре о промету робе или услуга између снабдевача и потрошача закључене инструментима комуникације на даљину. Под средствима „дистанционе комуникације“ подразумевају се све методе које омогућавају закључивање уговора без симултаног физичког присуства страна уговорница. Корисници рачунарских програма најчешће до њих долазе преко интернета, тако да се по природи ствари ради о дистанционим уговорима. Интересантно је да Annex 1 директиве садржи „индикативну листу средстава дистанционе комуникације“, али не помиње интернет. Чињеница да је директива из 1997. год. када интернет није био доминантан вид комуникације не оправдава овакав пропуст, нарочито зато што Annex 1

---

Software Alliance); ESA (European Software Association) и других. Доступан на: <http://www.eabc.org/pdf/Bitkom-BSA-EABC-ESA-GSME-GreenPaper-Resp.pdf>

<sup>42</sup> ИТ: информационе технологије.

<sup>43</sup> Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

набраја нпр. видеофон који ни данас није у широкој употреби.<sup>44</sup> Поред тога, у директиви нема ниједне норме која би се могла сврстати у одштетно право.

Други акт на који се позивају произвођачи, Директива о електронској трговини,<sup>45</sup> усвојена је са циљем да се повећа правна сигурност корисника интернета. Овај пропис успоставља стабилан правни оквир тако што услуге у информатичком друштву регулише прилагођеним принципима „традиционалног“ права и уводи ограничен број хармонизованих мера. Директивом су покривене све *on-line* услуге (између правних лица, правних лица и потрошача, бесплатне услуге финансиране маркетингом, електронска плаћања, услуге приступа мрежи итд.) па представља важан извор права за сваког корисника рачунара. Наглашавамо да се пропис односи само на провајдере (даваоце *on-line* услуга) са седиштем у ЕУ, и да је један од принципа директиве усаглашавање са правним трендовима у другим крајевима света. Тачно је да овај акт садржи правила о одговорност провајдера „посредника“ за *caching* и *hosting* (о чему ће бити речи касније), али о одговорности произвођача софтвера нема ниједне одредбе.

Противници реформе инсистирају да ни под каквим околностима дефиниција потрошачких добара не сме бити проширена на лиценце за софтвер и дигиталне податке. Ови уговори су нераскидиво повезани са ауторским правом, „дигитални садржаји“ се не продају, већ лиценцирају. Аналогна примена прописа који важе за остале производе и услуге је неизводљива: нема предаје ствари, нема преноса својине - лиценцом корисник добија само право да користи софтвер. Све су ово ставови произвођача.

---

<sup>44</sup> Apex 1 као средстава дистанционе комуникације наводи између осталог: телефон са и без оператора, радио, видеофон, телевизију, видеотекст, електронску пошту итд.

<sup>45</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

Аргументи засновани на тези да се програми не купују већ лиценцирају и да се због тога не може пружити заштита корисницима софтвера не могу се прихватити. Смисао потрошачког права је заштита потрошача. Овом циљу треба тежити без обзира у каквом правном односу су корисник и произвођач, а нарочито без обзира да ли се ради о уговору о продаји или уговору о лиценци. Просечан потрошач разлику и не познаје - ретко се може чути: „лиценцирао сам програм“. У свакодневном говору сасвим је уобичајено да се програм „купује“ или „продаје“.

#### в. Резултат

На основу свега наведеног, закључујемо да ни једна тврдња противника реформе није основана и да је праведно захтевати да се домашај прописа прошири и на уговоре којима се прибавља „дигитални садржај“, односно да се прекине са праксом која произвођаче софтвера ставља у повлашћен положај како у односу на потрошаче тако и у односу на произвођаче из осталих грана индустрије. Наглашавамо да је то био и један од циљева реформе, а да је постојеће стање у овој области идентификовано као главни проблем.

Октобра 2008. г. Европска Комисија усвојила је Предлог нове директиве о правима потрошача која би требало да обједини четири постојеће директиве.<sup>46</sup> Званична саопштења за медије истичу да модерна решења прате технолошки развој и отклањају проблеме манифестоване последњих година. Међутим, упркос свим очекивањима, понуђени документ<sup>47</sup> суштински не мења ништа по питању одговорности произвођача софтвера! У Предлогу се термин „дигитални садржај“ уопште не спомиње! „Софтвер“ се помиње само једном и то у одредби која ограничава право корисника да врати софтверски пакет уколико га је распаковао! Дефиниција „потрошачког добра“ односно

---

<sup>46</sup> Директиве које ће бити замењене: Sale of consumer goods and guarantees (99/44/EC); Unfair contract terms (93/13/EC); Distance selling (97/7/EC); Doorstep selling (85/577/EC).

<sup>47</sup> Доступно на: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM\\_PDF\\_COM\\_2008\\_0614\\_F\\_EN\\_PROPOSITION\\_DE\\_DIRECTIVE.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_EN_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf)

робе остала је непромењена, и даље је то искључиво „опипљива покретна ствар“, а одредбе о надокнади штете налазе се у одсеку IV који важи једино за уговоре о продаји.

Ипак, одређених помака има. Пре свега, нова директива ће се односити и на уговоре о услугама који су дефинисани као сви уговори између потрошача и трговца, сем уговора о продаји. Дакле, ту спада и фамозна ЕУЛА. Даље, дефиниција производа је такође проширена тако да обухвата и услуге, права и обавезе. Ове промене су важне јер дају одређена права кориснику ако се софтвер схвати као услуга, што је управо оно што нас очекује у будућности.

Са новим трендом, познатим као *Cloud Computing*,<sup>48</sup> подаци и апликације селе се са корисничког компјутера преко интернета на сервер коме се може приступити са било ког места, у било које време. Ово је нарочито корисно групама као што су запослени у једној фирми или студенти који имају потребу да често размењују податке и редовно комуницирају јер им омогућава да стално буду у вези и тако буду продуктивнији. У пословној примени овај тренд се манифестује преко *software as service* модела (софтвер као услуга). Корисник плаћа месечну претплату за коришћење софтвера и приступа подацима преко интернета, а истовремено тиме елиминише потребу за скупим хардвером, одржавањем, особљем и сл.<sup>49</sup>

## 5. Надокнада штете

### а. Специфичност проблема

На основу анализе позитивних извора права потрошача закључујемо да кориснику који је претрпео штету проузроковану рачунарским програмом остаје да се ослони на „класичне“ националне законе којима је регулисана имовинска одговорност. Дакле, у Србији решења

---

<sup>48</sup> Буквални превод нема значење (облачно рачунарство), али ако се корисници схвате као капљице онда метафора има смисла.

<sup>49</sup> *Cloud Computing* истовремено је и еколошки прихватљив јер корисници знајмљују онолико ресурса колико им је потребно и тако штеде енергију.

треба потражити у ЗОО и то у делу о уговорној одговорности (Глава III, одсек 1). Будући да су корисник и произвођач софтвера у правном односу пре штетног догађаја ово ће бити најчешћи случај. Међутим, могућа је и ситуација када оштећени и произвођач нису у уговорном односу (нпр. студент приликом рада у рачунарској учионици факултета претрпи штету користећи програм лиценциран на факултет. Поставља се питање да ли оштећени треба да тужи факултет или директно произвођача?)

Специфична питања везана за надокнаду штете проузроковане рачунарским програмом јављају се и у другим ситуацијама. Као што је илустровано горњим примером, корисник се лако може наћи у дилеми кога треба да тужи. До рачунарских програма се најчешће долази тако што се инсталациони фајлови преузимају са интернета. Програм се може „скинути“ директно са сајта произвођача, али и са било ког другог сајта (нпр. *on-line* продавнице као посредника). Директива о електронској трговини регулише одговорност евентуалних „посредника“ (користи се термин провајдер). Ове одредбе смањују степен правне несигурности тако што уређују одговорност за податке похрањене на серверу или мрежи. Директивом се искључује свака одговорност провајдера уколико је њихова улога пасивна, односно ако они само преносе информације које потичу од трећег (процес познат као *Caching*).<sup>50</sup> Провајдери нису одговорни ни ако чувају софтвер са грешком на својим серверима са којих корисници могу да га преузму (не одговарају за *Hosting*).<sup>51</sup> Међутим, наведено важи само у случају да нису иницирали пренос информација или вршили селекцију корисника или послатих података. Такође, да би био ослобођен одговорности провајдер не сме модификовати информације. Провајдеру је наметнута и обавеза да податке доступне кориснику редовно ажурира у складу са општеприхваћеним стандардима (нпр. да верзију програма „рањиву“ на одређени вирус замени новом).<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Види: Директива о електронској трговини, чл. 13.

<sup>51</sup> Види: Директива о електронској трговини, чл. 14.

<sup>52</sup> Више: Видоје Спасић, *Осврт на одговорност интернет сервис провајдера (ИСП) у међународном и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2007, бр. 50, стр. 103.



Побројане одредбе требало би да „доведе“ корисника до произвођача, али ту проблеми не престају. Софтвер је као компликована машина, састоји се од мноштва потпрограма и процедура, а различите „компоненте“ производе различити субјекти. Прихваћено је правило да је за штету одговоран финални, односно квази произвођач (лице које се тако представља стављањем свог имена, знака или сл.).<sup>53</sup> Међутим то не решава загонетку ако се ради о тзв. софтверу отвореног кода (*Open Source Software* – OSS<sup>54</sup>). ОСС је начин дистрибуције софтвера који омогућава сваком заинтересованом лицу да под одређеним условима слободно користи, мења, побољшава и редистрибуира нове верзије. Чињеница да су ови програми најчешће квалитетни и бесплатни довела је до њихове експанзије. Због њихове природе, односно због тога што интегришу бројне компоненте различитих субјеката, кориснику може бити врло тешко или немогуће да идентификује чија компонента је узроковала штету (субјект означен као финални, не мора то уистину и да буде).

## 6. Штета

Уколико идентификује произвођача, да би победио у спору оштећени корисник мора доказати да је претрпео штету. Како се ради се о тзв. рефлексној штети, карактер, врста и висина губитка у великој мери зависи од конкретног случаја. У одређеним ситуацијама може доћи до штете на хардверу, односно програм може оштетити или уништити рачунарске компоненте (на пример: програм искључи вентилаторе у рачунару па дође до прегревања, или апликација за

---

<sup>53</sup> Види: Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, чл. 2. У вези са тим није на одмет поменути како рачунарски програми добијају имена. Генерално правило не постоји, али је уобичајено да име програма садржи две речи (нпр. *Microsoft Word*, *Mozilla Firefox*, *Norton AntiVirus* итд.). Прва реч је име произвођача, друга име апликације. Број који најчешће иде уз име означава број верзије (нпр. *Nullsoft Winamp 5.56*). Верзије које садрже реч „Beta“ су тест-верзије и њих треба избегавати.

<sup>54</sup> Види: <http://www.opensource.org/>

форматирање хард-диска уништи драјв).<sup>55</sup> Ово је нарочито карактеристично за програме за побољшавање перформанси рачунара зато што они, између осталог, подижу напон система (енг. *overclocking*). Премда оваквих примера има пуно,<sup>56</sup> најчешће се штета огледа у губитку података сачуваних на рачунару. То су не само подаци на којима се тренутно ради (нпр. написали сте 10 стр. текста па дође до блокирања рачунара), него и они снимљени раније (нпр. омиљена музика). Губитак информација може бити и штетнији него квар рачунара. Компјутер се може поправити, па и нов купити, док подаци могу имати и афекциону вредност (нпр. слике са венчања, снимак бебе која учи да хода и сл.)<sup>57</sup>. Будући да се висина надокнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеног узима у обзир само када је штета проузрокована кривичним делом учињеним са умишљајем,<sup>58</sup> корисник програма ће остати и без успомене и без накнаде. У наведеним примерима ради се о стварној штети, али у обзир треба узети и измаклу корист јер корисник најчешће мора да обустави пословне активности док се рачунар врати у функционално стање (професионалцима је потребно око 20 радних сати за просечни систем).

Поред материјалне, могуће је да софтвер проузрокује и нематеријалну штету – оштећење здравља. Бљештаво, трепераво светло као и брза промена слика изазивају код осетљивих људи фото-сензитивне епилептичне нападе са различитим симптомима (несвестица, грчење екстремитета, дезоријентација, губитак равнотеже), као и повреде

---

<sup>55</sup> Овакве штете су врло специфичне, неочекиване и открију се тек када много корисника претрпи штету. На пример, из непознатог разлога, апликација компаније *Samsung* за контролу монитора изазива квар на једном моделу лаптопа компаније *Dell*. Види: <http://www.notebookforums.com/thread217611.html>

<sup>56</sup> Звучници могу да се оштете ако приме сигнал изнад или испод декларисане фреквенције; хард диск се може оштетити уколико софтвер „нареди“ да глава при пуној брзини чита податке на различитим „крајевима“; CRT монитор може лако да се поквари ако буде „натеран“ у високу резолуцију или фреквенцију освежавања; Програми за замену и ажурирање *BIOSa* (основног програма рачунара) такође могу бити фатални за рачунар.

<sup>57</sup> Више: Обрен Станковић (главни уредник), *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 562.

<sup>58</sup> ЗОО чл. 189 ст. 4.

падом и ударом у друге ствари. Да ова појава није ретка сведочи и чињеница да видео игре садрже посебно упозорење о томе.<sup>59</sup> Други облик нематеријалне штете јавља се када због грешке у софтверу поверљиви подаци о кориснику постану доступни јавности или појединцу који их потом злоупотреби (нпр. број жиро-рачуна или платне картице, личне фотографије, поверљиви документи). У том случају долази до повреде приватности, части и достојанства итд.

#### в. Основ одговорности и узрочна веза

За проузроковану штету произвођач програма одговара по правилима субјективне одговорности (подсећамо да остали произвођачи одговарају по строгим правилима објективне одговорности). Грешка у софтверу је најчешће последица обичне непажње, али је и овај облик кривице довољан да се тражи надокнада. Кривица произвођача се претпоставља, мада он може доказивати супротно и ако у томе успе, ослобађа се одговорности (нпр: уколико је послао кориснику благовремено обавештење да постоји сигурносни пропуст у програму и упутство како да се штета спречи).

Поред штете и њене висине, оштећени мора да докаже и узрочну везу између грешке програмера и штетне последице. Ово представља велику потешкоћу, јер не важи претпоставка узрочности која се подразумева када се ради о опасним стварима и опасним делатностима. Опасну ствар би евентуално могао да представља неки нежељени програм (нпр. вирус), али не и програм инсталиран од самог корисника будући да од њих (по редовном току ствари) не прети прекомерна опасност.

Узроци губитака података могу се поделити у две групе. У прву групу спадају случајеви када је грешка програмера непосредни и једини узрок штете и тада је одговорност произвођача искључива. Другу групу представљају случајеви када недостатак софтвера није непосредни узрок штете, већ само ствара безбедносну „рупу“ у рачунарском

---

<sup>59</sup> Види: [http://www.nintendo.com/consumer/manuals/precautions\\_console\\_pak\\_english.jsp](http://www.nintendo.com/consumer/manuals/precautions_console_pak_english.jsp); и [http://professionals.epilepsy.com/page/video\\_game\\_seizures.html](http://professionals.epilepsy.com/page/video_game_seizures.html)

систему коју нежељени софтвер (нпр. вирус или тројанац), или треће лице онда искористи и изазове штету. За такав софтвер се каже да је „несигуран“. Ово је честа ситуација и произвођачи (нарочито оперативних система) стално објављују „закрепе“ односно програмске додатке који отклањају несигурност (енг. *patch*). Уговорна стана је дужна да обавести другу о чињеницама које се тичу њиховог односа (да информира корисника о сигурносном пропусту), у супротном одговара за штету.<sup>60</sup>

Доказивање узрочне везе представља велики проблем. Како има много различитих фактора (компатибилност хардвера и софтвера, број програма, старост рачунара, обученост корисника), врло је тешко утврдити шта је непосредно узроковало штету. Оштећени најчешће није довољно стручан, а претпостављамо да у Србији нема довољно вештака чија је помоћ неопходна. Инструмент који оштећеном може помоћи је програм за пријављивање грешака „уграђен“ у савремене оперативне системе.<sup>61</sup> Овај програм прати рад осталих апликација, као што „црна кутија“ у авиону прати параметре лета. Уколико нека апликација изазове проблем у раду рачунара, програм за праћење ће забележити о којој апликацији је реч, време „инцидента“ и техничке податке о грешци. Извештај који програм за праћење аутоматски генерише, по одобрењу корисника, шаље се путем интернета на сервер произвођача оперативног система. Такав извештај, под условом да је доступан са сервера (због аутентичности), представља објективни доказ о узрочној вези између одређеног програма и настале штете.

#### г. Висина надокнаде и ослобађање од одговорности

Пре свега, истичемо да корисник нема право на одштету уколико је користио тзв. нелегални софтвер односно ако је користио туђи или лажни регистрациони код, или програм који је „разбијен“.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Види: ЗОО чл. 268, Одговорност због пропуштања обавештења.

<sup>61</sup> Нпр. оперативни системи *MS Windows* од верзије *Xp*, имају уграђен *Windows Error Reporting (WER)*, у преводу: *Windows* пријављивање грешака.

<sup>62</sup> „Разбијање програма“ (енг. *Software cracking*) је модификација програма којом се уклања заштита која спречава неовлашћену употребу програма.

Овај став је у складу са класичним правилом *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

У литератури је заступљено становиште да се у случајевима уговорне одговорности дугује само надокнада предвидљиве штете.<sup>63</sup> Став је заснован на одредби ЗОО која обим надокнаде ограничава на штету коју је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могућу последицу повреде уговора с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.<sup>64</sup> Овакво тумачење ставља оштећеног у рђав положај. Пре свега, штета није последица повреде уговора – произвођач није ни преузео обавезу да софтвер буде без грешке. Поред тога, ако произвођач не зна чиме се корисник бави (најчешће има само основне податке), како се онда може „предвидети“ штета која свакако неће бити иста у случају нпр. једног ђака и једног адвоката.

Док на страни оштећеног постоје бројне препреке, произвођач може да искључи или ограничи своју одговорност на различите начине. Пре свега може да доказује да није крив, односно да се ради о случају.<sup>65</sup> Ако је произвођач у развоју софтвера показао објективно потребну пажњу, односно поступао као добар привредник – онда нема кривице. То ће наравно ценити суд, имајући у виду околности конкретног случаја. Софтвер је компликован систем, а од напретка на овом пољу зависи и прогрес друштва у целини. Неправедно је да тзв. развојни ризик сноси искључиво произвођач ако од тог развоја читава заједница има корист. У литератури је заступљено и супротно становиште да не треба имати обзира према произвођачима због тога што они желећи већи профит штеде на тестирању софтвера и стављају у промет верзије које нису довршене.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> О томе детаљније: Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 342 и 358; Борислав Благојевић, Врлета Круљ, Коментар Закона о облигационим односима, Београд, 1983, стр. 935.

<sup>64</sup> Види: ЗОО чл. 266 ст. 1.

<sup>65</sup> „Случај“ у облигационом праву означава одсуство кривице, Ј. Радишић, оп. цит. стр. 230.

<sup>66</sup> Види: Robert Gehring, *Software Development, Intellectual Property, and IT Security*, The Journal of Information, Law and Technology (JILT), 2003, <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/03-1/gehring.html>

Корисник може и сам да буде крив за штету: уколико није редовно ажурирао програм (енг. *update*), а произвођач је благовремено објавио „закрпу“. „Напредни“ корисници често искључују опцију за аутоматско ажурирање будући да она „успорава“ рачунар.

Произвођач може да снизи износ надокнаде доказујући да је корисникова радња допринела да штета буде већа него што би иначе била (нпр. уколико корисник нема сертификат за коришћење програма, а постојао је начин да се штета умањи или избегне). Кад је немогуће утврдити који део штете потиче од оштећеникове радње, суд ће водити рачуна о околностима случаја.<sup>67</sup> Произвођач може тражити и смањење надокнаде уколико корисник није направио резервну копију података јер у том случају није предузео све разумне мере како би смањио штету.<sup>68</sup> Уосталом, ЕУЛА редовно садржи упозорење кориснику да редовно прави резервне копије.

Уколико је штета настала због тога што је програм „несигуран“, па је непосредни узрок штете *malware*, онда произвођач може истицати да је за штету одговорно треће лице (хакер или творац вируса или тројанца). У том случају суд би требало да прави разлику између оперативних система и апликација. Одговорност произвођача оперативних система је већа, јер се од ових програма очекује да пруже одређен степен сигурности. Апликације немају задатак да „бране“ рачунар од напада. Међутим, ако апликација спада у сигурносни софтвер (анти-вирусни програми, програми за заштиту приватности и сл.) њен произвођач одговоран је исто, а можда и више од произвођача оперативног система. Закон о облигационим односима прописује да лица која су проузроковала штету радећи независно једно од другог солидарно одговарају за штету уколико се њихови удели не могу утврдити.<sup>69</sup>

На износ надокнаде утиче и чињеница да ли се ради о бесплатном или софтверу који се плаћа. Бесплатни софтвер (енг. *freeware*) је све заступљенији, а по квалитету не заостаје за оним чија цена није занемарљива. Имајући у виду раширено схватање да је бесплатни

<sup>67</sup> Види: ЗОО чл. 192, чл. 267.

<sup>68</sup> Види: ЗОО чл. 266 ст. 4.

<sup>69</sup> Види: ЗОО чл. 206 ст. 3.

софтвер често „сигурнији“ и да се ради о бестеретном правном послу, мислимо да надокнаду штете у овим случајевим треба снизити. Нај-после, у грађанским законцима неких земаља постоји правило по коме поклонодавац и давалац ствари на послушту одговарају само за штету узроковану намерно или грубом непажњом.<sup>70</sup>

### Закључак

Развој информационих технологија представља немерљив допринос људској цивилизацији. Управо због тога правници морају више да проучавају новонастале, као и „класичне“ правне односе суштински измењене овим феноменом.<sup>71</sup>

У случају штете проузроковане рачунарским програмима отварају се бројна питања услед специфичности оштећеног добра и чињенице да се рачунари разликују од осталих производа. Одговори на ове дилеме пре свега зависе од тога да ли је узрок нежељени програм (нпр. вирус) или софтвер инсталиран од самог корисника. Штета се јавља у различитим облицима, али се увек ради о посредној, рефлексној штети. Најчешће је то губитак података, али може доћи и до оштећења рачунарских компонената па и повреде неимовинских добара корисника.

Ако је узрок губитка пропуст или грешка у „жељеном“ програму, оштећени се налази у незавидном положају из више разлога. Произвођачи програма теже да, просечном кориснику неразумљивим клаузулама уговора о лиценцирању, максимално искључе или ограниче своју одговорност користећи незнање и неинформисаност, али и свој монополски положај. *Pretium affectionis* изгубљених података се не узима у обзир, а будући да се ради о уговорној одговорности износ надокнаде ограничен је на „предвидљиву“ штету. На одговорност утиче и чињеница о каквом програму се ради (нпр. да ли је бесплатан или да се ради о софтверу „отвореног кода“) као и да ли је штету проузроковао

---

<sup>70</sup> Ј. Радишић, оп. цит. стр. 278.

<sup>71</sup> Види нпр. Ненад Тешић, *Има ли својине у виртуелном свету – о природи субјективних права на електронским добрима*. Правни живот, бр. 11/2008, стр. 187-215.

оперативни систем или нека апликација. Доказивање узрочне везе такође је скопчано са тешкоћама које се употребом савремених технолошких решења ипак могу савладати.

Идеја да реформом потрошачког права Европске уније корисници програма буду заштићени као и остали потрошачи је пропала, па је индустрија софтвера, иако врло профитабилна (а можда и баш из тог разлога), остала заштићена. Иронија је да су на овом пољу српско и право ЕУ на истом нивоу: анахроном и неприхватљивом.

Сличан повлашћени положај уживала је ауто-индустрија која је првих 60 година свог постојања успешно избегавала одговорност за штету проузроковану аутомобилима који нису били безбедни. Временом, прописи су ипак промењени у корист возача, не због конкуренције већ услед развоја свести јавног мњења. Из истог разлога не сме се пристати на штету изазвану несигурним или дефектним софтвером као да је то нешто природно и неминовно. Технички мале, али суштински значајне промене позитивних норми могу обезбедити једнакост и правичност у случајевима штете проузроковане рачунарским програмима. Док на њих чекамо, остаје нам да редовно правимо резервне копије.



**Mihajlo Cvetković, LL.B.**  
Junior Teaching Associate  
Faculty of Law, University of Niš

## **LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY COMPUTER SOFTWARE**

### **Summary**

*Software is not just the main component of personal computers. On the contrary, there is not a single modern electric appliance which is not programmed nowadays. Software controls almost all aspects of every day life. It controls the car steering system, enables communication through mobile telephone networks, controls medical equipment, enables money transfer from one bank account to another, etc. However, software may have a few skeletons in its closet. Software bugs, intentional or accidental programmers' mistakes, may cause serious damage. Who is to be held liable in such cases? What legal remedies are to be applied? How shall the damage or loss be compensated? Are the positive legal solutions adequate in such cases?*

*In this paper, the author will try to answer these questions by analysing the national legislation on this matter. Considering that there is frequently an international element involved in these cases (due to the extensive use of the Internet), the author has examined relevant EU directives and other sources on consumer protection, liability for defective products, unfair contract terms, distance contracting, etc. In addition, the author has also considered the issues pertaining to the current EU reform in this field.*

**Key words:** *damage, software, program, computer, consumers, reform of Consumer law, Obligation Relations Act, EULA, liability, compensation*



**ТРГОВИНСКО ПРАВО И ИНТЕГРАЦИЈЕ  
У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ**



*Др Мирко Васиљевић, редовни професор и  
декан Правног факултета Универзитета у Београду*

*In varietate concordia!  
(Уједињени у разликама – мото ЕУ)*

## **ПОСЛОВНО ПРАВО СРБИЈЕ И ЕВРОПСКА УНИЈА\***

### **Апстракт:**

У овом чланку аутор разматра бројна питања везана за право Србије, посебно пословно право, у контексту закључења Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП) Србије са ЕУ. На првом месту аутор се бави питањем правне природе овог акта, при чему констатује да је његова терминологија у доброј мери правно нејасна и ван контекста општих правних института, посебно института «уговора». Посебно се поставља питање зашто се није прихватио овај класични институт права у самом називу овог акта, а не правно контроверзни институт «споразума», који отвара бројне правне дилеме, посебно са становишта могућности изједначења по свим правним дејствима са институтом «уговора». Правне неизвесности посебно могу да настану и имајући у виду чињеницу да овај акт користи у свом називу и друга два термина, који или нису правни («стабилизација» је економски термин) или ако су правни или им је намена да буду правни («придруживање») немају јасну правну интерпретацију и могу, посебно у заједници са правним монструмом «споразум» да изазову правну несигурност са становишта утврђених узајамних права и обавеза потписника, посебно једног потписника (Србија) који након периода «стабилизације» треба да се «придружи» другом потписнику (ЕУ).

Осим питања правне природе ССП, аутор разматра и следећа питања: правни поредак Европске уније (систем расподеле стварне надлежности, наднационална примена права), историјат релевант-

не српске мисли у вези идеје Србије у Европској унији, области права као предмет хармонизације, пословно право као првенствени предмет хармонизације (посебно компанијско и берзанско право као предмет хармонизације), трговинска политика ЕУ (зона слободне трговине, трговинске баријере), акциони план хармонизације, процес стварања комунитарног права и усклађивања (хармонизација) домаћег права, правни транспланти, промена карактера права и судска пракса као извор континенталног права и одговорност државе за примену комунитарног права. На крају, аутор даје више отворених питања на која правна теорија дугује одговоре у процесу развоја како права ЕУ тако и националних права.

**Кључне речи:**

Споразум о стабилизацији и придруживању, усклађивање (хармонизација) права, пословно право, компанијско право, берзанско право, право ЕУ, правни транспланти, судска пракса као извор права, правни поредак ЕУ.

\* *Нешто проширена верзија овог чланка објављена је у часопису: Право и привреда, 1-4/09, стр. 11-46.*

## 1. Правни поредак Европске уније

Како је Европска унија настала првенствено из економских потреба, то су и расправе о њеном правнополитичком карактеру (федерација или конфедерација) мање-више изостале, а посебно је актуелизовано питање о карактеру њеног правног поретка. Већина теоретичара је мишљења да Унија није међународна организација, већ наднационална (супранационална) организација, чије чланице део свог суверенитета са националног преносе на наднационални ниво. И Суд правде Европске уније окарактерисао је њен правни поредак као “посебан правни поредак интегрисан у правни систем држава чланица.”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Цитирано према: Б. Ракић, *Хармонизација југословенског права са правом Европске уније*, Београд, 1997, стр. 82-92. О овом види више код: Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 1996, стр. 32-36.

У поређењу са националним правним системима правни систем Европске уније не представља заокружен (кохерентан) правни систем, будући да не постоје кодификовани закони-законици по појединим правним областима и поред чињенице да обухвата преко 2.000 разних прописа и преко 4.000 одлука Суда правде и Првостепеног суда.<sup>2</sup> Најбројнији прописи Уније су у области компанијског права и берзанског права, будући да су циљеви оснивања ове асоцијације првенствено економски (како се са остваривањем ових циљева Унија већ заокружује, то све више долазе до изражаја и њени политички циљеви који се имплементирају кроз одговарајуће правно-политичке акте).<sup>3</sup> И поред бројно-

<sup>2</sup> Види: *Leading Cases on the Law of the European Communities*, Edited by: Empel, Volker, Winter, Kluwer, 1994.

<sup>3</sup> "Продубљење и проширење" су представљали два аспекта еволуције Уније која траје већ више деценија: Јединствени европски акт (1986), Уговор о оснивању Европске уније из Мастрихта (1992), Уговор из Амстердама (1997) и Уговор из Нице (2001) представљају етапе овог институционалног развоја. Истовремено, дошло је и до *четири таласа проширења ЕУ* на: Шпанију и Португалију (1985), Аустрију, Шведску и Финску (1995), Малту, Кипар, Пољску, Чешку, Мађарску, Словачку, Словенију, Летонију, Литванију и Естонију (2004), као и на Румунију и Бугарску (2007). Данас Европска унија има 27 чланица, уместо првобитних шест. То је, међутим, отворило и питање дубље институционалне трансформације Уније, којом би се у форми "Уговора о уставу" на одређени начин заокружио и консолидовао (правно и политички) овај дводеценијски период. Нацртом "Уговора о уставу за Европу", потписаном 29.10.2004. године, било је предвиђено да целокупна институционална и правна структура Уније постане транспарентнија и једноставнија, односно да се консолидују све сукцесивне измене Уније, утврђене ранијим амандманима/уговорима и начелима из праксе Европског суда правде. Сложена подела из Мастрихта "на три стуба сарадње" би нестала, увеле би се функције председника Европског савета и министра спољних послова ЕУ, садашња "Повеља о људским правима" би постала део Устава, називи правних аката би били промењени ("европски закон" уместо "директива" и сл), била би наведена јасна подела надлежности између ЕУ и њених држава чланица (искључиве и подељене надлежности), систем одлучивања у Савету ЕУ, као и састав Комисије ЕУ, би били измењени (нова пондерација гласова међу државама чланицама) и друго. Уговор о уставу за Европу на крају је одбачен на општим референдумима у Француској и Холандији у току 2005. године. Један од основних аргумената критике "Устава", био је базиран на нетранспарентности и елитистичком, недемократском карактеру целокупног развоја Уније. Други аргумент критике је био заснован на сувише "либералном" карактеру Уније окренутој глобализацији, чиме нису у довољној мери узете у обзир "социјалне тековине" и друге специфичности државна чланица Уније. Грађани ЕУ су посебно преокупирани економским заостајањем Уније у свету, незапослено-

шћу, као и великим приливом имиграције, што се, несвесно и неоправдано, преноси и на терен политике проширења ЕУ. Изгледа да овим пројектом није нађен одговор на питање "шта је то ЕУ" у новим, измењеним околностима.

Након више од једногодишње "паузе за размишљање", поново је отворена политичка и стручна дебата о томе "како и шта даље". Као што је познато, неопходна је једногласност, тј ратификација од стране свих држава чланица, пре него што правне реформе ЕУ ступе на снагу. Након избора Н. Саркозија за председника Француске, олакшана је даља дебата о реформи ЕУ, првенствено зато што је Саркози одбацио могућност поновног референдума у Француској. Након "историјског договора" на самиту ЕУ у Берлину (Берлинска декларација, 2007. година), отворен је пут за закључење "Уговора о реформи ЕУ" као замене за неуспели нацрт Уговора о Уставу Уније (неуспели повратак федерализму – *пут од федерализма до функционализма*). У односу на неуспели "Уговор о Уставу" (УоУ), Лисабонски Уговор о реформи ЕУ (ЛУ) задржао је највећи део суштинских решења, која је предвиђао претходни предлог уговора. Највећа разлика лежи у самој форми и симболичним аспектима уговора. Док је УоУ садржао реч "устав", која је свим његовим противницима и борцима за очување националног суверенитета представљала "црвену мараму" ЛУ нигде не користи овај термин. Лисабонски уговор се у ствари састоји од два уговора - од Уговора о ЕУ (који представља амандмане на досадашњи Уговор о ЕУ) и од Уговора о функционисању ЕУ. Осим правно-формалног начина којим су измењени досадашњи уговори и напуштан термин "устав", ЛУ одступа од УоУ и у неким другим симболичним питањима: тако се не помињу застава и химна Уније, одустало се од назива (али не и садржаја функције) "министар спољних послова" ЕУ, одустало се од измене назива обавезујућих правних аката ЕУ (нпр. досадашње "директиве" су требале да добију назив "европски закони") и слично. Међутим, иако је, ЛУ напустио неке од предлога из УоУ, већина суштинских измена организације и начина функционисање Уније које је био предвидео УоУ задржани су и у амандманима које је предвидео Лисабонски уговор. Ово се, у првом реду односи на следеће измене:

а) укида се концепт "три стуба сарадње", као и назив "Европска заједница," а Европска унија експлицитно постаје правни субјект у међународноправном смислу;

б) реформише се начин одлучивања у Савету ЕУ у питањима у којима се одлучује квалификованом већином ("двострука већина" земаља и броја становника - систем почиње да важи 2014-2017. године);

в) проширује се број питања у којима се може гласати у Савету ЕУ (40 нових случајева) и даље се јача улога Европског парламента у законодавном процесу (обухватиће све законодавне области);

г) одређена улога у процесу одлучивања у ЕУ (субсидијарност) је предвиђена и за националне парламенте (могућност блокирања одлуке у неким случајевима);

д) предвиђа се могућност напуштања ЕУ за неку земљу, а услови за чланство у ЕУ се нешто прецизирани;

ђ) уводи се функција "председника Европског савета";

е) долази до одређене измене "спољне политике и заједничке безбедности" и уводи се нова функција "високог представника" који ће истовремено бити и председник



сти прописа Уније у области компанијског и берзанског права, који се у државама чланицама углавном примењују кроз имплементацију у националне законе, и у овим областима постоје бројни национални прописи, било стога што је то домен надлежности држава чланица, било стога што у тим областима још нису донети одговарајући прописи Уније, као стварно надлежне.

Правни поредак Европске уније интегрисан је у правне системе држава чланица по два основа. Први, кроз специфичан систем расподеле надлежности између Уније и држава чланица. Други, кроз наднационалну примену права Уније у државама чланицама.

---

Европске комисије задужен за области спољноекономске сарадње и председавајући Савета министара општих послова и спољних односа;

ж) развија се додатно концепт "заједничке политике безбедности и одбране", који укључује и компоненту војног савеза;

з) смањује се улога државе - ротирајућег председавајућег у Савету ЕУ (што делимично преузимају председник Европског савета и високи представник);

и) ојачава се сарадња у области унутрашњих, правосудних и кривичноправних питања;

ј) реформише се тзв. механизам "асиметричне ојачане сарадње" (могућност реализације политика у појединим областима између мањег броја чланица ЕУ).

Уколико наведени предлози које садржи ЛУ буду и усвојени након процеса ратификације у свих 27 земаља, може се очекивати да ЕУ постане процедурално и суштински још ефикаснија организација. Ово ће несумњиво отворити врата и за брже проширење Уније на Западни Балкан. У току 2008. године, током процеса ратификације ЛУ појавила се нова препрека. Наиме, на референдуму организованом у Ирској (једином референдуму који је организован у некој чланици ЕУ поводом ратификације ЛУ) становништво је знатном већином одбацило Уговор. Ово је изазвало нови застој у процесу институционалне реформе Уније. Без обзира на начин на који буде решено питање дефинитивне ратификације ЛУ, нови неуспех референдума у једној од држава чланица Уније у првом реду указује на озбиљне проблеме у функционисању. Проблеми интерних реформи су отворили и питање спремности и способности ЕУ да се даље шири на земље Западног Балкана и Турску у наредној деценији. Међутим, без обзира на наведене тешкоће, може се ипак очекивати да ће се процес проширења ЕУ наставити, под условом да у међувремено дође до очекиване ратификације Лисабонског уговора. Детаљније: Р. Вукадиновић, «Старо вино у мешине нове – Устав Европе и Лисабонски уговор», у: *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе* (приредио: С. Бејатовић), Књига III, Крагујевац, 2008, стр. 279-292.

### 1.1. Систем расподеле стварне надлежности

Основни принципи расподеле стварне надлежности између Уније и држава чланица су принцип супсидијарности и принцип претпоставке надлежности држава чланица. *Принцип супсидијарности* значи примарност надлежности држава чланица и секундарност надлежности Уније - виши нивои су "супсидијарни" или помоћни нижим нивоима (идеја афирмације националних регулатива које су ближе грађанима). *Принцип претпоставке надлежности држава чланица* значи да је у њиховој надлежности не само оно што је изричито прописано конститутивним актом Уније, већ и све друге надлежности које нису додељене Унији путем оригинерних аката.<sup>4</sup> Ипак, и тамо где се ради о надлежностима резервисаним за државе чланице (*тзв. задржане надлежности* - без обзира да ли су задржане експлицитно или по претпоставци надлежности), судска пракса Суда правде дозвољава интервенције Уније у ове области, уколико је то неопходно да се спречи да различита пракса држава чланица у тим областима угрози остваривање циљева Уније, с тим да ова интервенција може ићи само до тог обима који обезбеђује остварење тих циљева (принцип веће погодности права Уније за остваривање циљева Уније и принцип недовољности националног права). Најзад, постоје и *тзв. конкурентне надлежности* Уније и држава чланица у неким областима које иначе спадају у искључиву надлежност Уније, али Унија из разних разлога није одређено време преузела вршење тих надлежности. Државе чланице при вршењу ових надлежности нису потпуно слободне, већ су везане општим принципима права Уније и обавезом да сарађују са Унијом. Када Унија преузме у потпуности вршење надлежности које су биле конкурентне гаси се надлежност држава чланица, с тим да ако оне ипак доносе у тим областима нека своја правила онда она не смеју бити супротна праву Уније, а ако је то случај, онда у складу са принципом примата права Уније у односу на национално право у тим областима, та национална правила остају без дејства.

---

<sup>4</sup> Вукадиновић, *нав. дело у фусноти 1*, стр. 46-47; Ракић, *нав. дело*, стр. 84.

## 1.2. Наднационална примена права

Наднационални (супранационални) карактер примене права Уније<sup>5</sup> испољава се у неколико праваца. Први, директна примена. Други, директно дејство.<sup>6</sup>

Под директном применом подразумева се подобност правних норми Уније да буду директно примењиване од стране националних судова и посредно и Суда правде (европског), без доношења накнадних легислативних или управних аката. Оснивачким актом Уније, међутим, није директно одређено који њени акти имају директну примену. Оснивачким актом је без сумње једино *тзв. правилима* Уније призната директна примена у државама чланицама, што није случај са осталим секундарним изворима права Уније. Ипак, Суд правде (европски) је

---

<sup>5</sup> У водећем случају (Случај 6/64, ECR, 585) *Costa v. ENEL* (италијанска државна управа за електричну енергију) Суд правде је пресудио: «Створивши Заједницу неограниченог трајања која има сопствене институције, сопствено правно лице, своју правну способност и способност наступања на међународном плану, те посебно, стварна овлашћења која извиру из ограничења суверености или трансфера ограничења са држава на Заједницу, државе чланице су ограничиле своја суверена права, те су створиле *corpus iuris* који обавезује како њихове држављане тако и њих саме. Уношење одредби комунитарног права у законодавство сваке државе чланице и, уопштеније, услова и духа Уговора, било би немогуће ако би се то чинило једностраним каснијим мерама држава чланица на бази реципроцитета. Такве мере не могу бити у супротности с комунитарним правним системом. Спровођење комунитарног права не може бити различито од државе до државе зависно од домаћег права, а да се тиме не доведе у питање остварење циљева Уговора постављених у чл. 5(2), и не створе разлике које су забрањене чл. 7.» Овај случај је покренут на основу захтева миланског суда најниже инстанце за прелиминарним одлучивањем Суда правде (чл. 177.). Тужилац *Costa* је оспоравајући рачун за електричну енергију довео у питање усклађеност одредаба италијанског права са одредбама Римског уговора. Суд је, међутим, пресудио у корист приоритета комунитарног права над одредбама националних правних система држава чланица. Види: Г. Илић-Гасми, *Право и институције Европске уније*, Београд, 2008, стр. 158-159.

<sup>6</sup> Више: S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 216-270. Разграничење института директне примене и директног дејства комунитарног права није на јединствен начин прихваћено у правној теорији, с обзиром на то да има аутора који сматрају да истоветност функције оба института води њиховом поистовећивању (да створе утужива права појединцима на основу комунитарних прописа), те се закључује да «није теоријски оправдано правити суштинску дистинкцију ова два појма». Види: Г. Илић-Гасми, *нав. дело*, стр. 157.

преко појма тзв. директног дејства практично проширио директну примену права Уније у државама чланицама и на одређене одредбе Уговора о оснивању, директиве и одлуке, односно друге секундарне изворе права Уније.

Под директним дејством подразумева се подобност права Уније да непосредно креира права и обавезе на које се могу позивати појединци без интервенције управних или судских органа. Одредбама права Уније са таквим дејством национални судови, а у поступку одлучивања о претходним питањима и Суд правде (европски), су дужни да пруже потребну заштиту. Које одредбе права Уније су способне за директно дејство као потпуне норме без додатних аката држава чланица ствар је тумачења. Ипак, Суд правде (европски) је константно проширивао домен одредби права Уније са директним дејством из правнополитичке потребе да прошири заштиту права појединаца давањем индиректног права да пред националним судовима покрену поступак против држава које не поштују право Уније, без чега би се они морали прво обратити Комисији да у претходном поступку у сложеној и дуготрајној процедури евентуално приморају државу која не поштује такво право Уније да одустане од таквог понашања. Током времена Суд правде (европски) је изградио критеријуме за подобност норми Уније за директно дејство: одредба мора бити јасна и прецизна за судску применљивост; одредба мора утврђивати неусловљену обавезу и обавеза мора бити потпуна и правно перфектна, а њено испуњење не сме зависити од казнијих мера Уније или држава чланица.<sup>7</sup>

## 2. Историјат идеје Србије у ЕУ у релевантној српској мисли

Идеја Србије у ЕУ зачета је још код Вука Караџића, који је дуго времена провео у Бечу, а за кога сваки иоле просечно образован припадник српског народа зна да је, између осталог, реформатор српског језика, творац нашег фонетског правописа по којем «треба писати као

---

<sup>7</sup> Више: Вукадиновић, *нав. дело у фусноти 1*, стр. 58-67; Г. Илић-Гасми, *нав. дело*, стр. 151-168.

што се говори и читати као што је написано». Управо Вуков политички идеал била је «Србија као европска држава, Србија саображена основним политичким вредностима и установама европског типа».<sup>8</sup> Своју европску орјентацију Вук Караџић је посебно изразио у писмима (1822, 1832. година) деспотском владару Милошу Обреновићу, чија се аутократска владавина повремено претварала у самовољу и тиранију ничим ограничenu. У овим писмима Вук на више места употребљава придев «европејски» (пишући га великим словом) или «ко што се и по свој Европи чини», «послати у Европу», «или макар где у Европи», «по Европејском начину», «по најбољему Европејском начину», «сваки данашњи Европејски владалац», «Србија... налик на Европејску државицу свога реда».<sup>9</sup> У основи може се слободно рећи де је Вук залажући се да се у Србији успостави «правица» и «конституција» практично поступао «као политичар европске орјентације... који је имао на уму ни мање ни више него европеизацију Србије», с тим што «његово политичко европејство није у нескладу с његовим језичким и књижевним народњаштвом».<sup>10</sup>

У овом контексту важно је посебно истаћи и професора Правног факултета Универзитета у Београду Живојина Перића, дојена српске цивилистике, знаменитог професора приватног права, упоредног права, филозофије и социологије права, као и политичке теорије, пореклом из села Стублина код Обреновца, доктора права из Женева, који је био искрен и дубок пацифиста, чврстог републиканског става и који се снажно залагао за «Уједињене државе Европе», при том, «исповедајући хришћанску љубав међу људима и народима».<sup>11</sup>

Коначно, нека овде буду поменуте и речи академика Михаила Ђурића (професора Правног факултета у Београду, страдалника деликта мишљења седамдесетих година прошлог века у поводу научне рас-

<sup>8</sup> Д. Баста, *Самопоштовање и пузавост – текстови с поводом* (2002–2007), Београд, 2007, стр. 40.

<sup>9</sup> Види: *Сабрана дела Вука Караџића*, Преписка II 1822-1825, Просвета, Београд, 1988, стр. 87.

<sup>10</sup> Д. Баста, нав. дело, стр. 56-58.

<sup>11</sup> Види: Д. Баста, нав. дело, стр. 117.

праве о уставним амандманима који су претходили Уставу 1974. године, који је практично водио разарању државе Југославије након петнаестак година у познатој ратној драми) изговорене у књизи «О потреби филозофије данас»: «Морамо остати Европљани – наравно, не у приземном дневнополитичком смислу, јер је данашња американизована Европа оличење духа бесловесности и бестидности, већ у смислу велике европске филозофске идеје о ослобођењу човека као човека».<sup>12</sup>

Конечно, правовремено заснивање Правног студија одмах након стварања модерне Србије (1808, Доситејева Велика школа), што је и година баштињења традиције Правног факултета Универзитета у Београду, омогућило је Србији да буде **четврта европска земља** која је не тако дуго после Француске (1804, Code civile) и Аустрије (1811, Грађански законик) и Холандије (1838.) донела свој Грађански законик (1844.), чиме се легитимисала и као земља са традицијом правне културе, што је за чланство у европској породици права свакако значајно.

### 3. Правна природа Споразума о стабилизацији и придруживању

У дугом процесу приступања ЕУ (чланство) закључење Споразума о стабилизацији и придруживању представља практично претпоследњу фазу (до закључења и ступања на снагу Уговора о приступању) која значи неку врсту «придруженог чланства у ЕУ».<sup>13</sup> Србија је управо минуле године такав Споразум са ЕУ потписала и «потврдила» законом, с тим што је ЕУ одложила његово ступање на снагу до испуњења одређених претпоставки (углавном политичке природе).<sup>14</sup> Овај Споразум садржи на одређени начин гаранцију за стицање статуса пуноправног чланства у ЕУ,<sup>15</sup> по испуњењу свих уговорених претпоставки и

<sup>12</sup> Наведено према: Д. Баста, нав. дело, стр. 247.

<sup>13</sup> П. Вехар, «Правна природа Споразума о стабилизацији и придруживању и улога заједничких ССП тела», *Изазови европских интеграција*, 1/08, стр. 7.

<sup>14</sup> Закон о потврђивању ССП од стране Народне скупштине Србије објављен је у: Службени гласник РС, бр. 83/08.

<sup>15</sup> Ипак, постоје три врсте ових Споразума: а) они који су усмерени на чланство у ЕУ (Грчка, Турска, Малта, Кипар, средња и источна Европа, западни Балкан), б) они

услова (критеријума), укључујући и хармонизацију прописа.<sup>16</sup> Овим споразумима посебно је предвиђено и *усклађивање економског законодавства са законодавством ЕУ*, као и финансијска и техничка помоћ и потенцијално стварање зона слободне трговине. У овим споразумима ЕУ је прихватила *тзв. асиметрични реципроцитет* у неким областима билатералних односа - брже отварање свог тржишта него обрнуто.<sup>17</sup>

Споразуми о стабилизацији и придруживању (Stabilization and Association Agreements – SAA) у историјском смислу представљају «најмлађе» правне акте које ЕУ склапа у циљу укључивања у ЕУ, који се само у неким детаљима разликују од одговарајућих аката ЕУ са земљама средње и источне Европе потписаним деведесетих година прошлог века, тако да се у обе врсте срећу иста поглавља («Политички дијалог», «Сарадња на већем броју политика и подручја», «Постепено оснивање подручја слободне трговине са ЕУ», «Финансијска помоћ ЕУ», «Хармонизација законодавства», «Заједничке институције» итд.).

За правну теорију, што свакако има одговарајуће практичне импликације важно је питање правне природе «Споразума о стабилизацији и придруживању» (ССП). На првом месту треба приметити да је реч о правном акту који не користи термин «уговор» већ «споразум»,<sup>18</sup>

---

који су по намени облик развојне помоћи (Африка, Кариби, Пацифик), в) они који су основ за слободну трговину и јачање политичке сарадње са земљама близу граница ЕУ (Мароко, Алжир, Египат, Израел, Украјина, Молдавија, Грузија).

<sup>16</sup> Дефинисани су на самиту ЕУ у Копенхагену 1993. године, а поред географских (европске државе), чине их: а) демократски политички систем, б) ефикасна тржишна привреда, в) преузето и примењено законодавство.

<sup>17</sup> Више: Б. Бабић, «Институционални проблеми у економској сарадњи СРЈ и ЕУ», у: *Југославија и Европска унија*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1996, стр. 11-23; Драговић, «Искуства земаља Средње и Источне Европе са уговорима о придруживању са Европском унијом и могуће поуке за СР Југославију», у: *исто*, стр. 61-75.

<sup>18</sup> Неки аутори између тога стављају знак једнакости: «Већ само име ССП, ако гледамо пуни наслов тог међународног уговора, каже да је реч о уговору који Србија склапа са две Европске заједнице и 27 земаља чланица, што укупно значи 30 уговорних партнера. Разлог за толике уговорне partnere на страни ЕУ лежи у чињеници да је реч о тзв. мешовитом уговору, где суштина уговора прелази искључиве надлежности Заједнице, јер се ССП бави и областима у надлежности земаља чланица». Тако: П. Вехар, *нав. рад*, стр. 13. Чини се да је то и став проф. Р. Вукадиновића (*нав. дело у фунсности 1*, стр. 40): «...»споразуми (конвенције или уговори) које је Заједница, на основу

што већ отвара дилему стварне искрености намера правног обвезивања страна учесница. Уговор као правни акт је цивилизацијски универзални правни институт чија правна природа ни просечно образованом правнику није спорна («што свако једнако разумије томе тумача не треба»).<sup>19</sup> За разлику од уговора, институт «споразума» у најмању руку је у зони правне тмине, као што је то био и његов «сијамски близанац» «самоуправни споразум» из наше самоуправне ере. Одређивање правне природе споразума може се кретати од уговора као појединачног акта (уговорна природа), преко општег акта (нормативна природа), до мешовитог концепта (уговорно-нормативни концепт). Таква лутања у одређењу правне природе неког правног акта обично се завршавају исходом његовог одређења као акта особене правне природе (*sui generis* акт), што је за правну теорију увек спасоносна лука у недостатку креативности. Зашто се овим поводом није ишло јасним правним стазама, већ је уместо тог пута изабран «пут којим се ређе иде» остаје нејасно, али критичком правном мислиоцу у сваком случају оставља снажан повод за озбиљну сумњу око «скривених намера» у зони одступнице. Исти је случај и са другим делом ове чудне синтагме «придруживање» (енг. *Association*). Превођење овог енглеског израза са термином «придруживање» у основи је намерно нетачно, да би се створио утисак да се овим актом ствара неки аспект статусног својства у ЕУ – «придружени члан» (како би се изазвале асоцијације о постојању «оних који су унутра» и представљају «праве» чланове и оних који су «споља» и као такви представљају «придружене чланове»). «*Association*», пак, не значи никакво «придруживање» у смислу «придружени члан», већ само «повезивање» («повезивати се»). Тако у стварности уместо опсене да се «придруживањем» стиче неко својство «придруженог члана» у стварности долази до позиције «повезивања» нечлана са ЕУ и њеним чланицама и то не уговором (не случајно) већ «споразумом» (који зависно од околности може лако ући у зону «неспоразума» и необавезности). И,

---

одредби чланова 228. и 238. Уговора о оснивању, овлашћена да закључује са трећим државама и међународним организацијама.»

<sup>19</sup> В. Богишић, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Цетиње, 1988, чл. 994.



коначно, последњи део ове «непринципијелне коалиције» је израз «стабилизација», који у сваком случају може бити и економски и политички (што је свакако важно али за један акт који претендује да буде правни није најважније), али никако правни (а управо је само то по одређењу морао бити). Тако испада да се Србија, као једна страна, «придружује» ЕУ повезивањем путем «споразума» кад се «стабилизује» (политички, економски, правно), што је у домену мање-више арбитрерне процене друге стране «споразума» (тако је остављен и правни простор да крај баладе буде и у стилу «извините био је неспоразум»!).

Правни основ за склапање «уговора о повезивању» за ЕУ садржан је у Уговору о оснивању Европске Уније (УЕУ),<sup>20</sup> који садржи три битна елемента: 1) узајамна права и обавезе, 2) заједничко деловање и 3) заједничке поступке. Правна природа ових «уговора о повезивању» није до краја дефинисана, те се Суд ЕУ још 1987. године (Луксембург) осетио позваним да у случају Demirel<sup>21</sup> јасније дефинише овај члан уговора и да заузме став да уговори о придруживању «успостављају посебне привилеговане односе са земљама нечланицама које морају, бар до неке мере, сарађивати у систему заједнице». Како «споразум» није исто што и «уговор», иако бисмо били срећни да, бар у конкретном случају, то јесте, какве тек правне перипетије могу да настану у потенцијалним споровима поводом примене овог акта, ако је то већ делом био повод за реакцију Европског суда!? У сваком случају, како «Споразум о стабилизацији и придруживању» уређује и питања из надлежности ЕУ и држава чланица, то ће за његово ступање на снагу бити потребна ратификација не само од стране европских заједница (ЕУ и Европске заједнице за атомску енергију) већ и свих држава чланица, што по правилу траје прилично дуго. Како би се омогућило његово делимично правно дејство, посебно са становишта међусобних трговинских односа, што

---

<sup>20</sup> УЕУ (чл. 310): «Заједница може са једном или више земаља или међународним организацијама склапати уговоре, који успостављају статус повезивања, који садрже узајамна права и обавезе, заједничко деловање и посебне поступке».

<sup>21</sup> Спор се односио на слободу кретања радника и чланова њихових породица из придружених држава у чланице ЕУ. Детаљније: Одлука 12/86 Demirel v. Stadt Schwabisch Gmund (1987), ECR 3179.

није надлежност држава чланица ЕУ (те није ни нужна у том делу њихова ратификација) већ искључиво ЕУ, то је и у случају Србије омогућено одвојено потписивање и ступање на снагу Привременог трговинског споразума (који Србија једнострано већ примењује!). Након ратификације свих страна учесница и ступања на снагу, ССП треба да замени Привремени трговински споразум јер садржи све његове одредбе.

С обзиром на мешовиту природу уговора о повезивању, односно вероватно сходно и ССП-а (надлежност и ЕУ и држава чланица), поставило се питање његовог тумачења, јер су неке земље чланице сматрале да за део њихове надлежности треба да буду надлежни њихови судови. Ипак, Суд ЕУ у Луксембургу није делио то мишљење и пресудио је да су такви акти део правног поретка ЕУ, јер су земље чланице на то пристале потписивањем уговора о приступању, а уз то, став је да више земаља чланица ЕУ не може различито тумачити исти уговор («споразум»<sup>22</sup>). С друге стране, коначно, ССП установљава и одређена заједничка тела састављена на паритетној основи од представника Владе Србије и представника Савета ЕУ и Комисије ЕУ: Савет за стабилизацију и придруживање, Одбор за стабилизацију и придруживање (са управо оваквом хијерархиом њиховог односа) и Парламентарни одбор за стабилизацију и придруживање (форум за размену ставова посланика Народне скупштине Републике Србије и посланика Европског парламента, а може давати и препоруке Савету за стабилизацију и придруживање).

Поставља се питање, са становишта унутрашњег правног поретка, каква је правна природа аката ових заједничких тела, посебно прва два. Како Србија није чланица ЕУ и није преузела обавезе из оснивачких аката ЕУ, то се на правне акте ових тела не могу примењивати правила о супрематiji комунитарног права над националним правима држава чланица, као и правила о аутономности тог права, те о директној примени (или директном дејству) у држави чланици (без укључивања у уставе или законодавство држава чланица),<sup>23</sup> већ правила унутра-

<sup>22</sup> Одлука 181/73 R & Haegeman v. Belgian State (1974), ECR 449.

<sup>23</sup> Суд правде је у бројним својим пресудама заузео јасан став да се нормама комунитарног права мора дати приоритет над националним правима држава чланица,

шњег правног поретка Србије. Како је пак реч о актима органа који деривирају из једног правног акта (ССП) који има делом и међународно-правне аспекте, то се на позицију аката ових заједничких органа мора гледати и са становишта општих правила међународног права и правила у вези укључивања међународних обавеза у унутрашњи правни поредак.<sup>24</sup> Дакле, за нормативну хијерархију аката ових заједничких тела и органа, за ступање на снагу (објављивање или не у службеном гласилу) и слично, треба укључити правила уставног гледања на положај међународних извора у правном поретку Србије.<sup>25</sup>

#### 4. Области права као предмет хармонизације

##### 4.1. Пословно право првенствени предмет хармонизације – Бела књига

Регулатива ЕУ све до Уговора из Маастрихта<sup>26</sup> простирала се практично само на област привреде, те је стога јасно да процес хармонизације права земаља чланица са правом ове асоцијације треба првенствено да обухвати област привредног законодавства (пословно

---

што су и национални судови држава чланица, након извесних недоумица, прихватили. Види: Р. Вукадиновић, «Карактеристике остваривања комунитарног права», у: *Право Европске Уније, Зборник радова* – редактор Д. Митровић, Београд, 1998, стр. 173-174.

<sup>24</sup> Недвосмисленост става Међународног Суда правде о примату међународног права над националним, што и није баш јединствено прихваћено од стране појединих држава, у случају права ЕУ посебно се чини контроверзним, с обзиром на то да је право ЕУ *sui generis* систем, који строго правно посматрано у традиционалном смислу речи не представља међународно право. Ипак, супрематија права ЕУ над националним правима држава чланица све се мање доводи у питање. Види: Lasok & Bridge, *Law & Institutions of The European Union*, Butterworths, 1994, pp. 325-348.

<sup>25</sup> Устав Србије (Службени гласник РС, бр. 98/06): «Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом. Закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права» (чл. 194. ст. 4. и 5.).

<sup>26</sup> Више: *Уговор о Европској унији – од Рима до Маастрихта*, приредио: Д. Лопандић, М. Јањевић, Београд, 1995.

право). Ради се дакле о потреби да законодавство служи потребама практичног остваривања четири “велике слободе” на којима почива економско устројство ЕУ: слобода кретања капитала, слобода кретања робе, слобода кретања људи и настањивања и слобода вршења услуга. За процес хармонизације и привредног законодавства трећих земаља са правом ЕУ важно је знати да се одређени део регулативе ове асоцијације примењује искључиво на њене чланице, што не обавезује треће земље док не постану чланице (такав је случај са уклањањем царина и квантитативних ограничења у спољнотрговинској размени). Отуда и земље које су пред вратима ЕУ у доношењу нових привредних прописа имају метод двојне регулативе (одредбе које се примењују по ступању датог прописа на снагу и одредбе које се примењују кад та земља постане чланица Уније).

Одређивање области које требају да буду предмет хармонизације нашег права са правом ЕУ у суштини је извршено у *тзв. Белој књизи број 2*. о припремању придружених земаља централне и источне Европе за улазак у Европску унију, из маја 1995. године, која може у овом погледу да послужи као рецепт и за Србију, која је потврђивањем Споразума о стабилизацији и придруживању ушла у такав институционални статус и преузела такву правну обавезу.<sup>27</sup>

Бела књига није рецепт ни за једну конкретну земљу, а намењена је државама које су са ЕУ склопиле ССП. Свака држава у основи сама бира темпо хармонизације, приоритете и редослед прилагођавања свог законодавства јединственом тржишту ЕУ, до склапања таквог правног аранжмана који то дефинише. Бела књига се ограничава на део у основи привредног законодавства ЕУ, које се односи на конституисање и функционисање јединственог тржишта и његових институција, по чијим би се правилима, после прелазног периода, одвијала слободна бесцаринска трговинска размена. Карактер и домашај препорука Беле књиге најконкретније се виде из текста њеног Анекса, који следећи кључне елементе јединственог тржишта излаже препоруке у више од

---

<sup>27</sup> Види: Ковач, Поповић, *Прилагођавање привреде условима пословања на тржишту ЕУ*, Институт економских наука, Београд, 1995, стр. 87-535; Б. Ракић, *нав. дело*, стр. 99-310.

двддесет области које су значајне за његово функционисање. Док се један број области односи на техничке стандарде и прописе и поједине секторске политике, са ширег привредно-системског становишта најважнији су делови о слободи кретања капитала, слободном кретању и сигурности (за потрошаче) индустријских производа, политика конкуренције, социјална политика, директни и индиректни порези и компанијско право.

Привредне области препоручене за хармонизацију у Анексу Беле књиге су:

- 1) Слободно кретање капитала,
- 2) слободно кретање и сигурност индустријских производа,
- 3) право конкуренције<sup>28</sup> које обухвата регулативу којом се:
  - спречавају договори који ограничавају конкуренцију и злоупотребу доминантне позиције на тржишту,
  - спречава антиконкурентијска државна помоћ предузећима,
  - обезбеђује контрола спајања предузећа, и
  - спречавају злоупотребе државних трговинских монопола, јавних предузећа и предузећа која уживају специјална или ексклузивна права,
- 4) пољопривреда, са регулативом која садржи:
  - прописе који се тичу здравља биљака и животиња и исхране животиња,
  - прописе који се тичу тржишта пољопривредних производа (различита врста меса, јаја, воћа и поврћа, вина и деривата вина),
- 5) социјална политика, са регулативом којом се обезбеђује:<sup>29</sup>
  - једнакост мушкарца и жене,
  - координација шема социјалног осигурања,
  - здравље и сигурност на раду, и
  - одговарајућа радноправна заштита и обезбеђење одговарајућих услова на раду,

---

<sup>28</sup> Више: D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford, 1992.

<sup>29</sup> Више: Б. Лубарда, *Европско Радно право*, Подговрица, 2004.

- 6) заштита личних података,
- 7) компанијско право (статусна питања и рачуноводство предузећа),
- 8) учешће јавног (државног) сектора у правним пословима приватног права (јавне набавке - public procurement, les marchés publics),
- 9) идиректно и директно опорезивање,<sup>30</sup>
- 10) интелектуална својина,
- 11) узајамно признавање професионалних квалификација,
- 12) неки сегменти грађанског права и то:
  - грађанскоправна одговорност за штету проузроковану дефектним производима,
  - положај трговачких агената,
  - узајамно признавање пресуда у грађанским и трговачким стварима, и
  - одређивање права које се примењује на уговорне обавезе,
- 13) енергетика, са регулативом која се тиче:
  - хидрокарбоната,
  - сигурности ускладиштене робе,
  - транспарентности цена,
  - преношења струје и гаса кроз трансмисионе мреже,
  - нуклеарног сектора,
  - либеализације тржишта електричне енергије и гаса,
  - парних котлова,
  - садржине сумпора у одређеним течним горивима, и
  - штедње сирове нафте кроз коришћење у бензину компоненти горива које могу да је замене,
- 14) заштита животне средине,
- 15) финансијске услуге, које обухватају:
  - финансијске установе,
  - хартије од вредности и берзанско пословање,
  - сузбијање прања новца, и
  - делатност осигурања,

---

<sup>30</sup> Више: Г. Илић-Попов, *Пореско право Европске уније*, Београд, 2004.

16) саобраћај, са регулативом којом су обухваћене све врсте транспорта и то како технички тако и уговорно-правни, фискални, сигурносни аспекти и сл.,

17) царински систем,

19) заштита потрошача,

19) телекомуникације,

20) аудио-визуелна техника – правни аспекти њеног коришћења,

21) остало.

На крају, посебно је значајно истаћи да је право Европске уније неутрално у односу на националне својинске режиме, те је државама чланицама у принципу дозвољена слобода избора властитог својинског режима. Наиме, оснивачки акт ЕУ изричито одређује да “овај уговор ни у чему не прејудуира својински режим у државама чланицама.”<sup>31</sup> Ово практично значи да ни приватизација у земљама чланицама ЕУ није орочена и није обавезна, иако је из економских разлога све обухватнија и продубљенија (што се сада делом мења у условима финансијске кризе, чак и у правцу одређеног јачања јавног сектора). С друге стране, обавезна су правила која произилазе из права слободне конкуренције и сузбијања монопола, а пошто је јавни сектор у основи монополског карактера то је он посредно у обавезној зони приватизације. За нас ово практично значи да је концепт приватизације и њен темпо у нашем аутономном поседу.

#### 4.2. Акциони план хармонизације

Србија, док је још била у Државној заједници са Црном Гором, усвојила је Закон о Акционом плану хармонизације економских система држава чланица Државне заједнице Србија и Црне Гора ради спречавања и уклањања препрека слободном протеклу људи, робе, услуга и капитала.<sup>32</sup> Овим Акционим планом за сва четири стуба економских

---

<sup>31</sup> Уговор о оснивању Европске економске заједнице (Римски уговор), чл. 222.

<sup>32</sup> Објављен је заједно са Акционим планом у: Службени гласник РС, 67/03, 81/03, 98/03.

слобода ЕУ (слободан проток људи, слободан проток робе, слободан проток услуга и слободан проток капитала) дефинисана су следећа битна питања: области хармонизације, циљеви хармонизације, остварене мере хармонизације, планиране мере хармонизације. *Области хармонизације за слободан проток људи су:* рад и запошљавање; здравство и просвета. *Области хармонизације за слободан проток робе су:* царинска територија; царински поступак; царинске стопе; међународни споразуми; ветеринарска, санитарна и фитосанитарна контрола; спољнотрговински режим; споразуми о слободној трговини; односи према Светској трговинској организацији; односи према Европској унији и порески систем. *Области хармонизације за слободан проток услуга су:* угоститељство и туризам; лиценцирање туристичких агенција и категоризација угоститељских објеката; међусобни односи и односи са међународним организацијама и асоцијацијама; финансијско посредовање; осигурање имовине и лица; рачуноводство и ревизија; услуге у промету апсолутних права; промет правних, интелектуалних и пословних услуга. Најзад, *области хармонизације код слободног протока капитала су:* директне инвестиције; инвестиције у некретнине; тржиште капитала; тржиште новца, нарочито краткорочних хартија од вредности; инвестициони фондови; улагања физичких лица; право конкуренције и спречавање прања новца.

У основи, како области хармонизације утврђене тзв. Белом књигом I, тако и области хармонизације утврђене овим акционим планом (Бела књига II), односе се првенствено на област пословног права. То важи и за предметни Споразум о стабилизацији и придруживању закључен између ЕУ и Србије, с тим што се у овом Споразуму додају још неке области попут: правосуђа, слободе и безбедности<sup>33</sup> (сарадња

---

<sup>33</sup> Проширење области хармонизације од Беле књиге до Акционог плана и ССП (проширење од неких 21 области на 31 област) резултат је промене карактера Заједнице која од економске све више иде ка својеврсној политичкој, иако она још увек нема субјективитет као таква у међународном праву. У том смислу Уговором о ЕУ (Мастрихт, 1992, ревизија и допуна: Ница, 2001) извршено је проширење надлежности (царинска унија и јединствено унутрашње тржиште, базирано на четири слободе и на правилима о слободној конкуренцији; пољопривредна политика; структурна политика; трговинска политика) и додате су нове и допуњене надлежности (ЕУ грађанство;



ће нарочито бити усредсређена на јачање независности судства и побољшање његове ефикасности, побољшање рада полиције и других органа за спровођење закона, обезбеђивање одговарајуће обуке и борбу против корупције и организованог криминала, заштиту личних података и визе, контролу границе, азил и миграције); регионалне сарадње; политика сарадње (економска и трговинска политика; сарадња у области статистике; банкарство, осигурање и финансијске услуге; сарадња у области ревизије и финансијске контроле; промовисање и заштита улагања; индустријска сарадња; мала и средња предузећа; туризам; пољопривреда и пољопривредно-индустријски сектор; рибарство; царине; опорезивање; сарадња у области социјалне политике; образовање и стручно оспособљавање; културна сарадња; сарадња у аудио-визуелној области; информатичко друштво; електронске комуникацијске мреже и услуге; информације и комуникација; транспорт; енергетика; нуклеарна сигурност; животна средина; сарадња у области истраживања и технолошког развоја; регионални и локални развој; државна управа) и финансијске сарадње.

Хармонизација домаћих прописа са прописима који представљају *тзв. правну тековину ЕУ*, како привредних тако и осталих, утврђена је у ССП – у у договореним роковима. Правна обавеза усклађивања почиње према решењима ССП-а «даном његовог потписивања» и треба да се заврши најкасније до истека уговореног прелазног периода

---

економска и монетарна унија – јединствена валута; образовање и култура; трансевропске мреже; заштита потрошача; здравље; истраживањ и заштита средине; социјална политика; политика азила; спољне границе и миграциона политика). Овим је ЕУ поред *тзв. првог стуба* (који се састоји углавном од економских и социјалних питања – сфера пословног права где постоји надлежност Европског суда правде), где се одлуке доносе по принципима наднационалног функционисања, односно претежно квалификованом и простом већином, добила и *тзв. други стуб* (обухвата заједничку спољну и безбедоносну политику и одликује се функционисањем на основу међувладине сарадње, односно на бази консензуса и координације националних политика – у овим областима не постоји надлежност Европског суда правде), као и *тзв. трећи стуб* (обухвата сарадњу у области безбедности, слободе и правде – и ова област заснива се на принципима међувладине сарадње и консензуса). Више: Г. Илић-Гасми, *нав. дело*, стр. 62-67.

од шест година.<sup>34</sup> Ипак, с обзиром на интерес успостављања слободне трговине између двеју страна, разумљиво је да су у том процесу направљени одређени приоритети за хармонизацију: 1) заштита конкуренције и контрола додељивања државне помоћи (субвенција), 2) право интелектуалне својине, 3) јавне набавке и 4) стандардизација и заштита потрошача. Уз ове пословноправне области приоритет хармонизације треба да има и област правосуђа, слободе и безбедности.

### 5. О процесу стварања комунитарног права и усклађивања (хармонизација) домаћег права

У оснивачком акту ЕУ користе се различити изрази за потребу усклађености националних прописа држава чланица са тековинама комунитарног права: *harmonization*, *approximation*, *coordination*. Употреба ових различитих израза учињена је са намером да искаже потребе за различитим степеном усклађености ових двају нивоа регулативе (од потпуне униформности до усклађености или координације). Како је пракса регулативе ЕУ у основи превазишла ове интенције законодавне политике или теоријских модела, то се у основи ово питање своди на потребу усклађености решења двеју регулатива, полазећи од принципа супрематије комунитарног права над националним правима држава чланица. Истина, Србија није држава чланица, али за њу таква правна обавеза постоји на основу потписаног (и потврђеног) Споразума о стабилизацији и придруживању. Ради се дакле о обавези «усклађивања или хармонизације». У теорији се наводи да «усклађивање» обухвата три елемента: транспозицију (преношење, усвајање и инкорпорација), имплементацију и примену.<sup>35</sup> Под транспозицијом се подразумева процес усвајања или измене националних прописа, правила и поступака тако да права и обавезе релевантних прописа ЕУ буду у потпуности инкорпорисани у национални правни поредак. У државама чланицама

<sup>34</sup> ССП, чл. 72. ст. 2. у вези чл. 8.

<sup>35</sup> Види: Р. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније*, Крагујевац, 2004, стр. 56.

ЕУ ово се може постићи и без такве рецепције признавањем директног дејства комунитарних прописа у унутрашњем правном поретку, док се то у државама нечланицама може постићи једино рецепцијом таквог права. Под имплементациом се пак подразумева практична примена инкорпорисаних прописа комунитарног права (индивидуализација објективног имплементационог права ЕУ). Најзад, под применом се подразумевају мере које домаћи органи треба да предузму како би обезбедили да усклађени прописи буду поштовани (добровољно или принудно).

Класично средство хармонизације на нивоу ЕУ су *директиве* (directives). Директиве су подесан инструмент стварања комунитарног права ЕУ посебно стога што делом стварају унификовано право Уније (унификација настала делом као оригинална а делом кроз усклађивање националних прописа држава чланица) које се наднационалном снагом примењује у државама чланицама (али без могућности директне примене или директног дејства без уношења у националне изворе техником коју одабере држава чланица), што ствара осећај јединственог субјективитета Уније, с једне стране, а, с друге стране, оне често системом опција остављају простора за слободу избора националног законодавца и остваривање националног законодавног суверенитета, што је и формално креација националног правног оквира. За разлику од директива, *уредбе или правила* (regulations) које се доносе на нивоу Уније директно се примењују у државама чланицама и без потребе посебне имплементације неким националним извором (што је у основи унификација, а не хармонизација или усклађивање). У теорији је овај вид стварања комунитарног права познат под називом *позитивна хармонизација* (иако је, практично, пре реч о формалној унификацији). Државе нечланице се пак не могу позивати на директну примену или директно дејство ових комунитарних извора, као ни на праксу Суда правде (европског), те је у том циљу потребно доношење у свему истих прописа (усклађивање, хармонизација). С друге стране, кроз *тзв. негативну хармонизацију* усклађивање права држава чланица постиже се или укидањем или непримењивањем националних прописа чија се решења разликују од комунитарних, односно чијом се применом не могу реа-

лизовати заједнички циљеви. Најчешће се овим путем укидају забране које постоје у националним прописима у погледу функционисања четири основне слободе (фактичка унификација).<sup>36</sup>

Коначно, кад је реч о *методама усклађивања (хармонизације)* националних прописа на нивоу ЕУ треба рећи да их је развијено више: 1) хармонизација путем дефинисања одговарајућих прописа и политике на комунитарном нивоу, 2) потпуна и делимична хармонизација (хармонизација оних националних прописа који се примењују само у прекограничним трансакцијама), 3) оптирајућа хармонизација (када комунитарна директива оставља слободу избора хармонизованих правила или националних прописа), 4) минимална хармонизација (када се од државе чланице очекује да донесе само оне имплементирајуће прописе чије спровођење омогућује остварење минималних комунитарних циљева утврђених Уговором о оснивању или комунитарним директивама), 5) алтернативна хармонизација (када директива оставља слободу државама чланицама да изаберу понуђене алтернативе за њихово спровођење), 6) хармонизација путем узајамног признавања националних прописа држава чланица, 7) узајамно признавање права контроле (свака држава чланица дозвољава другој држави чланици да контролише испуњеност одређених услова), 8) хармонизација техником упућивања (примена делом правила која су садржана у комунитарној директиви, а делом релевантних правила одређених органа и институција).<sup>37</sup>

Циљ усклађивања се не исцрпљује само формалним усклађивањем домаћих прописа са комунитарним правом (*формална хармонизација*), већ пре свега стварањем одговарајућих услова за њихову адекватну примену, што се постиже независним и ауторитативним судством и државном управом (*садржинско, функционално, усклађивање*).

Систематски рад на припреми српске верзије правних тековина ЕУ започет је практично доношењем *Националног програма интеграције Србије у ЕУ* (2004) од стране Владе Републике Србије, у време државе заједнице СЦГ, и то пилот пројектом «Превођење и правнојезичка

<sup>36</sup> Више: Р. Вукадиновић, *нав. дело у фусноти 42*, стр. 60-63.

<sup>37</sup> Више: Р. Вукадиновић, *нав. дело у фусноти 42*, стр. 69-73.

редакција правних тековина ЕУ», у оквиру којег је 2.170 страна преведених, језички и правно редигованих аката ЕУ. У процесу придруживања ЕУ неопходно је да на српски језик буде преведено око 120.000 страница европских прописа, тзв. правних тековина ЕУ, а сада је преведено негде око 2.500 страница. Посао интеграције европског законодавства у домаће право обиман је не само у преводилачком и редакторском смислу, већ и у смислу ангажовања великог броја стручњака различитих профила, као и у смислу нивоа стручних знања и вештина и интердисциплинарној сарадњи. Реч је о потреби бар четири фазе рада, како би посао био квалитетно урађен у језичком, стручном и правном смислу: 1) превођење, 2) стручна редактура превода, 3) правна редактура превода и 4) лектура.

## **6. Правни транспланти**

Пословно право Србије, као право засновано на приватној и државној својини (и својини локалних заједница), по логици ствари не може бити у посебној мери оригинално право, већ право које настоји да препознатљиве правне институте уреди на основама познатим у упоредном праву развијених земаља, посебно усклађене институте на нивоу права ЕУ. Овим се на најбољи могући начин имплементирају четири велике економске слободе, као стубови на којима почива све интегрисаније пословно право ЕУ. Отуда, потреба за правним позајмљивањем, правним трансплантирањем познатих правних института уређених у пословним правима развијених земаља ЕУ и делом САД. Позајмљивање правних института страних пословних права представља главни начин његовог развоја у земљама у транзицији, тиме и Србије, а не неко стварање оригиналног права. Тај процес свакако треба да води правничка елита, од чијег степена правничке културе и квалитета правничког образовања, односно познавања или непознавања упоредног пословног права, и зависи реформа права уопште и посебно пословног права. У ствари, чини се да посебан допринос локалне правничке културе треба да буде у избору система и института (кад је такав избор могућ) који су погодни за правно трансплантирање (позајмљивање, ре-

цепција). Остаје озбиљно питање везе између права и особености друштва (локална правна култура и «дух народа»<sup>38</sup>). Ипак, велико је питање колико су у малим земљама локалне правничке елите у стварној мoћи да, не спорећи потребу позајмљивања, утичу на избор система из ког се врши позајмљивање (евидентност офанзиве англосаксонског права), као и на избор одговарајућих института из тог система и уважавање потребе утицаја «духа народа» и локалне традиције и културе.

Позајмљивање које практично води индиректној хармонизацији правних института у области пословног права је свакако пожељан процес. Мале земље за овим имају и посебне потребе због недовољности сопствених правничких капацитета и због неразвијености локалног права, као и због потребе препознавања истоветних института од стране власника капитала који долазе из развијених земаља и развијених права. Не прецењујући, при том, значај утицаја особености друштва и «духа народа», чини се ипак да тај утицај не треба ни сасвим занемаривати јер се може догодити да позајмљени институт буде одбачен као што организам одбаци «страно тело» које се не прими након пресађивања. Одређени ризик за успех трансплантираног института има и његова модификација при пресађивању, што је чест случај, било због недовољног разумевања, било због потребе «оригиналности». Тако, на пример, институт једногодишњих мандата директора отворених акционарских друштава, преузет у српском компанијском праву из англосаксонске праксе, тешко да има шансе за дуговечност. Исти је случај и са бројним другим институтима или правним стандардима код тих института који су прихваћени у англосаксонској пракси и традицији, али тешко да могу да унапреде стандарде правне сигурности у другом правном и друштвеном окружењу («разумно уверење», «најбољи интерес привредног друштва», деривативна тужба, независни директори, скупштина акционарског друштва по налогу суда, кумулативно гласање и слично).

---

<sup>38</sup> Управо чињеница позајмљивања и дуговечности трансплантата уверавају проф. А. Вотсон-а да између друштва и његовог права не постоји једноставна веза и да се та веза најмање може објаснити «духом народа». Види: А. Вотсон, *Правни трансплантни – приступ упоредном праву*, Београд, 2000, стр. 41-58 и 143-151.

Србија, након приватизације и повратка праву својине, практично гради нови правни систем у сфери економије (ново компанијско право, ново стечајно право, ново берзанско право, ново право заштите потрошача, ново право заштите конкуренције, ново право интелектуалне својине, ново право телекомуникација, ново право енергетике, ново право Takeover-а, ново привредно право, ново привредно казнено право, ново пореско право, ново радно и социјално право итд.). Разуме се да Србија нема правног капацитета за изградњу неког новог оригиналног пословног права, нити за то има објективне потребе, нити то околности окружења омогућују. Отуда, орјентација на правне позајмице и трансплантирање је сасвим разумљива. Аспирације ка чланству у ЕУ и потписивање и ратификација Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ обавезују Србију на хармонизацију (усклађивање свог права са правом ЕУ које је као такво уједначено), где осим у систему опција за националну регулативу и нема могућности избора. Ван тога постоје и даље значајне разлике у правним институтима земаља континенталне Европе (романска и германска традиција) и институтима англосаксонског права. У оваквим случајевима избор често није у функцији укуса локалне правне културе, већ разних институционалних лобија (финансијских и државних), који понекад воде избору који није са становишта правне сигурности оправдан (нпр. напуштање система земљишњих књига и увођење система катастра и тиме управног уместо судског поступка; напуштање судске регистрације привредних субјеката и увођење система регистрације код управног органа и тиме замена судског поступка са управним и слично). У сваком случају, правни транспланти, поготову наметнути, тешко су прихватљиви локалној правној култури и традицији, тиме и судијама и судству, те не треба очекивати њихову адекватну примену. Исто тако, «законска трансплантација» низа судских поступака у воде управе, што се у Србији десило на «велика врата», не води дизању нивоа правне сигурности и потреби даље еманципације привреде од државе (суд је бар по уставној гаранцији независан и у функцији је ове гране власти, а управа не и у функцији је државе). Истина, реч је о релативно кратком периоду за теоријске закључке, али се чини да је у многим стварима избор могао да

буде више «европски» (било романски или германски), што би судијама и судовима олакшало посао, а што је свакако потреба привреде.

Коначно, дакле, правни транспланти у сфери пословног права јесу насушна потреба, с обзиром на то да они воде на особен начин усклађивању националних регулатива и без формалне наднационалне хармонизације. Ипак, правно трансплантирање оставља озбиљне просторе недоумица. Прво, из ког правног система вршити трансплантирање (континенталног – романског или германског или англосаксонског)? Друго, да ли вршити правно трансплантирање различитих правних института из различитих правних система, што је сада случај (практично, зависно од тога која влада или нека њена организација је донатор одређеног законског пројекта, она је и промотер свог права), тако да се ствара потупно неконзистентан правни систем, нефункционалан систем, који свакако не може бити решење за правну сигурност? Треће, да ли вршити директно правно трансплантирање из земље порекла неког правног института или индиректно из земље која је неки позајмљени правни институт у процесу трансплантирања у одређеној мери модификовала («модификација модификације»)? Четврто, како у земљи оскудних ресурса у законодавном процесу афирмисати значај посебности правне културе које могу да унапреде правну сигурност? Пето, како адекватно и континуирано пратити промене трансплантираног правног института у земљи порекла (*директна трансплантација*) или земљи из које је извршено позајмљивање већ трансплантираног правног института (*индиректна трансплантација*)? Шесто, да ли правно трансплантирање трпи одређено модификовање и колико је то у интересу развоја тог института и тиме правне сигурности? Седмо, колико је правно трансплантирање сметња развоју локалног права? Осмо, колико је правно трансплантирање допринос индиректном усклађивању националних права и тиме стварању усклађеног наднационалног права и на нивоу ЕУ техником «хармонизације одоздо», уместо техником «хармонизације одозго», што је својеврсна афирмација националних суверености, уместо осећаја наметнуте наднационалне регулативе «сумњиве» основаности? Девето, колико су, посебно наметнути (економска зависност, финансијски, политички или други инсти-



туционални лобији), правни транспланти сметња за афирмацију конкурентности националних регулатива, као «најбољег пута» за «победу» најконкурентнијег права и тиме хармонизацију (усклађеност) права на нивоу ЕУ «одоздо»?

### **7. Промена карактера права и судска пракса као извор континенталног права**

Србија као земља континенталне правне традиције следи правне реформе континенталног права, које су без сумње под снажним утицајем англосаксонске правне традиције. Ово посебно важи и за институте компанијског и берзанског права (права тржишта хартија од вредности). Конвергенција правних система континенталног права евидентна је и одвија се како кроз *формалну конвергенцију* (правни транспланти и хармонизација права ЕУ), тако и кроз *фактичку конвергенцију* условљену низом појава у сфери пословног живота и пословног права (наднационалне статусне правне форме друштава, прекограничне фузије, котације друштава на страним берзама, развој меког права, Takeover, развој и прихват праксе доброг корпоративног управљања, утицај институционалних инвеститора, опциони модел корпоративног управљања итд.). Србија се у ове процесе уклапа у мери својих капацитета, који су на свим пољима свакако још ограничени.

Србија, иако земља дуге традиције постојања посебних трговачких судова, због промене карактера права и карактера пословне регулативе, где све више доминирају широки правни стандарди англосаксонског права («интерес привредног друштва», «разумно уверење», «оправдано веровање у стручност и компетентност», правило «Business Judgment rule» и слично) или где се напушта концепт искључиве законске регулативе («тврдо право») у корист развоја аутономне регулативе («меко право») или где присуствујемо попуњавању правних празнина коришћењем широких правних стандарда и принципа, што све ствара за судије и правнике практичаре озбиљне проблеме. Судије трговачких судова, уз то, по правилу немају никаквог практичног искуства стеченог радом у компанијама и стога им је *наглашени позитивизам у прав-*

ном резонувању и одлучивању врло присутан и одлучујући. Истина, ради се о релативно кратком времену од доношења нових прописа са новом филозофиом регулације, те је тешко било какво релевантно теоријско уопштавање, али прва сагледавања говоре да нема новог приступа, нових одлука из којих је могуће назрети промену правног резонувања.

У области компанијског права судска (као и арбитражна) пракса у нас није развијена, с обзиром на то да су одговарајући правни извори новијег датума, јер је њој потребно време да по њима поступа и да створи устаљену праксу. Судска пракса треба да игра изузетно значајну улогу у уклањању противречности које постоје у младој регулативи, каква је свакако регулатива компанијског и берзанског права, као и у попуни правних празнина које постоје у таквој регулативи, чиме она на свој начин креира и право. При том, нашој младој судској пракси у овој области може као користан (али не и као некритички) путоказ да послужи и судска (и арбитражна) пракса развијених земаља, која је у обликовању правних института ових грана права имала доста прилика да се изјасни.

За правну сигурност у једној земљи нису довољни само адекватни прописи, већ и њихова добра примена у судској, арбитражној и пословној пракси. *Сваки закон је пре свега добар онолико колико се добро примењује.* Добра примена закона може у доборој мери и да отклони његове противречности, недоследности или мањкавости, које су за младе гране права и правне институте делом и разумљиве, а делом то логички произилази и из апстрактне природе прописа наспрам конкретних пословних потреба. За овакву примену закона потребне су не само високостручне, ефикасне и независне судије, већ и судије које осећају потребе привреде и пословног живота и који и у том смислу имају одговарајуће искуство. Недопустиво је да се овим баве својеврсне судске бирократе који немају ни дана пословног искуства, а суде привреди спорове изузетне вредности, без осећаја значаја професионалног става и значаја времена у економији.

Додатни проблем за судску праксу у Србији (не мање и у континенталној Европи) представљаће и чињеница да се традиционални стандард континенталног права да судска пракса није формални извор

права развојем правосудног система ЕУ практично мења прихватањем стандарда англосаксонског права *судских прецедената* као формалног извора права.<sup>39</sup> Ово посебно важи за већ формиране прецеденте Европског суда правде и Европског суда за људска права (за права човека),<sup>40</sup> који практично афирмишу принцип судске праксе као извора права и судова као ствараоца права (поред законодавца и извршне власти у подзаконској сфери). Таква пракса ових судова већ је видљива из бројних одлука, иако би се о основаности у теоријском смислу могло о томе расправљати. Чини се да за то постоји и прећутна општа сагласност на нивоу ЕУ, која тиме фактички признаје да са европским наднационалним законодавством не иде тако лако (сложеност поступка доношења и имплементације у националним регулативама), тако да се овим путем жели појачати «наднационални оквир», посебно са становишта потребе имплементације «четири економске слободе». Ово, као и промена карактера и филозофије регулативе, од судске праксе у Србији захтева промену властите «филозофије» одлучивања, која захтева *трансформацију од «судија позитивиста» у «судије креативисте»*, који појачаном применом правних стандарда пре свега англосаксонског права и правних транспланата такође првенствено англосаксонског права, као и применом сопствених правних прецедената судске праксе у доброј мери од субјекта примене права постају и својеврсни субјекти стварања права (*судска пракса као извор права у форми прецедената*). На таквом путу судије морају знати да «ново вино не иде у мешине старе», а креирање «нових мешина» тражиће и времена и стрпљења и много нових знања.

Судској пракси на «новом путу» мора посебан допринос дати и правна наука, чији је посебан задатак изучавање упоредноправним методом прописа развијених права и наднационалних прописа ЕУ, чиме

---

<sup>39</sup> У том смислу проф. Г. Илић-Гасми (*нав. дело*, стр. 151-159) говори изричито о «Суду правде као ствараоцу комунитарног права».

<sup>40</sup> Види: Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2008, стр. 99-103; Г. Илић-Гасми, *нав. дело*, стр. 133-176; А. Чавошки, «Правосудни систем Европске уније у светлости реформског уговора», *Страни правни живот*, 1/09, стр. 73-85.

на најбољи начин може испунити мисију критичког прилаза постојећој законодавној и судској пракси. Правна наука свих грана пословног права, тиме и компанијског, није у Србији развијена за ове потребе, као што је то случај и са законодавством и праксом. Озбиљан развој критичке правне науке (не комерцијалне) засноване на релевантном истраживању упоредне правне грађе задатак је пред којим се налазе одговорни универзитети (који упркос неким интенцијама тзв. болоњског процеса имају оправдану намеру да остану и научне институције а не само наставне) и институти у Србији. То је пут и за стварање *пословног права de lege ferenda* трајније вредности, као и узорне судске, арбитражне и целовите пословне праксе.

## 8. Одговорност државе за примену комунитарног права

Државе чланице ЕУ у складу с оснивачким актом обавезне су да «предузму све потребне мере» у циљу извршења преузетих обавеза по основу овог чланства, у противном чине повреду комунитарног права, што је основ одговорности према Унији и државама чланицама, као и према њиховим правним и физичким лицима. Одговорност се најчешће заснива на непримени или непотпуној и неадекватној примени комунитарних прописа. Противправно понашање државе не мора се састојати увек у доношењу неких прописа или предузимању неких мера, већ се може састојати и у неактивности или нечињењу. У оваквим случајевима одговарајући поступци се могу покренути пред Европским судом правде (комунитарна заштита) или пред националним судовима држава чланица (национална заштита). Ако Европски суд правде у покренути поступцима нађе да је повређено комунитарно право, одговарајућом пресудом обавезује државе чланице да предузму мере извршења такве одлуке. Под обавезом предузимања «одговарајућих мера» подразумева се и обавеза државе чланице да накнади проузроковану штету правним и физичким лицима проузроковану неправним понашањем (пресуда је правни основ за њихово покретање одговарајућих поступака за такву накнаду штете). Арсенал и других могућих санкција је у сталном развоју и креће се од права на реституцију (наплаћене веће

царинске или друге дажбине) или повраћаја субвенција по основу не-дозвољене државне помоћи предузећима, преко поништаја или стављања ван снаге оспореног националног прописа који је у супротности са комунитарним прописом који има директну примену (или директно дејство) или усклађеног тумачења спорног прописа. Одговорност држава чланица правним и физичким лицима тих чланица због повреде комунитарних прописа по својој правној природи *вануговорног је карактера*.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Таква природа ове одговорности државе посебно је истакнута у прецедентном случају Европског суда правде *Francovich*. Наиме, Директива Савета бр. 80/987 о заштити запослених у случају стечаја послодавца прописала је обавезу држава чланица да донесу одговарајуће прописе и утврде мере гаранције заштите запослених у таквом случају, попут националних «гарантних институција». У конкретном случају, Италија није била донела такве прописе, те је Комисија на основу чл. 169. Уговора о оснивању ЕЕЗ покренула поступак против Италије (22/87, *Commission v. Italy*). У предметној пресуди (која је иначе изазвала бројне коментаре и опречне судове) Европски суд правде је заузео став да је таквим понашањем Италија «озбиљно повредила комунитарно право». Након тога, господин *Francovich* (и неколико других радника), коме послодавац у стечају *CDN Elektronica* није исплатио дуговани износ покренуо је поступак пред националним судом против државе Италије (*Francovich v. Italian State*) – С – 9/1990, (1991), ECR I – 5357, са захтевом да му се исплати дуговани износ зараде или да му се накнади одговарајућа штета. У складу са чланом 177. Уговора о оснивању ЕУ, италијански суд се обратио Европском суду правде са захтевом да му се у прелиминарној одлуци одговори на два питања: 1) да ли се предметним одредбама дате Директиве може признати директно дејство и 2) да ли постоји одговорност италијанске државе због непримене предметне Директиве. У одговору на ова питања, иако Суд правде (европски) због непрецизности спорних одредби Директиве истима није признао директно дејство (те тиме ни могућност појединаца да по том основу имају одређена субјективна права против државе), ипак је италијанску државу прогласио одговорном због «неиспуњавања обавеза из члан 189 (3) Уговора о оснивању ЕЕЗ», тј. због неимплементирања Директиве. За такву одговорност државе Суд правде овим поводом утврдио је три кумулативна услова: 1) потребно је да резултат који је намеравао да буде постигнут директивом укључује додељивање права у корист појединаца, 2) потребно је да се садржина ових права може идентификовати на основу одредби директива и 3) потребно је да постоји узрочна веза између пропуста државе да донесе имплементирајуће мере и штете која је тиме проузрокована појединцима. Више: S. Prechal, *op. cit.*, pp. 271-304.

## 9. Закључне опсервације

Економско утемељење политичких аспирација за чланство Србије у ЕУ има своје снажно оправдање. Тржиште ЕУ данас је највеће тржиште у свету и у светском увозу и извозу учествује са преко 50%. Тржишни потенцијал ЕУ треба посматрати и као високо интегрисани и хомогенизовани простор. ЕУ је без сумње највећи спољнотрговински партнер Србије. Нови институционални поредак – Светска трговинска организација знатно сужава класичан појам економске суверености и регулише све кључне елементе привредног законодавства у пословању са светом. У свету су процеси глобализације тржишта капитала успоставили нови финансијски поредак, који уређује правила понашања на финансијском тржишту и шире. Све су ово разлози који говоре у прилог потребе јачања наше институционалне везе са ЕУ, што наравно претпоставља и одређену хармонизацију нашег привредног законодавства са законодавством ове економско-политичке асоцијације.<sup>42</sup>

Кад је о *хармонизацији (усклађивању)* нашег права са правом ЕУ реч, посебно пословног-привредног законодавства, потписивање и ратификација ССП ствара за нас такву правну обавезу својеврсне *suí generis* природе, с обзиром на то да још нисмо ни кандидат за чланство ни члан. На том путу који свакако неће бити кратак (без обзира на оптимизам политичке сфере), чини се да специфичност природе овог акта и из њега настале обавезе оставља одређеног простора за «законодавну слободу». Како је иначе ЕУ прокламовала *принцип тзв. регионалног приступа*, чини се да нашу позицију можемо јачати не «слепом» хармонизацијом са метом која је још далеко и која је, уз то, покретна, те кад буде достигнута може бити и промењена, већ пре свега јачањем наших институција законодавне, судске и извршне власти, развијањем стандарда стварања и примене права, те јачањем свих форми регионалне сарадње (законодавне, судске, извршне, пословне, едукативне). У том смислу Србија мора у свему да спроводи *Споразум о слободној тр-*

---

<sup>42</sup> Више: Т. Поповић, «Европска опција Југославије: обострани стратешки интерес Европске уније и Југославије», у: *Прилагођавање привреде условима пословања на тржишту Европске уније*, Институт економских наука, Београд, 1995, стр. 24- 40.

говини у централној Европи, потписан у Букурешту 19. децембра 2006. године, какву је обавезу преузела његовим потписивањем, чиме би се представила као поуздан уговорни партнер, што је неопходни и незаобилазни услов чланства у ЕУ. На овај начин државе потписнице овог споразума треба да уклањају царинске баријере у међусобној трговини, али би задржавале слободу вођења сопствене спољнотрговинске политике према нечланицама. Тиме се може доћи и до регионалне царинске уније (чије би чланице уз уклањање царинских баријера у сопственој трговини преузеле и обавезу да воде заједничку спољнотрговинску политику према нечланицама). Ово је и пут за делимичну хармонизацију одговарајућих привредних прописа на регионалној основи, што би олакшало (и смањило трошкове) испуњавања претпоставки за јачање институционалне везе са ЕУ.

Усклађивање права Србије са правом ЕУ има и друге посебне разлоге, осим наравно економских. Прво, чињеница је да су чланице ЕУ (посебно водеће) земље са најреспектабилнијом правном традицијом и културом (заснованом на римском праву и његовој рецепцији), те је ослањање на тај извор и ствар престижа и уласка у токове правне цивилизације. Друго, чињеница је да је тај правни систем показао своју виталност и продорност. Најзад, треће, чињеница је да су све земље из нашег ближег или даљег окружења (које су већ чланице ЕУ или имају јачи или слабији степен институционалне везе) изабрале пут хармонизације пре свега свог привредног законодавства са законодавством ЕУ, те нам није потребна легитимација “сирка тужног међу вихорове,” како би наш песник рекао.

И кад се да позитиван одговор на питање хармонизације, то не значи да правна теорија и струка не треба да трага за другим потребним одговорима. Хармонизација ни у ком случају не значи одрицање од домаћег законодавства уопште, посебно у домену националне надлежности. Познато је да су и многе чланице ове асоцијације у усклађивању свог законодавства са законодавством Уније на све могуће начине настојале да сачувају своје специфичности и своја позитивна искуства, у чему су углавном успевале («асиметрични статус чланства»). И усклађивање домаћег права са правом ЕУ може бити креативни (не “новоре-

савски”) и стручни посао (*технике усклађивања могу бити сасвим различите*), који претпоставља добро познавање и слова и духа и једног и другог права, као и на тој основи креиране судске и пословне праксе. Европска култура и цивилизација, посебно правна, неповратно би изгубиле у својој престижности и богатству различитости, ако би се ван граница дефинисаних циљем ове асоцијације, и утапањем националних особености, некритички ширио домен хармонизације права, као што би на другој страни националне економије ако до потребног домена хармонизације не би дошло биле угушене изолационизмом властитих регула цементираних на таласима националних романтизама.

У сваком случају, *на путу развоја права, како европског тако и националног*, правна теорија мора тражити адекватне одговоре на најмање следећих *једанаест отворених питања*:

1) више или мање европског права (потреба јединственог правног оквира створеног «одозго») или више или мање националног права (потреба конкуренције националних права као могући пут хармонизације «одоздо» на основу избора најконкурентнијег права),

2) више или мање креирања европског права «интервенцијом» европске законодавне, судске и извршне власти (хармонизација «одозго») или више или мање путем ширења и унификованог прихвата правних транспланата (хармонизација «одоздо»),

3) више или мање *civil law* (романског или германског) или *common law* у праву ЕУ,

4) више или мање императивног права или више или мање диспозитивног права у праву ЕУ,

5) више или мање «тврдог права» или више или мање «меког права» у ЕУ,

6) више или мање европског права које институционализује систем социјалне тржишне привреде или више или мање европског права које институционализује систем «тоталне» тржишне привреде,

7) више или мање европског права које промовише систем друштвене одговорности компаније (власницима, повериоцима, запосленима, управи, држави, локалној заједници, потрошачима) или више или мање европског права које промовише систем компаније одговорне само власницима,



8) више или мање кодификованог европског права или више или мање некодификованог европског права,

9) кодификовано европско право у једном акту или кодификовано европско право у више аката,

10) јединствено европско право или европско право за развијене земље и европско право за земље у транзицији и

11) европско право (посебно пословно право) пре економске кризе и европско право после економске кризе (да ли филозофија регулативе може бити иста)?

**Prof. Mirko Vasiljević, LL.D.**

Full Professor

Dean of the Faculty of Law,

University of Belgrade

***In varietate Concordia!***  
***(United in diversity – EU Motto)***

**THE BUSINESS LAW OF SERBIA  
AND THE EUROPEAN UNION**

**Summary**

*In this paper the author examines numerous issues related to the law of Serbia, especially business law, in the context of the conclusion of the Stabilization and Association Agreement (SAA) between Serbia and the EU. Firstly, the author analyzes the question of the legal nature of this act, where he establishes that its terminology is to a great extent legally unclear and outside the context of the general legal institutes, especially “contract”. Particularly, the question is raised as to why this classical institute of law was not used in the actual title of this act, instead of the legally controversial institute “agreement”, which raises numerous legal dilemmas, especially from the aspect of the possibility of equating in all legal effects with the institute of “contract”. Legal uncertainties can particularly arise when taking into consideration the fact that this act utilizes in its title two other terms that are either not legal (“stabilization” is an economic term) or if they are legal or their intent is to be legal (“association”) they do not have a clear interpretation and can, especially when paired with the legal monster “agreement”, provoke legal uncertainty from the aspect of the established mutual rights and obligations of its signatories; especially one signatory (Serbia) who following the period of “stabilization” shall “associate” with the second signatory (the EU).*

*In addition to analyzing the issues pertaining to the legal nature of the SAA, the author also considers the following issues: the legal system of the EU (the system of distribution of actual competence, above national application of law), the history of relevant Serbian thought relating to the idea of Serbia as part of the European Union, areas of law as the subject of harmonization, business law as the primary subject of*

*harmonization (especially company and stock exchange law as the subject of harmonization), trade politics of the EU (free-trade zone, trade barriers), harmonization action plan, the process of creating *acquis communautaire* and the harmonization of the domestic law, legal transplants, change in the character of law and judicial practice as the source of continental law and the responsibility of the state to apply the *acquis communautaire*. Finally, the author gives a number of open questions for which legal theory needs to find answers in the process of developing not only the EU Law, but also the national laws.*

**Key words:** *Stabilization and Association Agreement, harmonization of law, business law, company law, stock exchange law, EU Law, legal transplants, judicial practice as a source of law, legal system of the EU.*



*Др Александар Ђирић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

**СЛОБОДА ПРУЖАЊА УСЛУГА НА ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ  
УНИЈЕ У СВЕТЛУ БОЛКЕНШТЕЈНОВЕ ДИРЕКТИВЕ  
2006/123<sup>1</sup>**

**Апстракт:**

У овом раду аутор оцењује да норме Оснивачког уговора, којим се прокламује слобода пружања услуга од стране физичких и правних лица из појединих држава чланица Европске уније корисницима на територији других чланица, не пружа могућност пуне либерализације сектора услуга. Аутор истиче да и сам Уговор указује на потребу доградње јединственог тржишта услугама посредством секундарних извора права – директива, као средства гаранције слободе коришћења и пружања појединих конкретних врста услуга. У том смислу је у раду посебно место посвећено Директиви о услугама на унутрашњем тржишту (познатој као Болкештајнова директива – *engl. Bolkestein Directive*), која је донета децембра месеца 2006. године. Аутор подвлачи да је, почев од покретања иницијативе за њено доношење, Директива била предмет контроверзних ставова у земљама чланицама. Она има синтетички карактер, будући да се примењује на све врсте услуга на јединственом тржишту ЕУ, осим оних које су изричито изузете из њеног режима. Директивом се успостављају општи правни оквири за пружање услуга у ЕУ, уз уважавање специфичности сваког од видова делатности или струке. Директива обавезује државе-чла-

---

<sup>1</sup> Рад је резултат истраживања на пројекту «Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, бр. 149043 Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

нице на примену упрошћене процедуре за оснивање трговачких друштава у сфери услуга, као и на изградњу поједностављеног система за непосредно обављање делатности, ослобођеног дискриминације у положају давалаца услуга.

**Кључне речи:**

појам услуге; Јединствено тржиште; Болкенистејнова директива 2006/123; слобода настањивања; Трансгранично пружање услуга.

## 1. Увод

Значају сфере услуга, као једној од најважнијих грана међународне трговине се придаје велика пажња, како на националном и универзалном, тако и на регионалном плану. У односу на трговину робом, правно уређивање међународног промета услугама има **низ специфичности**.

Слобода пружања услуга је једна од четири основне слободе које су основ функционисања унутрашњег тржишта Европске уније (ЕУ). Она подразумева привремено или повремено пружање услуга ван граница матичне државе. Државе често настоје да кроз национално законодавство, успоставе ограничења различите врсте у сектору пружања услуга на унутрашњем тржишту. Поред заштите интереса националних давалаца услуга од иностране конкуренције, циљ ограничења је различит. Он може бити израз тежње за одговарајућим квалитетом услуга, њиховим безбедним коришћењем, уравнотежењем платног биланса и очувањем целине националног финансијског система, као и за реализацију бројних других интереса. Мере које се предузимају у интересу побројаних циљева су понекад контрапродуктивне у односу на интересе потрошача у погледу квалитета услуге, безбедности, заштите здравља и слично.

Термин «услуге» обухвата разноврсне видове делатности у најразличитијим гранама међународне трговине. За разлику од трговине

робом, реч је о «невидљивој» трговини, која није увек повезана са физичким преносом производа преко државних граница. До 2020. године, према постојећим проценама, светски извоз услуга ће се по вредности равнати са обимом извоза робе.

**Тржиште услуга**, искључујући финансијску сферу, је традиционално, представљало делатност резервисану за мала и средња предузећа. Ситуација се на том тржишту кардинално променила масовним учешћем **транснационалних корпорација** (ТНК), које су створиле **глобални систем преноса информација**. То је довело до експлозивног раста сфере међународних услуга. Тако је пренос информација, трансфер технологије, финансијских и других средстава унутар једног пословног система (транснационалног трговачког друштва), постао **облик међудржавне продаје услуга**.

Транснационалне компаније данас **шире продају нових видова производа** у чијој структури значајно место заузимају услуге. Тако се компјутери продају заједно са пратећим програмима, а произвођачи електронских уређаја за домаћинство гарантују купцима **сервисирање** и одржавање своје технике на било ком месту земљине кугле. Поред тога, појава ТНК је условила **разуђеност карактерних и предметних граница** између појединих врста услуга. **Банке** су, на пример, почеле да издају кредитне картице, или да врше функцију лизинг компанија и **путничких агенција**. Услуге су постале унутрашњи саставни елемент производа.

Растући значај услуга и експанзија у њиховом промету условили су потребу прилагођавања правног уређивања тржишта услуга на унутрашњем, међународном, регионалном и гранском нивоу, сходно новим потребама. На универзалном међународном плану је, још у оквиру Уругвајске рунде преговора ГАТТ-а, посвећеност том питању довела до настанка Општег споразума о трговини услугама (ГАТС), који је постао саставни део система споразума и права Светске трговинске организације.

Поред поменутих, Европска унија (ЕУ) је имала и низ сопствених разлога, да предузме нове мере у сектору услуга на свом јединственом тржишту. Управо је успостављање и функционисање јединственог

тржишта имало пресудну улогу и у јачању саме Уније. Несумњиво је да је оно, на начелима конкуренције и на темељима четири познате слободе – слободе промета робе, услуга, капитала и радне снаге, пружало позитивне резултате. Слобода пружања услуга односи се на привремено или повремено пружање услуга ван граница матичне државе.

За разлику од високо оствареног промета у трговини робом и високог нивоа унификације права у тој области, значај сектора услуга је у правним документима **више наговештаван**. У тој области се осетила потреба за веома озбиљном доградњом формално – правног оквира и за успостављањем истинског и стварног унутрашњег тржишта у промету услуга, које чини највећи потенцијал у сектору европске привреде и бизниса. У ЕУ се подвлачи да је «сектор сфере услуга одлучујући фактор даљег развоја привреде, који чини 70 процената друштвеног производа и запошљава око 120 милиона људи.

## **2. Правни оквир пружања услуга на тржишту ЕУ и Директива 2006/123**

Најшири оквир правног регулисања сфере услуга на регионалном нивоу, који одређује садржину и схватање начела слободе пружања услуга **на тржишту ЕУ**, је Уговор о оснивању Европске економске заједнице (Уговор ЕЗ). Широка карактер правних норми у области услуга, условио је појачану активност Суда правде ЕУ (ЕСП), који је решавањем конкретних спорних питања у вези са прометом услуга на тржишту Уније, преузео улогу ствараоца права. Суд је, у основи, поступајући по конкретним захтевима, проглашавао одређена понашања учесника у промету услугама допуштеним и сагласним општим нормама Уговора, или је налазио да су те норме прекршене. На тај начин су, преко праксе Суда, заузимани општи ставови у вези са питањем да ли је, или није поједини национални извор права земље-чланице ЕУ у супротности са одредбама Уговора о оснивању, посебно његове Главе 3. (чл. 49. до чл. 55.), као и Наслова V – „Саобраћај“, од члана 70. до члана 80. Уговора, на основу кога државе-чланице, реализују циљеве предвиђене Уговором у оквиру заједничке саобраћајне политике.



Упркос неспорном значају стваралачке улоге праксе Суда правде, јасно је да се његовим појединачним одлукама нису могла изградити сва правила за реализацију начела слободе промета услугама на основама слободне утакмице на тржишту. Било је потребно усвојити и **акте секундарног законодавства**, чијом је применом требало ускладити законодавство у државама-чланицама у сфери услужне делатности. Донето је више директива, чији су предмети регулисања различити, а тичу се пружања услуга у привреди, осигурању, банкарству и у другим областима<sup>2</sup>. Имајући у виду изузетно широк дијапазон услуга, све донете директиве које су поједина питања о пружању услуга регулисала више на посебан, секторалан начин (*lex specialis*), оцењене су заједно, као недовољна основа за успостављање унутрашњег тржишта ЕУ у области услуга.

Услед наведених разлога, Европски парламент Уније је 12. децембра 2006. године, донео посебну **Директиву 2006/123/** о услугама на унутрашњем тржишту<sup>3</sup>, која је позната и по називу **Болкештејнова директива** (*engl. Bolkestein Directive*)<sup>4</sup>. Од покретања иницијативе за њено доношење, Директива је била предмет контроверзних ставова у земљама чланицама. Ваља поменути да је она оштро критикована од

---

<sup>2</sup> У поступку предвиђеном Уговором о оснивању, Савет ЕУ је донео више директива у вези са пружањем услуга, које се могу сврстати у три групе: У прву групу се убрајају директиве које се односе на услове уласка и боравка држављана других држава чланица и чланова њихових породица. Директиве које се односе на поједине области пружања услуга као што су привреда, осигурање, банкарство и друге секторе, припадају другој групи. Њихов циљ је либерализација, или координација националног законодавства. Коначно, трећој групи припадају директиве које се тичу вођења опште политике у сектору услуга.

<sup>3</sup> Директива Европског парламента и Већа бр. 123/2006. о услугама на унутрашњем тржишту је потписана 12. децембра 2006. године у Страсбуру. Ступила је на снагу 27. 12. 2006. године даном објављивања у Службеном листу Европске уније. Рок за њену имплементацију у национална права свих држава чланица је три године од дана објављивања, тј. 28. 12 2009. године (*Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market*). Текст Директиве је доступан на веб адреси: [www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services\\_directive/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/default_en.htm) - 230k.

<sup>4</sup> *Frits Bolkestein* је био комесар Генералног директоријата за унутрашње тржиште ЕУ у време доношења Директиве.

стране синдикалних организација и левичара, посебно од Социјалистичког европског покрета. Критичари Болкештејнове директиве тврде да ће она довести до конкуренције између радника у различитим деловима Европе и да ће резултирати падом цене радне снаге и **социјалним дампингом**<sup>5</sup>.

Текст Директиве садржи **Преамбулу**, у којој су веома детаљно изнети циљеви и значај њеног доношења, као и елементи важни за њену интерпретацију и примену<sup>6</sup>. Поред Преамбуле текст садржи укупно 46 чланова распоређених у осам глава: Глава I – Опште одредбе, које упућују на предмет Директиве; Глава II, која се тиче утврђивања административног поједностављења процедуре пружања услуга; Глава III носи назив „Слобода настањивања давалаца услуга и одобрења за обављање делатности“; Глава IV уређује питање слободе пружања услуга на тржишту ЕУ; Глава V се односи на квалитет услуга; Глава VI предвиђа услове под којима се одвија административна сарадња у области пружања услуга између држава-чланица Уније; Глава VII носи назив „Програм за зближавање“, док последња Глава VIII садржи завршне одредбе.

Текст Директиве се може поделити на две целине: прва, која се односи на подручје њене примене, затим на дефинисање услуга и права настањивања, док друга целина има више процесно-правни карактер и дефинише обавезе држава-чланица Уније, које су оне дужне испунити

---

<sup>5</sup> Персонафикација појаве социјалног дампинга у сектору услуга се означава изразом «пољски водоинсталатер» ("Polish plumber"). Видети: Directive on services in the internal market, From Wikipedia, the free encyclopedia, [http://en.wikipedia.org/wiki/Directive\\_on\\_services\\_in\\_the\\_internal\\_market](http://en.wikipedia.org/wiki/Directive_on_services_in_the_internal_market).

Међутим, оцењује се да је радио социјалног дампинга из Источне Европе, поред негативне импликације на армију запослених, садржан у чињеници о његовом утицају на знатно појефтињење радне снаге у процесу производње и пружања услуга, што би требало да, као позитиван резултат, обезбеди већу конкурентност европске привреде на светском тржишту. Видети: М.Митрофанов, Убыть Директиву, «Ракурс», 2004, [www.pctvl.lv/?lang=ru&mode=rakurs&submode=akcent&page\\_id=2960-61k](http://www.pctvl.lv/?lang=ru&mode=rakurs&submode=akcent&page_id=2960-61k).

<sup>6</sup> Текст Преамбуле је, могло би се рећи, неуобичајено дуг и садржи 118 тачака. То указује да овај део Директиве није само козметичко одељење за украс читавог њеног текста и пука декларативна форма, већ је реч о нормама које директно утичу на уређивање, иначе, сложене материје пружања услуга на јединственом тржишту ЕУ.

у циљу имплементације Директиве у национална законодавства. Директива не искључује надлежност Суда ЕЗ у вези са појединачним тужбама, а не утиче ни на национална законодавства држава-чланица Уније у областима које се не тичу услуга<sup>7</sup>.

У члану 4. Директиве дата су појмовна одређења појединих категорија у материји услуга на тржишту ЕУ. Тако, Директива под појмом:

а) „услуга“ подразумева сваку привредну активност предузету од стране правног или физичког лица, уз накнаду;

б) „давалац услуге“ подразумева свако физичко лице, које је држављанин државе-чланице, или свако правно лице, које је настањено у држави чланице, које нуди или пружа услугу;

в) „корисник услуге“ означава свако физичко лице, које је држављанин државе чланице, или свако правно лице које је настањено у држави чланице, које користи или жели да користи услугу у циљу задовољења професионалног или непрофесионалног интереса;

г) „држава-чланица настањивања“ означава државу ЕУ на чијој је територији настањен давалац услуге;

д) „настањивање“ означава стварну привредну активност сагласно чл. 43. Уговора ЕЗ, коју обавља давалац услуге на неодређено време и уз коришћење стабилне инфраструктуре места у коме се реално реализује операција пружања услуга<sup>8</sup>.

### **3. Појам и карактеристике услуга у изворима права Европске уније**

Одређивање појма категорије услуге у духу Уговора о ЕЗ представља темељни критеријум за утврђивање домашаја правног оквира ЕУ о слободи промета услуга.

---

<sup>7</sup> С. Табороши, Нова регулатива о слободи пружања услуга у Европској унији, „Право и привреда“, бр. 1-4/2009, стр. 559.

<sup>8</sup> О овоме видети више: S. Rodin, Direktiva Europske unije 123/2006. o uslugama – dosegi i opravdanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2009. str. 36.

**Појам услуга у праву ЕУ је одређен у чл. 50 Уговора о оснивању<sup>9</sup>:**

„Под услугама се у смислу овог Уговора подразумевају активно-сти које се, по правилу, обављају уз накнаду, уколико се на њих не од-носе одредбе о слободном кретању лица и слободном промету робе и капитала.

Услуге нарочито обухватају:

- а) делатности индустријског карактера;
- б) делатности трговачког карактера;
- в) делатности занатског карактера;
- г) делатности слободних професија.

Директива у чл. 4. опредељује појам услуге као сваку привредну делатност, извршену од самостално запосленог лица, уз надокнаду, ко-ја се наводи у чл. 50. Уговора. Дакле, надокнада или плаћање (engl. *re-tuneration or pay*) је основни критеријум за оцену да ли се нека при-вредна активност, у смислу права ЕУ, може сматрати услугом. Сагласно пракси Суда правде ЕУ „битна карактеристика надокнаде се огледа у чињеници плаћања за конкретну услугу<sup>10</sup>, при чему није од значаја да ли накнаду плаћа непосредно сам корисник услуге, или то чини треће лице<sup>11</sup>.“ У вези са услугама образовања, које пружа национални обра-зовни систем, Суд је заузео становиште да се надокнада за упис или школарина, коју ученици или њихови родитељи повремено плаћају на-ционалном образовном систему у циљу доприноса за покриће опера-тивних системских трошкова, не сматрају надокнадом за пружену услугу, уколико се систем финансира из државне благајне<sup>12</sup>. Према пракси ЕСП, наплатна природа услуге је њено битно обележје. Тако, спортске активности улазе у подручје примене права ЕУ само у мери у

<sup>9</sup> У ранијој редакцији Уговора, овај члан је био чл. 60.

<sup>10</sup> Одлука од 27. 09. 1988. у предмету *Humbel* (263/86).

<sup>11</sup> Одлука од 26 априла 1988. у предмету *Bond van Adverteerders* (352/85); Одлука од 13. 05. 2003. у предмету *Müller Fauré* (C-385/99); Одлука од 12. 07. 2001. у предмету *Smits u Peerbooms* (C-157/99). *Handbook on Implementation of the Services Directive*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007.p. 10. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm)

<sup>12</sup> Одлука од 7. 12. 1993. у предмету *Wirth* (C-109/92).

којој оне условљавају економску активност<sup>13</sup>. То значи да уколико у вези са спортским активностима нема платежне функције, такве активности не улазе у подручје на које се примењује право ЕУ. Из праксе Европског суда произлази да услуге које обавља држава за свој рачун, у контексту друштвених, образовних и правосудних активности, а не укључују наплату, попут услуга националног образовања, или управљања националним социјалним осигурањем, не представља услугу у смислу права ЕУ.

Услуге су, у поређењу са робом, нематеријални производ, који се не може ускладиштити и чувати, али који се може продати. Предмет услуге је све оно чиме се тргује, али што вам **не може пасти на ногу**<sup>14</sup>.

Термин „услуге“ обухвата најразнородније врсте делатности, у најразличитијим гранама трговине на унутрашњем тржишту Уније, чија производња може бити одређена као «услуга».

Концепција услуге према Директиви је у складу са концептом услуге дефинисаном у Уговору, према којој се делатност може сматрати услугом уколико се она пружа од стране физичког или правног лица, ван ограничења која произлазе из уговора о раду<sup>15</sup>. Поред тога, пружање услуге би требало да се обавља уз накнаду, тј. треба да има привредни карактер, што се цени у сваком конкретном случају. Сам факт да одређену услужну делатност обавља држава, државни орган или непрофитна организација, не значи да она није услуга у смислу Уговора ЕЗ и Директиве о услугама<sup>16</sup>.

Услугама се може трговати на више начина. Један од могућих начина трговине услугама је пример када продата услуга, аналогно продаји робе, прелази државну границу, идући од продавца (даваоца,

---

<sup>13</sup> На пример, у предмету *36/74 Walrave and Koch v Union Cycliste Internationale* је заузет став да је „бављење спортом предмет права Заједнице само у мери у којој представља економску активност у смислу чл. 2 Уговора, што се цени према конкретним околностима. Уколико таква активност има карактер запослења уз накнаду или уз наплату услуге, она подпада под чл. 48. до чл. 51. или чл. 59. до чл. 66. Уговора ЕЗ, док у супротном она не задире у правно подручје ЕУ.”

<sup>14</sup> И.И. Дјомулен, *Международна трговља услугама*, «Економист», Москва.

<sup>15</sup> Одлука од 12. 12. 1974. у предмету *Walrave (36/74)*.

<sup>16</sup> Одлука од 11. 04.2000. из здружених предмета *Deliège (C-51/96)* и *(C-191/97)*.

произвођача) услуге из једне земље ка њеном потрошачу (програмер из једне државе изради софтвер за корисника у другој држави). Други начин је премештање иностраног даваоца услуге на територију земље, на којој се налази корисник услуге, док се трећи начин реализације промета услуге састоји у премештању иностраног корисника услуге на територију земље у којој се услуга пружа. У литератури се наводи и четврти вид пружања услуга, који подразумева привремени излазак даваоца услуге из државе у којој је настањен и улазак у неку другу државу чланицу, са циљем да на њеној територији пружи услугу кориснику који је настањен на територији исте државе у којој је настањен и сам давалац<sup>17</sup>.

#### **4. Слобода настањивања и право на трансгранично пружање услуга**

Слобода настањивања подразумева право лица да уђу на територију државе-чланице ЕУ и да се настане, са циљем да у тој држави обављају одређене привредне делатности. Другим речима, институт права настањивања подразумева постојање права лица из једне државе чланице да се на територији друге државе чланице ЕУ настани и да у њој трајно у својству samozапосленог лица обавља самосталну делатност личним радом, или право да отвори радњу, односно да оснује трговачко друштво у циљу обављања делатности комерцијалног карактера<sup>18</sup>.

Оснивање трговачког друштва за пружање различитих врста услуга, омогућава обављање трговачке делатности на неодређено време<sup>19</sup>. Супротно од тога, сагласно пракси Суда Европских заједница, слобода обављања привредних делатности подразумева и пружање услуга без обавезног и сталног институционалног присуства њихових давалаца у привредном животу земље пријема. Право настањивања изискује интеграцију у привреду државе-чланице, укључујући и привлачење

<sup>17</sup> О овоме више: Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 286-287.

<sup>18</sup> Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 286.

<sup>19</sup> Одлука од 25 јула 1991. у предмету *Factortame* (C-221/89). У вези са тим видети појам „настањивање“ у чл. 4, параграф 5. Директиве.

клијената у тој држави-чланици на основу сталног професионалног седишта<sup>20</sup>.

На реализацију права настањивања могу се позивати држављани држава-чланица, у својству физичких лица, као и правна лица, сходно Уговору о оснивању ЕЗ. Категорију физичких лица обухватају тзв. „самозапослена лица“<sup>21</sup> из реда држављана држава-чланица, укључујући и она која имају боравиште у некој трећој држави нечланици ЕУ. Категорију правних лица обухватају трговачка друштва која су основана применом прописа државе-чланице, која имају седиште и централно место пословања у Заједници.

Директива о услугама, сагласно чл. 43.<sup>22</sup> и чл. 49.<sup>23</sup> Уговора о Европској заједници и пракси Суда Европских заједница, садржи две

<sup>20</sup> Одлука од 11. децембра 2003. године у предмету *Schnitzer* (C-215/01).

<sup>21</sup> Самозапослена лица се разликују од категорије радника. Она су ван односа субординације и сама сносе ризик неуспеха сопственог запошљавања, или користи успеха у послу којим се баве. Таква лица се, за пружене услуге, плаћају директно и у потпуности. Баве се најразличитијим пословима индустријског или трговачког карактера, занатима и другим професијама, укључујући и послове нуђења љубави. Више о овоме: Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 261.

<sup>22</sup> Члан 43 (раније члан 52) Уговора о оснивању Европске заједнице гласи: Ограничења слободе настањивања држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице постепено се забрањује, у складу са одредбама које следе.

Забрана се такође односи и на ограничења за оснивање агенција, филијала и пословница од стране држављана једне државе чланице, који су настањени на територији друге државе чланице.

Слобода настањивања укључује право оснивања и обављања самосталних делатности личним радом и оснивања и управљања предузећа, посебно фирми или трговачких друштава у смислу члана 48. тачка 2, у складу са условима и законима који важе за држављане државе настањивања и под условом поштовања одредби поглавља које се односи на капитал. Видети: Оснивачки уговори Европске уније, приредио Д. Лопандић, Београд, 2003, стр. 68.

<sup>23</sup> Члан 49 (раније члан 59) гласи: Према ниже наведеним одредбама, ограничења слободног вршења услуга унутар Заједнице се забрањују у односу на држављане држава - чланица који су настањени у другој држави чланици, а која није држава лица коме се пружа услуга.

Савет може одлучити, квалификованом већином на предлог Комисије, да прошири примену одредаба овог поглавља на држављане трећих земаља који су даваоци услуга, а настањени су унутар Заједнице. Видети: Оснивачки уговори Европске уније, приредио Д. Лопандић, Београд, 2003, стр. 71.

**групе норми.** У првој групи су правила која се примењују на реализацију права настањивања, укључујући и права оснивања трговачких друштава, агенција, филијала и пословница за пружање услуга. У другој се налазе норме које се тичу права на директно трансгранично пружање услуга. Тако, се део текста Уредбе од чл. 9. до чл. 15, односи на реализацију права настањивања давалаца у циљу пружања услуга, док се чланови од 16. до 21, тичу прекограничног пружања услуга, за које конкретни давалац није настањен и није регистрован у држави-чланици, на чијој територији пружа услугу. Ово разликовање је важно ради избора правила Директиве која ће се примењивати у односу на конкретни даваоца услуга.

Код прекограничног пружања услуга, њен давалац, односно корисник, привремено борави на територији друге државе. Према ставу, који је Суд ЕЗ заузео у више спорова, разлика између настањивања и трансграничног пружања услуга треба да се цени у сваком конкретном случају. При томе се узима у обзир не само време трајања пружања услуге, већ и устаљеност и периодичност њеног пружања<sup>24</sup>. То је и последица става Суда да се не могу утврђивати општи рокови на основу којих би се просуђивало да ли је реч о праву настањивања, или о прекограничном пружању услуге. Чињеница да одређени давалац услуге користи постојећу инфраструктуру у земљи пријема, такође није одлучујућа, будући да и давалац услуге у прекограничном промету такође може да користи исту инфраструктуру, без обавезе да буде тамо регистрован, тј. стално настањен.

У предмету *Schnitzer*, Суд ЕЗ је заузео став да се, чак и делатност која се реализује у другој држави-чланици, у продуженом трајању од више година, може у зависности од конкретних околности, сматрати услугом у смислу чл. 49. Уговора ЕЗ. То значи да је вршење такве услуге допуштено и од стране држављана држава чланица Уније, који су настањени у другој држави чланици, која није држава лица коме се пружа услуга.

---

<sup>24</sup> Одлука од 30. 11. 1995. у предмету *Gebhard* (C-55/94), параграф 39; Одлука од 11.12.2003. у предмету *Schnitzer* (C-215/01), параграф 28.



Суд је установио праксу да правне норме државе пријема, које се тичу професионалног обављања делатности, немају увек снагу обавезне примене у односу на трговачка друштва, која обављају своју делатност по основу слободе пружања услуга<sup>25</sup>. Према ставу Суда, слобода пружања услуга, као једна од фундаменталних слобода, гарантованих Уговором ЕЗ, може бити ограничена од стране националног законодавца само у интересу заштите друштвеног интереса државе у питању. Таква мера може погодити свако лице, које обавља послове на територији земље пријема, уколико се такав интерес не штити нормама у земљи његове регистрације<sup>26</sup>.

Суд ЕУ је у предмету *Комисија против Немачке*<sup>27</sup> установио да одговарајуће норме рецептивне земље (*host state*), «морају бити објективно неопходне у смислу пружања гаранција очувања професионалних услова и обезбеђења заштите професионалних интереса». На тај начин је Суд, поред осталог, придао посебан значај поштовању принципа «неопходности» и «пропорционалности».

Без обзира што су слобода настањивања и слобода пружања услуга веома тесно повезане категорије, њих је потребно јасно разграничити. Тако је Суд ЕУ, разматрајући предмет *ARO Lease*, дошао у прилику да прецизира критеријуме разликовања слободе настањивања од слободе пружања услуга<sup>28</sup>. Компанија *ARO Lease*, основана у Холандији, изнајмљивала је у закуп транспортна средства како физичким, тако и правним лицима. Корисници услуга компаније *ARO Lease* из Белгије, повезивали су се са компанијом преко независних посредника, који су пружали своје услуге у тој земљи, наплаћујући уговорене провизије. Белгијски корисници услуга су сами бирали аутомобиле, као предмет уговора о лизингу, код неког од белгијских дилера. Земља регистрације аутомобила је била Белгија. Одржавање транспортног средства, а такође и плаћање дажбина, предвиђених белгијским законодавством је би-

---

<sup>25</sup> Van Wesemael, № 110 и 111/78, OJ, 18. 01.1979.p.35, Webb, №279/80, OJ, 17.12.1981. p. 3305.

<sup>26</sup> Webb, №279/80, OJ, 17.12.1981. p. 3305.

<sup>27</sup> Commission c. Allemagne, № 205/84, OJ, 4. 12. 1986, p. 3755.

<sup>28</sup> ARO Lease, № C-190/95, OJ, Zbornik 1, p.4383.

ла обавеза клијената, односно корисника услуга. Компанија је преузимиала на себе само трошкове гаранцијског сервисирања и, у својству власника, плаћала је премију осигурања од ризика проузроковања штете аутомобилом трећим лицима. Према мишљењу пореских органа Белгије, сама чињеница присуства парка аутомобила у својини *ARO Lease* на њеној територији, значи да је компанија, стално настањена установа у Белгији, преко кога она издаје у закуп (лизинг) аутомобиле на основу уговора о лизингу. На тај начин је компанија, према белгијском законодавству, дужна плаћати порез на додату вредност у Белгији. Порески органи Холандије су инсистирали на плаћању пореза на додату вредност у Холандији, позивајући се на чл. 9. параграф 1. Шесте директиве о порезу на додату вредност, сагласно којој се «местом пружања услуга сматра место регистрације за обављање делатности пружања услуга, или место седишта установе преко које се пружају услуге». С тим у вези Суд је подвукао да се Шеста директива у погледу закупа транспортних средстава не позива на место искоришћавања имовине дате у лизинг, већ на место регистрације давалаца такве услуге<sup>29</sup>. Полазећи од тога, Суд ЕУ је заузео став да се не може сматрати да је лизинг компанија стално настањена у конкретној држави, уколико она у држави чланици нема ни сопствени персонал, ни сталну одговарајућу инфраструктуру, на основу које би могла склапати уговоре или доносити административне одлуке о управљању.

За сличан начин пружања услуга је у неким случајевима коришћена могућност отварања офиса у држави, у којој је компанија намерна пружати услуге. У одлуци у предмету *Reinhard Gebhard*<sup>30</sup>, Суд ЕУ је заузео став да «привремени карактер пружања услуга не искључује могућност да лице – давалац услуга може у држави пријема имати одговарајућу инфраструктуру, као што је канцеларија, кабинет, филијала, уколико је она нужна за пружање одговарајућих услуга»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Hamann, №51/88, OJ, 15. 03.1989.p. 767.

<sup>30</sup> Reinhard Gebhard, № C-55/94, OJ, 30.11. 1995, p.4165.

<sup>31</sup> C.-F. Durand, S. Van Raepenbusch, *Chronique de jurisprudence communautaire. Cahier droit europeen* 1997,n 3-4, c. 422.

Већина законодавстава, која регулишу питања обављања професионалне делатности, полазе од чињенице сталног присуства трговачког оператера на територији конкретне државе. У многим државама је услов обављања професионалне делатности од стране трговачких друштава, која су основана у другој држави чланици Уније, добијање дозволе за обављање одређеног делокруга рада. Суд је мишљења да таква норма не ограничава слободу гарантовану оснивачким актима ЕУ, али се њихова примена дозвољава само за случај да се аналогни захтеви протежу и на националне субјекте и тичу се заштите опште друштвене безбедности. У пракси се најчешће добијање такве дозволе своди на поштовање формалности. На пример, упис у регистар привредних друштава је гаранција добијања статуса правног лица. Из специфичности обављања појединих видова привредних делатности, на пример, осигурања, здравствене заштите, банкарских послова, произлази обавеза претходног прибављања дозвола од стране надлежних националних државних органа.

У односу на мере које подједнако погађају и домаће и стране даваоце услуга, Суд ЕЗ има либералније ставове. Тако је Суд мишљења да регулисање питања затварања продавница нерадним данима, на основу норми националног законодавства, није у супротности са нормама чл. 43. Уговора о оснивању ЕЗ. Такве норме националног законодавства се примењују на све оператере, који обављају своју делатност на територији конкретне државе и оне се не могу сматрати ограничавајућим у односу на слободу права настањивања и слободу обављања привредне делатности<sup>32</sup>.

Државе-чланице Уније неће поступати или вршити утицај на услужне делатности на својој територији на начин којим се не поштују начела недискриминације, неопходности и пропорционалности. Другим речима, Директива обезбеђује да се мерама националних законодавстава неће постављати услови који су у пракси Суда ЕЗ оцењени као типична ограничења слободе пружања и коришћења услуга, као што је на пример захтев да се давалац настани у земљи у којој пружа услуге, да

---

<sup>32</sup> Обједињени предмети: 18-421/93, 460-462/93, 464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94, 332/94, ОЈ, 20. 06.1996.

добије дозволу за рад (осим у изузетним случајевима), да мора да изгради одговарајућу инфраструктуру, да је дужан да поседује идентификациони документ итд.

## 5. Циљеви, значај и улога Директиве

Званични циљ доношења Директиве о услугама је остваривање напретка на путу ка успостављању истинског и слободног унутрашњег тржишта услугама, које чини највећи потенцијал у сектору европске привреде и бизниса. Директива треба да омогући корисницима услуга потпуно искоришћавање могућности, које такво тржиште нуди. Уз допринос успостављању интегрисаног унутрашњег тржишта, од Директиве се очекује да буде стимулатор реализације значајних европских могућности у сектору услуга, катализатор привредног раста и отварања нових радних места<sup>33</sup>.

Директивом се тежи успостављању равнотеже са Уговором ЕЗ, који у чл. 14.(2.) дефинише унутрашње тржиште. Оно представља подручје без унутрашњих граница у коме је осигурана слобода кретања услуга. Њоме се у извесном смислу кодификује изграђена пракса Европског суда о интерпретацији релевантних одредби Уговора о ЕЗ.

Ако држава чланица није спровела Директиву или ако ју је спровела непотпуно или погрешно, национални суд је дужан да тумачи национално право у духу текста и сврхе Директиве како би се постигли циљеви њене примене<sup>34</sup>.

Поред Уговора, Директива постаје најзначајнији извор права општег карактера у сектору услуга. Има **синтетичку природу**, будући да се примењује на све врсте услуга на јединственом тржишту ЕУ, осим оних које су изричито изузете из њеног режима. Она значи допринос остваривању реалног нивоа унутрашње размене услуга на јединственом унутрашњем тржишту. У том смислу, Директива садржи правила

---

<sup>33</sup> Саопштење Комисије „Да радимо заједно за развој и радна места — нов старт Лисабонске стратегије“ COM (2005) 24, 2.2.2005.).

<sup>34</sup> Видети: С. Родин, оп. цит. стр. 40-41.

фер конкуренције у услужној сфери, која би требало да учине помак у смеру успостављања суштинског унутрашњег тржишта услугама, као највећем сектору европске привреде<sup>35</sup>. Полази се од претпоставке да је укидање баријера за кретање услуга преко државних граница битан услов јачања интеграције европских народа као претпоставке одрживог привредног и друштвеног напретка.

Директива има улогу инструмента будуће хармонизације прописа у области на коју се односи<sup>36</sup>. Заснива се на добро утврђеној судској пракси Европског суда у области слободе кретања услуга. Превазилажење правних препрека у циљу реализације права настањивања је приоритет утврђен и од стране Европског савета у Лисабону 23–24. марта 2000. године. На тим основама се тежи успостављању социјалне кохезије у области запошљавања, као и постизању стабилног економског раста, што би требало да омогући да ЕУ постане најконкурентнија и најдинамичнија привреда света до 2010. године.

Поред тога, омогућавањем административног поједностављења режима пружања услуга, Директива ствара претпоставке за квалитетнију правну регулативу<sup>37</sup>.

Директива о услугама има за циљ обезбеђење гаранција, да и даваоци и корисници услуга могу лакше да користе основне слободе предвиђене чл. 43. и чл. 49. Уговора о оснивању Европске заједнице,

---

<sup>35</sup> *Handbook on Implementation of the Services Directive*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007.p. 7. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm)

<sup>36</sup> Како се напомиње у Преамбули Директиве, она «успоставља општи оквир за промет широког круга услуга, уз респект различитих карактеристика сваке поједине врсте. Такав оквир се заснива на динамичном и селективном приступу кроз процес који омогућава брзо уклањање постојећих препрека. За препреке сложене природе покрећу се поступци евалуације, консултација и комплементарне хармонизације специфичних проблема, што треба да омогући поступну и координисану модернизацију националних регулаторних норми о услугама. Таквом приступу придаје се значај виталне важности за остваривање стварног унутрашњег тржишта у промету услугама до 2010. године”. Видети: [www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services\\_directive/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/default_en.htm) - 230k.

<sup>37</sup> Саопштење Комисије „Стратешки поглед за бољу регулативу ЕУ“ COM (2006) 689, 14.11.2006.).

које се односе на слободу права настањивања и на слободу трансграничног пружања услуга. У том смислу, Директива предвиђа поједностављење административних процедура, уклањање препрека за обављање делатности у области пружања услуга и успостављање узајамног поверења, како међу државама чланицама, тако и између давалаца и корисника услуга на тржишту ЕУ.

Да би Директива дала очекиване резултате потребно је да се **осавремене националне администрације**, као и регулаторни оквири националних законодавстава. За успостављање ових и других неопходних претпоставки, остављен је рок од усвајања Директиве (12. децембра 2006. године) до 28. децембра 2009. године, када би се њене одредбе почеле примењивати у целини и на читавом простору јединственог унутрашњег тржишта Уније.

Може се рећи да Директива о услугама својом улогом омогућава:

а) Разграничење општег подручја уређења слободе пружања услуга на заједничком тржишту од посебних, секторских области;

б) Кодификацију постојеће праксе Европског суда којом се интерпретирају релевантне одредбе Уговора о ЕЗ;

в) Стварање обавезе поједностављења административних поступака у областима пружања услуга и већу транспарентност;

г) Нормирање услова за увођење националних одобрења за пружање услуга (енгл. *authorisation schemes*);

д) Увођење црне листе забрањених националних захтева (прописа) који ограничавају слободу пружања услуга;

ђ) Утврђивање услова и метода евалуације националних захтева, под којима државе чланице имају право на ограничење слободе пружања услуга;

е) Уређивање услова административне сарадње између Уније и држава чланица у области пружања услуга.

У тексту Преамбуле се истиче да би Директива требало да омогући да развој услуга доприноси испуњењу задатака предвиђених чланом 2. Уговора ЕЗ, усмерених на хармонични, уравнотежени и одрживи развој привредних активности, висок ниво запослености и социјалне заштите, једнакост мушкараца и жена, неинфлаторни развој, висок

степен конкуритивности и конвергенције привредних делатности, висок ниво заштите животне средине, подизање нивоа животног стандарда и квалитета живота, као и економску и социјалну кохезију и солидарност између држава чланица.

Карактеристично је да јединство циљева и улоге саме Директиве подразумева истовремену реализацију појединих противречних циљева, који образују својеврстан вид заједничког контрапункта. Карактеристичан пример таквог запажања, на пример, произлази из начела заштите националних интереса држава чланица и захтева за уклањањем препрека националног карактера у промету услуга. Оправдана су запажања да Директива не решава, већ ствара предуслове за решавање напетости које се појављују у односима између појединаца и држава чланица, као и држава чланица и Уније<sup>38</sup>.

## **6. Подручје (не)примене Директиве 2006/123/ о услугама на тржишту ЕУ**

Директива утврђује опште норме за олакшану примену начела слободе настањивања давалаца услуга, као и за слободно трансгранично пружање услуга на унутрашњем тржишту ЕУ, уз очување високог нивоа њиховог квалитета.

Изричита одредба чл. 3(3.) Директиве предвиђа да државе-чланице имају обавезу да примењују Директиву сагласно одредбама Уговора и прокламованог начела о слободи промета услуга и пословног настањивања.

Директива одређује опште правне оквире за пружање услуга на тржишту ЕУ, уважавајући при том специфичности сваког од видова делатности или струке. Она се примењује на услуге које пружају даваоци, који су настањени у било којој држави чланици ЕУ. Међутим, Директива, уз бројне изузетке, обухвата један део услуга. Њен члан 17. предвиђа да се она односи само на услуге, које се пружају ради постиза-

---

<sup>38</sup> S. Rodin, Direktiva Europske unije 123/2006. o uslugama – doseg i opravdanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2009. str. 35-36.

ња одређеног **економског циља**. Услуге које немају економски циљ, а пружају се ради задовољења општег интереса, нису предмет нормирања Директиве. Поред тога, предмет Директиве нису ни услуге, које су **изричито искључене из њене примене** (чл. 2.). Такве услуге ће бити правно подвргнуте примени чл. 43. и 49. Уговора ЕЗ. Дакле, услуге које њоме нису обухваћене подвргавају се одговарајућим одредбама Уговора о ЕЗ (чл. 43. и 49.), или посебним секторским директивама које ближе уређују поједине врсте услуга<sup>39</sup>, што произлази из односа примарног и секундарног права ЕУ.

Директива се **не примењује** на:

- а) непрофитне услуге од општег интереса;
- б) финансијске услуге у области банкарства, кредитирања, осигурања и реосигурања, пензија, хартија од вредности, инвестиционих фондова, консултација у области плаћања и инвестиција;
- ц) услуге електронских комуникација и мрежа;
- д) транспортне услуге, укључујући и лучке услуге;
- е) агенцијске услуге у вези привременог запошљавања;
- ф) здравствене услуге, било које здравствене установе, без обзира на начин на који се организују и финансирају на националном нивоу (јавно или приватно);
- г) аудиовизуелне услуге, укључујући и кинематографске услуге, без обзира на њихову производњу, дистрибуцију, пренос и емитовање;
- х) игре на срећу, укључујући лутрију, коцкарнице, опкладе;
- ј) услуге друштвених служби, социјалног становања, за бригу о деци и подршку породице или појединаца.

к) услуге приватних безбедносних служби;

Директива се **не примењује** ни у области опорезивања. Она се **не односи на** либерализацију услуга које имају општи економски циљ и које су резервисане за јавне или приватне субјекте, као ни у односу на приватизацију јавних субјеката, који се баве пружањем услуга.

<sup>39</sup> Прописи ове врсте су егземпларно наведени у чл. 3. Директиве, као што су Директива 96/71/ЕЦ; Директива (ЕЕЦ) бр. 1408/71; *Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities*; *Direktiva 2005/36/EC*.



Директива се не односи ни на правила која се примењују у материји **међународног приватног права**, посебно на правила која регулишу питање надлежног права на основу уговорних и вануговорних обавеза, укључујући и оне којима се потрошачима гарантује заштита на основу одговарајућих правила предвиђених законодавством у њиховим државама чланицама ЕУ. Међутим, треба напоменути да национални стандарди заштите потрошача не могу представљати оправдање за ограничење примене Директиве.

Државе чланице ће примењивати одредбе Директиве сагласно правилима Уговора о ЕЗ којима се регулише право настањивања и право на слободну размену услуга. У егземпларном набрајању Директива наводи примере услуга, који подлежу њеној примени. То су делатности, које су иначе посебним прописима регулисане, као што су правне и финансијске услуге<sup>40</sup>, затим услуге архитеката, инжењера, рачуновођа, контролора, консултантске услуге, услуге организације манифестација, наплата дугова, реклама, дистрибутерске трговачке услуге, укључујући продају робе и услуга на велико и мало, услуге у области туризма (укључујући и услуге туристичких агенција), услуге спортских центара, забавних паркова, грађевинске услуге, услуге у области монтаже и опремања, информационе услуге (израда веб портала), делатност новинских агенција, издавачка делатност, компјутерско програмирање, услуге образовања, издавања у најам, укључујући и аутомобиле, лизинг услуге, услуге у вези са прометом непокретности, услуге сертификације и испитивања, услуге одржавања домаћинства, услуге чувања лица итд.

Директива садржи опште одредбе за поједностављење примене начела настањивања у односу на даваоце услуга и реализацију слободног промета услуга, уз истовремено достизање и очување њиховог квалитета.

У року од три године од ступања на снагу Директиве, а то значи до 28. децембра 2009. године, државе-чланице ЕУ су у обавези да доне-

---

<sup>40</sup> У том контексту се наставља са применом постојећих аката Заједнице, као на пример у областима регулисаних професија, Директива 2005/36/ЕЗ, донета од стране Европског парламента и Савета 07. септембра 2005. године у вези са признавањем професионалних квалификација (OБ L 255, 30.9.2005.), чија важност није престала.

су и да почну да примењују одговарајуће законске, подзаконске, и административне прописе ниже правне снаге, који су усаглашени са Директивом о услугама.

## 7. Методи имплементације и начин примене Директиве

Имплементација и примена Директиве се може сместити у два временска периода. Најпре, период после ступања на снагу, а пре истека рока за њено спровођење и потом, период после истека рока за њену спровођење, или имплементацију. У првом периоду, државе чланице су дужне да се уздржавају од предузимања било којих мера које би могле осујетити или отежати реализацију циљева Директиве. После истека рока за имплементацију, без обзира на чињеницу да ли је конкретна држава спровела Директиву или не, национални судови су обавезни да тумаче норму домаћег законодавства, без обзира да ли је оно донето пре или после доношења Директиве, сагласно њеним одредбама<sup>41</sup>.

Уколико држава није спровела Директиву, физичка и правна лица се могу позивати на њене одредбе, у поступцима против државе, у циљу заштите од норми националног права које им је супротно. Дакле, Директива је основ заштите субјективних права у конкретним ситуацијама, које штите национални судови у покренутим поступцима. Они су, за случај да је норма националног законодавства у супротности са одредбама Директиве, дужни да примењују одговарајући део Директиве<sup>42</sup>.

Доношењем Директиве о услугама створен је правни оквир за реализацију начела о слободи услуга на заједничком европском тржишту, који се не заснива само на општим одредбама Уговора ЕЗ и бројним одлукама Суда, већ на непосредној примени прописа у које ће Директива бити уграђена<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Предмет C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL v Région wallonne* (1997) ECR I-7411, § 45.

<sup>42</sup> Предмет 148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629.

<sup>43</sup> О овоме видети и: С. Табороши, *Нова регулатива о слободи пружања услуга у Европској унији, „Право и привреда“*, бр. 1-4/2009, стр. 558.

У погледу метода имплементације Директиве у национална законодавства, сама Директива захтева од држава-чланица **комбиновану примену законодавних и других мера**, које су организационог или техничког карактера. У основи, Директива је хоризонтални инструмент, који покрива широку гаму различитих врста услуга. Она има важан утицај на значајан број националних закона и аката ниже правне снаге од закона, што захтева и њихову измену, као и усвајање нових аката у националним законодавствима у државама чланицама.

Генерално посматрано, на основу праксе Суда Европских заједница, може се закључити да се директиве ЕУ примењују, сходно установљеној пракси и закону, а државе чланице су дужне да осигурају посебан законодавно-правни оквир у одговарајућој области, који гарантује појединим лицима да знају своја права и да рачунају на њихову заштиту пред националним судовима<sup>44</sup>. То значи да су државе-чланице дужне да у својим националним правним системима установе правне норме, које ће омогућити даваоцима и корисницима услуга да рачунају на права која им Директива о услугама гарантује.

Члан 5. Директиве предвиђа обавезу држава чланица на поједностављење процедуре система пружања услуга. У том смислу оне су у обавези да анализирају поступке и формалности које се примењују у вези са могућностима приступа и реализације делатности пружања услуга. За случај да процедуре и формалности нису у довољној мери једноставне, државе-чланице имају обавезу да их таквим учине.

Комисија ЕУ има право да уведе формуларе на нивоу Заједнице, који служе као еквивалент различитим врстама уверења, атеста и било којих других докумената, који се захтева од давалаца услуга у било којој земљи-чланици.

Када држава-чланица захтева од даваоца или корисника услуга да поднесе уверење, атест или други документ, као доказ о испуњењу одређеног услова, она је дужна да прими документ, издат од органа

---

<sup>44</sup> Видети: Одлука од 18. 01. 2001. у предмету Комисија/Италија(С-162/99); Одлука од 15. 06.1995 г. у предмету Комисија/Луксембург (С-220/94); Одлука од 30. 05.1991. у предмету Комисија/Немачка (С-361/88).

друге државе чланице, коме се признаје еквивалентно дејство и за који је очигледно да је тражени услов испуњен.

Директива посебну пажњу посвећује установљавању тзв. **„јединствених тачака контакта“**<sup>45</sup>, преко којих су државе – чланице дужне да омогуће даваоцима услуга испуњавање формалности и процедура, које су неопходне за стицање права пружања услуга. Најчешће су то декларације, обавештења или молбе за издавање одобрења од стране надлежних органа власти, укључујући молбе за упис у регистар, списак или базу података, или захтеви за учлањење у струковна удружења и слично.

„Јединствене тачке контакта“ су институционални саговорници даваоцима услуга. То омогућава избегавање прешироких контаката са надлежним државним органима у циљу прикупљања информација о свим неопходним мерама које је нужно предузети у циљу испуњења услова за обављање услужне делатности. Државе чланице су дужне да оснују „јединствене тачке контакта“, које ће бити доступне свим даваоцима услуга, независно од тога на територији које државе чланице се налазе њихова седишта.

Сам факт постојања јединствених тачака контакта не утиче на одредбе о надлежностима које органи власти имају у оквиру националних система појединих држава.

У чл. 7. Директиве је посебна пажња посвећена праву давалаца услуга на квалитетне **информације**, чији су проток државе чланице дужне да обезбеде националним мерама. У циљу реализације таквог захтева, државе-чланице су у обавези да даваоцима и корисницима услуга, преко јединствених тачака контакта, обезбеде лак приступ информацијама у вези са:

а) захтевима који даваоци услуга морају испунити са аспекта законодавства своје државе порекла, посебно у вези са условима који треба да буду испуњени у погледу обављања делатности пружања услуга;

б) информацијама за контакт са надлежним органима власти, који су у вези са реализацијом права настањивања;

---

<sup>45</sup> Видети чл. 6. Директиве.

в) средствима и условима за приступ јавним регистрима и бази података за даваоце и услуге;

г) средства правне заштите, за случај настанка спора између органа власти и дваоца или корисника услуга, или између даваоца и корисника, или између више давалаца.

Државе-чланице гарантују да ће јединствене тачке контакта и надлежни органи власти реаговати најбрже у одговору на сваки захтев за информацијом или помоћи, а ако је захтев недопуштен, да ће о томе обавестити странку без одлагања.

Државе-чланице и Комисија предузимају додатне мере да омогуће тачкама контакта да одговарајуће информације могу дати и на другим језицима Заједнице.

Дужност надлежних органа власти да помогну даваоцима и корисницима услуга не подразумева обавезу на пружање конкретне правне консултације.

Поред осталог, државе-чланице су обавезне да гарантују да ће све процедуре и формалности, на дистанци, бити лако извршаване електронским путем преко релевантних јединствених тачака контакта, укључујући и комуникацију са одговарајућим органима надлежних власти.

## **8. Однос директиве и права ЕУ**

Будући да Директива припада групи секундарних извора права, примену њених норми треба посматрати кроз визуру односа са примарним правом ЕУ, пре свега са одговарајућим одредбама Уговора о оснивању Европске заједнице и њеним темељним начелима о слободи промета на унутрашњем тржишту. Уколико се на поједини однос примењује Уговор ЕЗ, то не значи аутоматски да је тај однос предмет регулације конкретне директиве, као секундарног извора права. Али, ако се на неки однос примењује одређена директива, тај однос се мора посматрати у контексту и дејству читавог права ЕУ.

Директива је правно подређена примарном праву ЕЗ и примењује се сагласно чл. 43. и 49. Уговора ЕЗ-а и његовим осталим релевант-

ним одредбама, као и у складу са праксом Европског суда којом се интерпретирају норме оснивачких уговора. На такав положај Директиве упућује чл. 3.(3), као и Преамбула саме Директиве.

Услуге које нису у области примене Директиве и даље су подвргнуте режиму слободе трансграничног пружања услуга, тј. слободе пословног настањивања, сагласно Уговору о ЕЗ. Другим речима, при примени Директиве, државе чланице морају обратити пажњу не само на њене одредбе, већ и на примарно право и релевантну праксу Европског суда<sup>46</sup>.

Када одређена ситуација улази у област примене Директиве, тада су за њено тумачење меродавни Уговор ЕЗ и пракса Европског суда која га интерпретира<sup>47</sup>. Чланом 3.(3) Уговора ЕЗ је изричито прописано да државе чланице имају обавезу примене норми директива у складу са одговарајућим одредбама Уговора, које се тичу слободе пословног настањивања и слободе пружања услуга. У том смислу се Директива примењује на широке услужне области. Њене норме су у великој мери засноване на пракси Суда Европских заједница, са чврстим ослоном на већ прокламовано начело слободе промета услуга.

Међутим, ако конкретна ситуација не улази у област примене Директиве, тада се чл. 43. и чл. 49. Уговора директно примењују, што значи да су национални судови обавезни непосредно заштитити предвиђена субјективна права у оквирима своје надлежности<sup>48</sup>. Дакле, у од-

---

<sup>46</sup> S. Rodin, *Direktiva Europske unije 123/2006. o uslugama – doseg i opravdanja*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2009. str. 37.

<sup>47</sup> Ограничења у погледу примене Директиве садржана су у њеној Преамбули и произлазе из значаја праксе Европског суда, односно из односа примарног и секундарног права ЕУ. Практика Суда има значај интерпретације примарног права, пре свега, Уговора ЕЗ, коме је и Директива подређена. Између осталог, она је и тумач чл. 43, 46. и 49. Уговора ЕЗ, и не може бити пренебрегнута, или изузета на основу Директиве, која има значај секундарног извора права.

<sup>48</sup> Према устаљеној пракси Европског суда, чл. 43. и чл. 49. Уговора ЕЗ имају директно дејство, тј. стварају субјективна права која су национални судови дужни штитити. У вези са директним дејством и применом чл. 43. видети, на пример, предмете: 2/74 *Reyners* [1974] ECR 631; C-57/95 *France v Commission* [1997] ECR I-1627 §20; C-53/95 *Inasti* [1996] ECR I-703 §9, предмет C-143/87 *Stanton* [1988] ECR 3877 §10, предмет C-19/92 *Kraus* [1993] ECR I-1663 §30. За директно дејство чл. 49. Уговора ЕЗ

носу на питања која су изван предмета регулисања Директиве, примењују се одговарајуће одредбе Уговора ЕЗ, односно норме директива којима се на посебан начин регулишу поједини услужни сектори. У том погледу, национално законодавство, које регулише делатност пружања услуга, треба посебно да буде усаглашено са чланом 43. и чланом 49. Уговора, као и са основним начелима које је Суд Европских заједница прихватио и афирмисао у вези са применом наведених чланова. Начело посредног дејства комунитарног права Уније на национална законодавства држава-чланица, обавезује и судске и управне органе да тумаче норме свог унутрашњег законодавства у складу са правом ЕУ.

Уколико су поједине законске норме, или предузете националне мере државе-чланице, у супротности са наведеним члановима Уговора, такве мере ће се сматрати незаконитим у односу на право ЕУ, које има снагу директне примене.

У погледу односа Директиве са другим секундарним изворима права Заједнице, важи правило да уколико њене одредбе дођу у сукоб са одредбама других правних аката Заједнице, који се односе на обављање посебних делатности у пружању услуга у одређеном сектору или у посебним занимањима, примениће се норме посебних аката и других уредби које су на снази, а тичу се специфичних секторалних или појединачних занимања.

## 9. Закључак

Термин „услуге” обухвата разноврсне видове делатности у најразличитијим гранама међународне трговине, а сама трговина услугама има низ специфичности. За разлику од трговине робом, реч је о „невидљивој” размени, која није увек повезана са физичким преносом производа преко државних граница. У смислу Уговора о оснивању Европске заједнице, услуге подразумевају делатности које не подлежу дејству одредаба о слободи промета робе, капитала или лица, и које се пружају уз надокнаду (чл. 49-50. Уговора).

---

видети предмете: C-13/76 *Donr* [1976] ECR 1333 §20; C-33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299 § 27. Наведено према: *S.Rodin, ibidem, str. 37.*

У овом раду аутор оцењује да норме Оснивачког уговора, којим се прокламује слобода пружања услуга од стране физичких и правних лица из појединих држава чланица корисницима на територији других чланица, ипак, не пружа могућност пуне либерализације сектора услуга. Аутор истиче да и сам чл. 52. Уговора указује на потребу доградње јединственог тржишта услугама посредством секундарних извора права – директива, као средства гаранције слободе коришћења и пружања појединих конкретних врста услуга. У том смислу је у раду посебно место посвећено **Директиви о услугама на унутрашњем тржишту** (познатој као **Болкештајнова директива** – *engl. Bolkestein Directive*), која је донета децембра месеца **2006.** године. Аутор подвлачи да је, почев од покретања иницијативе за њено доношење, Уредба била предмет контроверзних ставова у земљама чланицама. Она има синтетички карактер, будући да се примењује на све врсте услуга на јединственом тржишту ЕУ, осим оних које су изричито изузете из њеног режима. Директивом се успостављају општи правни оквири за пружање услуга у ЕУ, уважавајући при том специфичности сваког од видова делатности или струке. Директива обавезује државе-чланице на примену упрошћене процедуре за оснивање трговачких друштава у сфери услуга, као и на изградњу читавог максимално поједностављеног система, ослобођеног сваке дискриминације у положају давалаца услуга. Директива нуди јединствена правила конкуренције у услужној сфери, уклањајући истовремено националне границе међу чланицама ЕУ у тој области.

Упркос тежњи о успостављању јединственог тржишта услуга, државе-чланице су успеле да задрже поједина ограничења, која под одређеним условима и уз поштовање принципа пропорционалности, омогућавају да се неки од националних услужних сектора резервишу само за домаћа лица, чиме они постају недоступни страним субјектима. Међутим, аутор указује да Суд ЕУ има јасан став да се ова ограничења не могу ширити на читаве привредне гране, или поједине професије. То би било супротно начелу слободе пружања услуга. У том смислу се предвиђа и примена теста пропорционалности, којим се утврђује да ли је предузимање једностраних националних мера учињено сходно конкретним објективним потребама, или оне прелазе границе за постизање допуштених и оправданих циљева.



**Prof. Aleksandar Ćirić, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **FREEDOM TO PROVIDE SERVICES IN THE EU SINGLE MARKET IN THE CONTEXT OF THE BOLKESTEIN DIRECTIVE 2006/123**

### **Summary**

*In this paper, the author points out that the norms of the EC Treaty, which proclaim the freedom of providing services by natural and legal persons from one member state to the customers from another member state, are not fully capable of securing a complete liberalization of services. The author underlines the fact that art. 52 of the EC Treaty implies the need for upgrading the single service market by means of secondary sources of law (directives of EU law). These norms should guarantee the freedom to provide and use specific types of services. In that context, the author analyses the Directive on Services in the Internal Market (generally known as the Bolkestein Directive) enacted in December 2006. The author points to the controversies pertaining to this Directive from the moment of its initiation. The Directive has a synthetic character: it applies to all kinds of services on the single EU market, except for those explicitly excluded from its scope of application. The Directive establishes the general legal framework for providing services on the EU service market in full observance of the unique features of activities within the economic sector or profession. It also imposes the duty on the member states to apply a simplified procedure in the establishment of enterprises in the service sector, as well as to build the entire service system (as simplified as possible) which would be free of discrimination of the service providers. The Directive also defines the common rules on competition in the service sector and eliminates the national borders among the EU member states in this field.*

**Key words:** Services; Single market; Bolkestein Directive 2006/123; Free movement; trans border service.



*Др Витомир Поповић, редовни професор и  
декан Правног факултета у Бањој Луци*

## **ИСКУСТВА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У ХАРМОНИЗАЦИЈИ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕУ**

### **Апстракт:**

*Искуства Републике Српске у хармонизацији права са правом Европске уније треба посматрати у оквиру укупног односа Босне и Херцеговине према овој регионалној организацији која ће нарочито доћи до изражаја потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању.*

*Ова искуства нису ни мала, али ни недовољно велика, да би могла имати значајну улогу у другим земљама које имају исти статус какав има и Босна и Херцеговина са Европском унијом. Процес стабилизације и придруживања представља веома велики изазов како за Републику Српску, тако и за Босну и Херцеговину, а испуњавање обавеза која се између осталог односе и на хармонизацију прописа, утврђено је и посебним акционим планом усвојеним од стране Вијећа министара Босне и Херцеговине чију реализацију ће, у складу са Споразумом, пратити за то посебно именовано тијело.*

### **Кључне речи:**

*Република Српска, Босна и Херцеговина, Европска Унија, Споразум о стабилизацији и придруживању и хармонизација*

## Увод

Република Српска је један од два равноправна ентитета у Босни и Херцеговини и њене надлежности треба посматрати како у односу на Устав Босне и Херцеговине као Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини од 14. децембра 1995. године, тако и у односу на Устав Републике Српске.

Босна и Херцеговина је сложена државна заједница и спада у ред такозваних држава „*sui generis*“ (посебне врсте). У Босни и Херцеговини данас постоји 13 Устава и Статут Брчко Дистрикта који *de iure* није Устав али *de facto* то јесте. Управо у том контексту треба посматрати и законодавну власт у Босни и Херцеговини, односно Републици Српској. Наиме, законодавна власт се на нивоу Босне и Херцеговине остварује путем Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, у Републици Српској законодавну власт врши Народна скупштина, у Федерацији Босне и Херцеговине законодавну власт врши Скупштина Федерације Босне и Херцеговине и 10 кантоналних Скупштина, а у Брчко Дистрикту Скупштина Брчко Дистрикта, зависно од тога како и на који начин је извршена подјела надлежности између заједничких институција у Босни и Херцеговини, са једне стране и ентитета, односно Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, са друге стране.

Тако нпр. према члану 3. тачке 1. Устава БиХ у надлежност установа у Босни и Херцеговини спадају: а) спољна политика; б) спољнотрговинска политика; ц) царинска политика; д) монетарна политика; е) финансирање установа и међународних обавеза БиХ; ф) политика и прописи за усељавање, избјеглице и азил; г) спровођење кривичних закона на међународном плану и између ентитета, укључујући односе са Интерполом; х) увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације; и) регулисање саобраћаја између ентитета; ј) контрола ваздушног саобраћаја.

Све остале државне функције и овлаштења која овим Уставом нису изричито додијељена институцијама Босне и Херцеговине припадају ентитетима.

Босна и Херцеговина није чланица Европске уније, чланица је Савјета Европе од априла мјесеца 2002. године, а потписник је Споразума о стабилизацији и придруживању од 16.06.2008. године. У циљу стварања одређених претпоставки за изградњу јединственог економског простора као и испуњавања читавог низа међународних обавеза, одмах по ступању на снагу Дејтонског мировног споразума приступило се хармонизацији законодавстава, како на нивоу Републике Српске, тако и на нивоу БиХ.

Хармонизација постојећег законодавста одвијала се и одвија на два начина:

- 1) у циљу стварања одређених услова и претпоставки за омогућавање потпуне слободе кретања лица, роба, услуга и капитала на цијелој територији БиХ, у складу са Уставом БиХ, с једне стране и
- 2) истовременим усаглашавањем овог законодавства са правом Европске уније у циљу стварања услова за улазак на ово тржиште.

Руводећи се наведеним разлозима донесен је велики број оквирних закона на нивоу БиХ, или су ентитетски закони учињени међусобно максимално компатибилним. Ова усаглашавања и прилагођавања су вршена како у сфери материјалног, тако и сфери процесног законодавства.

Дакле, хармонизација Закона између Републике Српске и БиХ са једне стране, и Европске уније са друге стране, је и формално-правно започела у скоро свим областима и пре потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању, тј. 16.06.2008. године.

Приликом хармонизације материјалног права, односно законодавства нарочито се имало у виду постојање великог броја међународних конвенција које су прихваћене и примјењују у Европској унији, као и великом броју директива и смјерница за поједине области. Што се пак, процесног законодавства тиче, оно је првенствено усаглашавано са чланом 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, односно са интенцијом на ефикаснији правосудни систем, који ће поштовањем одредби члана 6 Европске конвенције довести до бржег остваривања судске заштите.

### Неки принципи правне регулативе Европске уније

Рад и постојање Европске уније и њене регулативе се заснива на одређеним принципима. У суштини је ријеч о принципима којима се изражава суштина оног што се назива *acquis communautaire*. У те принципе спадају:

1. **Принцип ограничених овлашћења.** – Оснивањем Европске уније установљена је једна наднационална организација која има овлашћења да доноси обавезујуће одлуке за државе чланице и њихове органе.

2. **Ограничена надлежност и изведена овлашћења (implied powers).** – Због немогућности да се оснивачким уговором унапријед предвиде све ситуације, уговор предвиђа и генерално овлашћење Савету да донесе акте и овлашћење, уколико је то нужно за дјелатност Заједнице.

3. **Супсидијарност.** – Принцип супсидијарности значи да Заједница, у областима које нису у њеној директној надлежности, може да поступа ако циљеви које треба остварити не могу бити довољно добро постигнути од стране одређене државе, али могу од стране Заједнице.

4. **Равноправност органа.** – Принцип равноправности органа у пракси значи да се органи Заједнице не појављују један у односу на другог у надређеном или подређеном положају.

5. **Заштита основних права.** – Сматра се да основна права служе да би се грађанин одбранио од државе, тј. да би се заштитила сфера слободе појединца од захвата државе. Иако Европска унија није држава, по основу пренијетих овлашћења она има право да доноси прописе којима се конституишу права и обавезе грађана.

Право Европске уније је сложена и динамична правна структура, чији елементи су присутни на међународном, наднационалном и унутрашњем правном плану држава чланица. Право Европске уније садржински обликују бројни политички, економски, социјални и културни токови, а његов значај прелази географске границе држава чланица. Комунитарно право (*acquis communautaire*) чине прописи које су до-

нијели органи Европске заједнице, прописи које су донијеле државе чланице у циљу њиховог провођења, комунитарна правна начела и одлуке Суда правде и Првостепеног суда. Чланице Европске уније признају прописе комунитарног права као важеће право. Они се директно и непосредно примјењују и производе правно дејство. Субјекти комунитарног права, државе, предузеће и појединци се могу непосредно позивати на њега и тражити заштиту и пред националним судовима. Јасно је да комунитарно право има јачу правну снагу па се у случају сукоба унутрашњих и комунитарних прописа мора примијенити комунитарно право. Комунитарно право (*acquis communautaire*) обухвата 31 Поглавље и то: 1. Слободно кретање робе; 2. Слободно кретање људи; 3. Слобода пружања услуга; 4. Слободно кретање капитала; 5. Компанијско право; 6. Политика конкуренције; 7. Пољопривреда; 8. Рибарство; 9. Политика транспорта; 10. Опорезивање; 11. Економска и монетарна унија; 12. Статистика; 13. Социјална политика и запошљавање; 14. Енергија; 15. Индустриска политика; 16. Мала и средња предузећа; 17. Наука и истраживање; 18. Образовање; 19. Телекомуникације и информациона технологија; 20. Култура и аудио-визуелна политика; 21. Регионална политика и коорд. структуралних инструмената; 22. Околина; 23. Заштита потрошача и здравља; 24. Сарадња у подру. правосуђа и унутрашњих послова; 25. Царинска унија; 26. Вањски односи; 27. Заједничка вањска и сигурносна политика; 28. Финансијска контрола; 29. Одредбе које се односе на финансије и буџет; 30. Институције; 31. Остало.

### **Чланство у Европској унији**

Европска заједница/Европска унија је отворена за чланство свим европским државама које испуне предвиђене услове. Услови за пријем истих су прецизно дефинисани у Уговору о оснивању Европске уније и познати су као „Копенхагеншки критеријуми“.

Сходно члану 49 Уговора о оснивању Европске уније свака држава која поштује начела на којима се заснива Унија може да затражи чланство у Унији. Захтјев се подноси Савјету који, последије консултација са Комисијом и након добијања сагласности европског парламента о

томе мора једногласно донијети одлуку. Европски парламент своју одлуку доноси апсолутном већином чланова који га чине. Услови за пријем су детаљно разрађени на састанку Европског савјета одржаног у Копенхагену 21-22. јуна 1993. године па отуда и раније поменути назив „Копенхагеншки критеријуми“.

Копенхагенским критеријумима је предвиђено да трећа држава мора, осим географског критеријума, односно чињенице да је европска држава, да испуни три групе услова:

– политичке: стабилност установа које обезбјеђују демократију, владавину права, поштивање људских права мањина и стабилност институција;

– економске: постојање дјелотворне тржишне привреде и способност домаћих предузећа да издрже притисак заједничког тржишта унутар Европске уније и

– способност прихватања правних тековина Европске уније и способност преузимања циљева политичке, економске и монетарне уније.

Предње би се могло сажети у сљедећем; између почетне тачке – чињенице да је држава у територијалном смислу дио европског континента и акта примања у чланство Европске уније потребно је проћи пут који се у најкраћим цртама може описати као процес прилагођавања државних институција, промјена институционалног и правног функционисања и привредног „попуштања“ тј. постепеног укидања трговинских баријера, царина, такса и слично, а све праћено потпуним усвајањем правних правила Европског комунитарног права.

### **Односи Босне и Херцеговине и Европске уније**

Иако Босна и Херцеговина није чланица Европске уније, чланица је Савјета Европе од априла мјесеца 2002. године и потписник Споразума о стабилизацији и придруживању од 16. јуна 2008. године, она у циљу испуњавања својих међународних обавеза и стварања општих претпоставки за изградњу јединственог економског простора који би био компатибилан са јединственим тржиштем у Европској унији, на-



стоји створити одређене услове за несметану проходност робе и услуга, не само на домаћем него и на тржишту Европске уније и тиме побјећи са краја табеле неразвијених земаља. Наравно, циљ Босне и Херцеговине је пуноправно чланство у Европској унији што такође намеће потребу реформе законодавства у складу са највишим међународним стандардима. Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању Босна и Херцеговина је и *de facto* и *de iure* преузела обавезу хармонизације законодавства са правом Европске уније.

Обзиром на јасно исказану одређеност за пријем у чланство Европске уније испуњавање одређених обавеза у области хармонизације из Споразума о стабилизацији и придруживању се наметнуло као услов без кога се не може.

У наведеном смислу се усклађивање прописа трећих држава са правном регулативом Европске уније може у политичком смислу посматрати као дио предприступне стратегије треће државе, а у правном смислу као дио испуњавања преузетих обавеза који се састоји у процесу измјене постојећих или доношењу нових чија су рјешења усклађена са комунитарним прописима или, у ширем смислу, са прописима који се примјењују у државама чланицама. У контексту остваривања ширих политичких циљева, усклађивање се може вршити у склопу предприступне стратегије и у склопу стварања погодне правне климе за стране инвестиције или уопштеније за стварање бољих услова за слободну комуникацију са свијетом, а и надајући се, с једне стране, да ће тиме побољшати своје шансе за пуноправним чланством или да ће, с друге стране, убрзати тај поступак.<sup>1</sup> У контексту крајњег циља који се жели постићи, или коме се тежи, усклађивање није само по себи циљ, већ служи као средство за остваривање других ужих, правно техничких и, ширих, политичких циљева. Циљ усклађивања се не исцрпљује само у доношењу формално усаглашених домаћих прописа, већ и у обезбјеђењу неопходних друштвених и економских услова за такву примјену којом би се постигли циљеви постављени Споразумом о стабилизацији и

---

<sup>1</sup> Радован Вукадиновић, Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније, Крагујевац, 2004, страна 58-59.

придруживању, или у ширем смислу који су компатибилни са комунитарним тековинама. Другачије речено, хармонизација се не смије свести на формално превођење или преписивање комунитарних прописа (формална хармонизација), већ у доношењу таквих прописа чијом се досљедном и потпуном примјеном од стране независних и ауторитативних судова могу остварити они циљеви који кореспондирају комунитарним циљевима (функционално или суштинско усклађивање). Након што су 1998. године основане консултативне радне групе и након што је Босна и Херцеговина маја мјесеца 1999. године ушла у процес стабилизације и придруживања, конкретан пут Босне и Херцеговине ка Европској унији, што подразумијева њене обавезе које су овим процесом предвиђене, дефинисан је 2000. године у документу означеном као Мапе пута.

У овом документу постављено је осамнаест кључних услова које је потребно испунити да би се прешло у другу фазу и израду Студије изводивости.

Крајем 2002. године Европска комисија је саопштила да су смјернице Мапе пута о приближавању ЕУ углавном испуњене, али је тек крајем 2003. године усвојен приједлог извјештаја о спремности Босне и Херцеговине за почетак преговора са Европском Унијом о Споразуму о стабилизацији и придруживању. Усвојена је такозвана Условна студија изводивости јер је Босни и Херцеговини постављено шеснаест услова које би требало да испуни за почетак преговора.

На бази Студије изводивости, Дирекција за европске интеграције Босне и Херцеговине утврдила је Програм реализације средњорочних приоритета европског партнерства за Босну и Херцеговину. Европско партнерство представља нови инструмент помоћи Европске уније осмишљен по узору на такозвано „приступно партнерство“ које је кориштено за државе централне и источне Европе. Ријеч је о дефинисању краткорочних, средњорочних и дугорочних приоритета које би требало испунити да би се приступило преговорима. Након што је Европска комисија издала званично саопштење да су и ови услови испуњени, Савјет министара Босне и Херцеговине објавио је датум почетка преговора са Европском унијом о Споразуму о стабилизацији и при-

друживању и то са даном 25. новембра 2005. године. Ови преговори су уродили плодом потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању јуна мјесеца 2008. године, чиме се Босна и Херцеговина нашла у директној предпрístupној фази. Након испуњавања услова предвиђених Споразумом о стабилизацији и придруживању било би могуће очекивати прелазак у другу фазу тзв. фазу придруживања и пуноправног чланства у Европску унију.

### **Босна и Херцеговина и Споразум о стабилизацији и придруживању**

За разлику од Споразума о придруживању који је Заједница закључила са другим државама, који подразумева посебан дугорочан однос између Заједнице и треће државе, чији органи и унутрашња структура остају нетакнути, Споразум о стабилизацији и придруживању који је Заједница закључила са земљама Западног Балкана, а који је 2008. године закључила и Босна и Херцеговина, представља и има за циљ уређивање односа унутар саме државе кроз реформу и јачање институција, владавине права, демократизације друштва и трансформацију привреде из планског у тржишно моделирани концепт.

Као примарни извор комунитарног права, третиран као „нередовни“ извор, али у потпуности прихваћен од Суда правде као „интегрални дио комунитарног права“, ови споразуми су првенствено у функцији припреме придружене државе и испуњавања одређених услова као претпоставки за будући могући пријем.<sup>2</sup> Основни циљеви овог придруживања, према члану 1 Споразума о стабилизацији и придруживању са Босном и Херцеговином су:

- да подржи напоре Босне и Херцеговине у јачању демократије и владавине права;
- да допринесе политичкој, економској и институционалној стабилности у Босни и Херцеговини, те стабилизацији у региону;

---

<sup>2</sup> Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Бања Лука-Крагујевац, 2006, страна 110.

– да пружи прикладан оквир за политички дијалог, те тиме омогући развој блиских политичких односа између страна;

– да подржи напоре Босне и Херцеговине у развијању економске и међународне сарадње, између осталог, и кроз усклађивање њеног законодавства са законодавством Заједнице;

– да подржи настојања Босне и Херцеговине да доврши прелаз у функционалну тржишну економију, промовише складне економске односе, те постепено развија подручје слободне трговине између Босне и Херцеговине и Заједнице;

– да јача регионалну сарадњу са свим подручјима обухваћеним овим Споразумом.<sup>3</sup>

Обзиром да се ради о Споразуму закљученом између Европских заједница и њихових држава чланица и Босне и Херцеговине он по свом карактеру спада у категорију међународних споразума и, као што је то напријед речено, представља извор комунитарног права, као обавезујућег права за све државе потписнице које имају намјеру приступања Европској унији.

Основне вриједности према којима уговорне стране изражавају своју определијељеност садржане су у преамбули Споразума, и то:

– успостављање и консолидација стабилног европског поретка базираног на сарадњи чије је главно упориште Европска унија, те сарадња кроз механизме Пакта стабилности;

– развој цивилног друштва и демократизација, изградња институција и реформа јавне управе, повећана трговина и привредна сарадња, те сарадња на подручју правосуђа и унутрашњих послова;

– веће политичке и привредне слободе уз поштовање људских права и владавине права, права припадника националних мањина и демократских начела путем вишестраначког система са слободним и поштеним изборима;

– право на повратак свих избјеглица и расељених лица и заштита права која им припадају;

---

<sup>3</sup> Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, члан 1, у основи исти као и текст потписаног Споразума.

- слободна тржишна привреда и спремност Европске уније да допринесе привредним реформама у Босни и Херцеговини;
- слободна трговина у складу са правима и обавезама које про-изилазе из правила Свјетске трговинске организације (WTO);
- редован политички дијалог о двостраним и међународним пи-тањима од обостраног интереса, укључујући и регионалне аспекте, узи-мајући у обзир заједничку спољну и безбједносну политику Европске уније;
- развој трговине и улагања;
- усклађивање законодавства у релевантним подручјима са *acquis-ем*;
- спровођење реформи и обнове уз употребу свих постојећих облика сарадње, као и техничке, финансијске и привредне помоћи.

Поред преамбуле, овај Споразум садржи 137 одредаба подјеље-них у 10 области које регулишу:

- општа начела;
- политички дијалог;
- регионалну сарадњу;
- слободан проток робе, тржишта и капитала;
- питања која се тичу радне снаге, предузећа, пружања услуга;
- усклађивање и спровођење закона и конкуренцијска правила;
- правду, слободу и безбједност;
- политику сарадње;
- финансијску сарадњу, те институционалне, опште и завршне одредбе.

Општа начела овог Споразума полазе од обавеза поштовања де-мократских начела и људских права прокламованих у Општој деклара-цији о људским правима и Европској конвенцији о људским правима, Хелсиншким завршним актом и Паришкој повељи за нову Европу, по-штовање начела међународног права укључујући пуну сарадњу са Три-буналом у Хагу за бившу Југославију (ICTY), те владавине права и наче-ла тржишне економије у складу са документом OSCE-ове Бонске кон-ференције о економској сарадњи као темељу унутрашње и вањске по-литике.

### **Хармонизација прописа као обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању**

Једна од веома значајних и наглашених обавезе из Споразума о стабилизацији и придруживању јесте обавеза хармонизације правног система Републике Српске и Босне и Херцеговине са законодавством Заједнице, односно стварање услова за постепено усклађивање закона и будућег законодавства са правном тековином Заједнице – *Acquis*. Ова обавеза односи се како на примарне, тако и на секундарне изворе комунитарног права. Наиме, у току четрдесетогодишњег постојања, само органи Европске економске заједнице су донијели више од 20.000 разних аката комунитарног права на преко 80.000 страница, а Суд правде преко 4.000 пресуда<sup>4</sup>, док су државе чланице у циљу њиховог спровођења донијеле низ тзв. спроведбених (имплементирајућих) прописа. У примарне изворе комунитарног права које стварају државе чланице приликом уређивања међусобних односа и Европске заједнице на основу сопственог уговорног капацитета као субјекти међународног права закључивањем споразума са трећим државама и међународним организацијама спадају:

1. уговори о оснивању,
2. општа правна начела,
3. међународни споразуми Европских заједница и
4. споразуми између држава чланица.

Ови извори имају предност у односу на секундарне изворе и јачу правну снагу и у том смислу чине комунитарно уставно или институционално право.

У уговоре о оснивању спадају:

1. Уговор о оснивању Европске заједнице за угаљ и челик, потписан у Паризу 1951. године, који је ступио на снагу 1952. године, закључен на период од педесет година и који је престао да важи 2002. године,

---

<sup>4</sup> Поближе видјети Витомир Поповић и Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Бањалука-Крагујевац, 2005, страна 74.

2. Уговор о оснивању Европске економске заједнице, потписан 1957. године у Риму, који је ступио на снагу 1958. године, закључен на неодређено вријеме, а после је ступања на снагу Споразума из Мастрихта, овај Уговор је преименован у Уговор о оснивању Европске заједнице,

3. Уговор о оснивању Европске заједнице за атомску енергију, потписан 1957. године, ступио на снагу 1958. године и закључен на неодређено вријеме,

4. Јединствени европски акт из 1986. године, који је ступио на снагу 1987. године и у уставноправном смислу представља прву значајнију измјену и допуну (амандмане) оригинерних Оснивачких уговора,

5. Споразум из Мастрихта из 1992. године, ступио на снагу 1993. године и чине га четири уговора: Уговор о измјенама и допунама Уговора о оснивању Европске заједнице за угљ и челик, Уговор о измјенама и допунама Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију, Уговор о измјенама и допунама Уговора о оснивању Европске заједнице и Уговор о оснивању Европске уније,

6. Споразум из Амстердама из 1997. године, ступио на снагу 1999. године, којим су измијењени и допуњени Уговори о трима заједницама и Уговор о Европској унији,

7. Споразум из Нице, који је потписан 2000. године, ступио на снагу 2003. године.

Њиме су измијењени и допуњени Уговори о трима заједницама и Уговор о Европској унији. Посебно треба нагласити да све ове оснивачке уговоре прате многобројни протоколи и декларације који чине њихове саставне дијелове.

Осим оснивачких уговора, у групу примарних извора спадају и Споразуми о фузији или спајању органа три Заједнице (Конвенција о одређеним институцијама које су заједничке Европским заједницама, из 1957. године и Уговор о сједињавању потписан 1965. године, а ступио на снагу 1967. године, који су Уговором из Амстердама стављени ван снаге). Затим, ту спадају и читав низ Уговора о приступању нових земаља чланица, почев од 1972. године па до данас.

Секундарни извори комунитарног права представљају право које су створили органи Заједнице у вршењу својих овлашћења на основу Уговора о оснивању. Ове прописе секундарног права доноси Европски парламент заједно са Савјетом, Савјет и Комисија, на основу овлашћења која су им на основу вертикалне подјеле надлежности пренијеле државе чланице, а која су касније расподијељена између њих у складу са принципом хоризонталне подјеле власти. Отуда морају бити у складу са примарним изворима и међусобно усклађени, о чему се стара Суд правде.<sup>5</sup>

У секундарне изворе комунитарног права спадају: комунитарне уредбе, комунитарна упутства и одлуке, као обавезујући акти или инструменти, и препоруке, мишљења и други неименовани акти, као необавезујући инструменти. Ови извори по својој правној природи подсјећају на законске и подзаконске акте који у државама доносе законодавни и извршни органи власти.

Иако је Споразум о стабилизацији и придруживању као примарни извор комунитарног права потписан 16. јуна 2008. године хармонизација права у скоро свим областима је започела много раније тј. ступањем на снагу Дејтонског мировног споразума<sup>6</sup> чиме су *de facto* започеле политичке, привредне и правне реформе као предуслов за процес интеграција са међународним организацијама и установама. Наиме, Европска комисија је 18. новембра 2003. године објавила Студију изводљивости која разматра спремност Босне и Херцеговине да започне преговоре о Споразуму о стабилизацији и придруживању са Европском унијом. У Студији је закључено, да Босна и Херцеговина треба да постигне значајан напредак у рјешавању 16 реформских подручја наведених следећим областима:

1. Испуњавање постојећих услова и међународних обавеза
2. Ефикасна управа
3. Ефикасна јавна управа
4. Европске интеграције

<sup>5</sup> Поближе видјети Витомир Поповић и Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Бањалука-Крагујевац, 2005, страна 74.

<sup>6</sup> Овај споразум је ступио на снагу и почео да се примјењује 14.12.1995. године.



5. Законске одредбе, гаранција људских права
6. Ефикасно судство
7. Борба против криминала/организованог криминала
8. Управљање питањима азила и миграције
9. Реформа царинског и пореског система
10. Закон о буџету
11. Буџетска пракса
12. Поуздани статистички подаци
13. Конзистентна трговинска политика
14. Интегрисано енергетско тржиште
15. Стварање јединственог економског простора
16. Јавни РТВ систем

До сада је у претежном дијелу извршена хармонизација у области заштите људских права и слобода и домаће власти су преузеле обавезу потпуног поштивања Европске конвенције о људским правима и слободама, дајући јој приоритет у односу на домаће законодавство.<sup>7</sup>

Донесени су нови Закони о парничном поступку и усклађени са чланом 6 Европске конвенције о људским правима и слободама о ефикаснијем вођењу и завршавању парничних поступака<sup>8</sup>.

Истовремено са доношењем Закона о парничном поступку извршене су промјене и у области извршног поступка, доношењем новог Закона о извршном поступку<sup>9</sup>. Извршено је усклађивање читавог сета закона из области Кривичног права и Кривичног поступка као и његово прилагођавање са Женевским конвенцијама о заштити жртава рата и спречавању и кажњавању геноцида и другим актима из ове области. Донесени су Закони из области заштите потрошача, о систему индиректног опорезивања, статистици, Агенцији за унапријеђење страних

---

<sup>7</sup> Поближе видјети Закон о омбудсману за људска права БиХ и Републике Српске (Службени гласник БиХ и Службени гласник РС).

<sup>8</sup> Поближе видјети Закон о парничном поступку РС, (Службени гласник РС број 58/03 и Закон о парничном поступку пред Судом БиХ, (Службени гласник БиХ број 36/04).

<sup>9</sup> Поближе видјети Закон о извршном поступку РС, (Службени гласник број 59/03) и Закон о извршном поступку пред Судом БиХ, (Службени гласник БиХ број 18/03).

инвестиција, Агенцији за осигурање у БиХ, јавним набавкама, царинској политици БиХ, порезу на додатну вриједност (ПДВ), Агенцији за рад и запошљавање, Задругама, оснивању Извозно-кредитне Агенције БиХ, порезу на промет производа и услуга, акцизама у БиХ, храни, за лозима. Такође, усвојен је сет од осам закона, и то четири из области фитосанитарија (Закон о фитофармацеутским средствима БиХ<sup>10</sup>) и четири из области слободног кретања роба, који представљају правни оквир за успостављање цјелокупне инфраструктуре надзора над тржиштем и у крајњој линији воде либерализацији трговине. Усвајањем закона који се односе на техничке захтјеве за производе и оцјењивање усклађености (Закон о техничким захтјевима за производе и оцјењивање усклађености<sup>11</sup>), надзор тржишта (Закон о надзору над тржиштем у БиХ<sup>12</sup>), општа сигурност производа и општа сигурност хране (Закон о општој сигурности производа<sup>13</sup>), у БиХ је створен оквир за слободно кретање роба и гаранција за њихову сигурност. БиХ је, прије њиховог усвајања, била једина европска земља која није проводила прописе и процедуре о оцјењивању усклађености и било какве сигурности домаћих и увезених производа на њеном тржишту. Непостојање споменуте законске регулативе било је кључна препрека због које БиХ није могла користити предност трговинских мјера Европске уније, донесених у септембру 2000. године, према којим је земља формално могла извозити у ЕУ готово све производе без количинских и тарифних баријера уз неколико изузетака. Због тога није ни могла имати користи од Споразума о слободној трговини, којег је потписала са земљама некадашње Југославије, нити је могла закључивати сличне. Уласком у Процес стабилизације и придруживања БиХ је на себе преузела обавезу успостављања јединственог економског простора, у складу са принципима који вриједу на унутрашњем тржишту Европске уније. Функционисање таквог тржишта регулисано је великим бројем директива и уредби, наведених и у Бијелој књизи Европске уније, коју је издала Европска комисија како би земљама указала на приоритет тзв. *acquis communautaire*.

<sup>10</sup> Службени Гласник БиХ 49/04.

<sup>11</sup> Службени Гласник БиХ 45/04.

<sup>12</sup> Службени Гласник БиХ 45/04.

<sup>13</sup> Службени Гласник БиХ 45/04.

### **Закључна разматрања**

Искуства Републике Српске у хармонизацији права са правом Европске уније треба посматрати у оквиру укупног односа Босне и Херцеговине према овој регионалној организацији која ће нарочито доћи до изражаја потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању.

Ова искуства нису ни мала, али ни недовољно велика, да би могла имати значајну улогу у другим земљама које имају исти статус какав има и Босна и Херцеговина са Европском унијом. Процес стабилизације и придруживања представља веома велики изазов како за Републику Српску, тако и за Босну и Херцеговину, а испуњавање обавеза која се између осталог односе и на хармонизацију прописа утврђено је и посебним акционим планом усвојеним од стране Вијећа министара Босне и Херцеговине чију реализацију ће, у складу са Споразумом, пратити за то посебно именовано тијело.

**Prof. Vitomir Popović, LL.D.**

Full Professor

Dean of the Law Faculty in Banja Luka

### **THE EXPERIENCES OF THE REPUBLIC SRPSKA IN THE HARMONIZATION OF LEGISLATION WITH THE EU LAW**

#### **Summary**

*Experiences of the Republika Srpska in relation to harmonization of law with European Union law should be observed within a framework of overall relation of Bosnia and Herzegovina towards regional organization which will be particularly manifested by signing the Stabilization and Association Agreement.*

*These experiences are not small, but they are not also big enough in order that they could play a significant role in other countries that have the same status as Bosnia and Herzegovina has with European Union. A process of stabilization and association represents a great challenge for both, the Republika Srpska and Bosnia and Herzegovina, but fulfilling of obligations which are inter alia related to harmonization of regulations, is determined in a special action plan adopted by Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina whose realization will be monitored, in accordance with the Agreement, by a specially appointed body.*

**Key words:** *the Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina, the European Union, Stabilization and Association Agreement and harmonization.*

*Др Владимир Серјевић, редовни професор  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

*Вања Серјевић, судијски помоћник  
Трговински суд у Нишу*

## **ПРАВНО-ЕКОНОМСКИ ОСНОВИ ЗАДРУГА У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ И ЗАКОНОДАВСТВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

### **Апстракт:**

*Задруга је непрофитабилна привредна организација која тежи остваривању одређених интереса задругара на бази самопомоћи и економског учешћа. Реч је углавном о једној од следећих врста ових интереса: унапређењу и организацији производње и реализације одређених производа, изградњи стамбеног и пословног простора, набавци извесних сировина или готових производа, пружању одређених услуга, кредитирању, као и упошљавању. У задрузи се тежи процентуално мањем износу добитка, него ли код предузећа. Остварени добитак распоређује се пре свега у фондове задруге, најпре у резервни фонд који служи као први извор за покриће губитка. Затим, тежи се и очувању реалне вредности појединачних удела задругара.*

*У раду се врши критичка анализа углавном правно-економских одредби Закона о задругама. Она може бити основа његове измене и допуне. И то, у циљу развоја задруге као посебне привредне организације, која послује на трајно одрживој основи. И друго, у циљу хармонизације са законодавством економски развијених земаља (посебно у ЕУ).*

### **Кључне речи:**

*задруге, задругари, задружни савези, непрофитабилне привредне организације.*

## I

1. Питање задруга као посебне врсте привредних организација уређено је у Републици Србији путем *Закона о задругама* из 2006. године<sup>1</sup> (у даљем тексту, Закона). Овим актом замењен је претходни закон, који је донет 2005. године. У поменутом Закону садржано је више одредби прописа о задругама из ранијег периода, почев од 1996. године. Његова недовољна креативност, извесна неусклађеност са регулативом задруга у економски развијеним земљама, као и слаба развијеност задругарства у нашој земљи – намећу потребу уређења питања задруга новим законом.

У овом раду дајемо изванредан допринос утврђивању садржаја тог новог закона. Наше разматрање усмерили смо углавном на правно-економске основе задруга. Са једне стране, на критичку анализу тих основа у важећем Закону. И, са друге стране, на њихов приказ у иностраном законодавству.

2. Задруга је привредна организација. То значи да она у свом пословању остварује приходе, расходе и добитак. При томе, приходе остварује пре свега реализацијом производа и услуга. У свом пословању изложена је пословном ризику, али се може рећи да је тај ризик мањи него ли код предузећа. Предузеће тежи максимирању профита односно добитка. Што је већи профит, то је већи и ризик његовог остваривања. Повећање профита код предузећа заснива се на повећању обима производње и промета, тј. на повећању бруто прихода – што је у условима ограниченог тржишта задатак који се остварује уз посебне напоре и значајан ризик.

Као привредна организација, задруга не тежи максимирању профита, него пре свега остваривању одређених интереса својих чланова. То су они интереси ради чије остваривање је и основана. Наравно, задруга не послује са губитком, јер би губитак водио умањењу њене имовине. Она остварује изванредан добитак у складу са пословном политиком, а и тај добитак у функцији је остваривања одређених интереса

---

<sup>1</sup> Види, „Сл. гласник РС“, бр. 34/2006.

задругара. Обично је то, у релативном износу, значајно мањи добитак од добитка који остварују предузећа.

Остварени добитак задруге расподељује се пре свега у њене фондове (види чл. 56–58. Закона). Најпре, она има обавезни резервни фонд. У овај фонд, у складу са задружним правилима, уноси део добитка који је намењен покрићу губитка када се буде појавио у пословању. Затим, део добитка може издвајати и у друге наменске фондове. На тај начин вршило би се увећање имовине задруге. Али, што је посебно важно, долазило би до јачања способности самофинансирања задруге у обављању њених делатности, односно смањивања потребе за коришћењем скуних банкарских кредита. Није искључена ни могућност расподеле једног дела добитка задругарима, али то није основна сврха његовог остваривања.

**3.** Средства задруге могу се формирати на више начина (види чл. 49–55. Закона). Најчешће, формирају се на основу удела задругара. Задругар може уписати удео – пренети га у својину задруге – у новчаним средствима, или у неновчаним средствима која се изражавају у новчаном износу. Затим, формирају се често из чланарина задругара. До имовине се долази и оствареним радом и пословањем задруге (издвајањем дела добитка у одређене фондове), као и на друге начине. Имовина задруге обухвата пре свега право својине на покретним и непокретним стварима, новчаним средствима и хартијама од вредности. Ови елементи чине задружну својину. Поред тога, може обухватати и друга имовинска права, на основу којих у обављању делатности може користити и средства у својини задругара као и других домаћих и страних правних и физичких лица.

Као правно лице, за своје обавезе задруга одговара целокупном својом имовином (види чл. 6. и 7. Закона). Ако су обавезе веће, измирују се из имовине задругара солидарно, али највише до висине унетог улога у задругу, осим када је уговором о оснивању и задружним правилима предвиђен већи обим одговорности задругара за обавезе задруге. У правном промету задруга иступа у своје име и за свој рачун, у своје име и за рачун задругара, или у име и за рачун задругара. За обавезе које је задруга засновала са трећим лицима у име и за рачун својих члано-

ва, као и у своје име а за рачун својих чланова, одговарају задругари солидарно до висине средстава удружених у задругу, односно до висине јемства на које су се обавезали уговором.

4. Према Закону, задругари могу бити само физичка лица (види чл. 1. Закона). То јест, задругу оснивају само физичка лица. Правна лица не могу бити чланови задруге. Међутим, допушта се могућност да задруга обавља послове и са незадругарима и за незадругаре, ако је то у интересу задругара (види чл. 8. Закона).

Сваки задругар уписује једнаки удео. Уписани удео у валоризованом износу враћа се задругару по престанку његовог статуса, односно враћа се његовим наследницима. По основу једнаких удела, сваки члан задруге има једнако право гласа односно управљања задругом (право на један глас). Види о томе чл. 50–55. и 29. Закона.

Управо наведене одредбе у значајној мери ограничавају развој задругарства. Интереси задругара исказани по обиму и вредности нису једнаки. Према томе, нема потребе за једнаким уделима, као и за једнаким бројем гласова приликом управљања задругом. Затим, нема потребе ни за искључивањем правних лица као субјеката који могу формирати задругу. Битно је само да се пословањем задруге остварују одређени интереси задругара на непрофитабилној основи. Зашто, рецимо, производна предузећа не би могла да формирају задругу за заједничку набавку сировина, као и предмета потрошње за своје раднике? Или, потрошачку задругу, у оквиру које би се успостављала и развијала веза између производње и потрошње?

5. Неједнаки удели и неједнако право управљања, али и неједнака одговорност за обавезе задруге код пословања у своје име и за свој рачун, могу бити у функцији развоја задруге као посебне врсте предузећа. То јест, малог предузећа које не би тежило максимирању профита, него запослености и трајном обезбеђивању прихода и дохотка лица са већим уделом/уделима, са једне стране, и остваривању одређених интереса на принципима задругарства лица са мањим уделима, са друге стране. Могло би да послује слично као командитно друштво, где би чланови са већим уделима били комплементари а они са мањим уделима командитори. За обавезе задруге које не настају у име и за рачун за-



другара (по уговору којим задругар преузима одређену обавезу), а изнад су вредности имовине задруге, одговорност би сносили солидарно само комплементари.

Удео члана задруге користи се као капитал у њеном раду. Међутим, због пословања на непрофитабилној основи, он нема то својство према задругару. То јест, не доноси му никакав принос по основу власништва.

Задругару се врши валоризација удела, којом се задржава или чува његова реална вредност. Такође, задругар има право на повраћај валоризованог удела код иступања из задруге. Евентуално учешће чланова задруге у расподели оствареног добитка требало би да се остварује у облику увећања њихових удела, односно да буде у функцији њихове валоризације.

Лица се учлањују у задруге пре свега ради остваривања одређених интереса на непрофитабилној основи. При томе, имплицитно се остварује још један њихов интерес. То је интерес очувања реалне вредности имовине коју су уложили у задругу као свој удео, а коју нису били спремни да уложе на тржишту ради остваривања приноса.

6. Постоје различите области у којима се интереси појединих лица могу остваривати на принципима задругарства. Према томе се одређују и врсте задруга. У Закону се поименице наводе њихове следеће врсте: земљорадничке, стамбене, потрошачке, занатске, здравствене, омладинске, студентске, ученичке и штедно-кредитне. На крају њиховог набрајања истиче се могућност оснивања и других врста задруга за обављање производње, промета робе и вршења услуга (види чл. 2. и 3. Закона).

Све делатности задруга могу се свести на производне, прометне и услужне. Код производних задруга врши се пре свега организација и унапређење производње, као и реализације производа. Реч је овде о земљорадничким и занатским задругама. Преко стамбених задруга организује се производња стамбено-пословних објеката за потребе задругара. А преко прометних, заједничка набавка или продаја (набављачке, продајне, потрошачке и ученичке задруге). Услужне задруге у функцији су пружања одређених услуга својим члановима, али и другим лици-

ма (здравствене, омладинске, студентске и сличне). Код штедно-кредитних задруга ради се о заједничком обезбеђивању новчаних средстава и кредитирању задругара. Оне нису део банкарског система. То значи да не могу кредитирати незадругаре, нити прикупљати депозите од незадругара. Затим, не могу вршити креирање новца. То јест, могу пласирати само расположива средства, пре свега депозите задругара.

У Закону се не говори посебно о принципима задругарства, осим веома уопштено у члану 1. Али, они се могу наслутити из његовог садржаја. Као први принцип може се навести непрофитабилност. О томе је овде већ било речи. Може се додати, као под-принцип овоме, заједничко обезбеђивање средстава за пословање задруге на некомерцијалној основи (без права на добијање приноса на уложена средства). Следећи принцип био би једнакост положаја задругара у остваривању одређених интереса (право на једнаке цене производа и услуга, као и једнаке остале услове пословања). Код задруга које се оснивају и послују са уделима важи принцип очувања реалне вредности удела. Валоризовани удео се враћа задругару по његовом иступању из задруге. На крају, помињемо и принцип добровољности једног лица да буде члан задруге, или да иступи из ње. Односно, да буде члан више задруга.

7. Задруга се оснива уписом у посебан регистар (види чл. 4. тач. 6. Закона о регистрацији привредних субјеката).<sup>2</sup> Уз пријаву за упис подносе се: оснивачки акт, задружна правила, записник са оснивачке скупштине, као и друге исправе и докази. Оснивачки акт је уговор о оснивању. Изузетно, код ученичких задруга то је оснивачки акт правног лица које оснива ову врсту задруге (види чл. 10. Закона).

Поред бројних одредби – и у оснивачком акту, као и у задружним правилима – стоји и одредба о делатностима задруге. Међутим, нема одредбе о заједничким интересима задругара – који се остварују пословањем задруге. Они се могу утврдити у оквиру или уз делатности задруге, али је нужно да се нагласе посебно. Ови интереси се заснивају на задружним принципима и треба их само конкретизовати код осни-

---

<sup>2</sup> Види, „Службени гласник РС“ бр. 55/2004 и бр. 61/2005. Одредба чл. 14. Закона о задругама је у супротности са одредбом чл. 4. тач. 6. Закона о регистрацији привредних субјеката, па је треба ревидирати.

вања сваке задруге. Утолико више, што се примена задружних принципа истиче као први елеменат садржаја задружне ревизије (у чл. 75. Закона).

8. Законом се прописује и оснивање задружних савеза, на основу уговора о оснивању и утврђивању правила савеза (види чл. 68–74. Закона). И у овим документима не истичу се посебно и експлицитно задружни принципи. Задружни савези су правна лица која се, као интересне и стручне пословне организације, баве унапређењем делатности задруга и заштитом њихових заједничких интереса. Може се рећи да имају извесне сличности са привредним коморама (у које се удружују предузећа). Иако се у Закону не прописује изричито обавеза задруге да приступи задружном савезу, та обавеза се подразумева самим тим што су задруге подложне задружној ревизији коју врше управо ови савези. У интересу је – смањивања друштвене режије и развоја задругарства – да приступање задруге задружном савезу буде добровољно, а да задружну ревизију врше посебне установе у оквиру извршних и управних органа власти. Такве установе могле би да буду и надлежне за регистрацију задруга. Затим, могле би се финансирати од накнада за извршене ревизије.

9. Основна улога задруге, као специфичне врсте привредне организације, јесте остваривање одређених интереса задругара на принципима задругарства. Пре свега, уз ангажовање њихових сопствених ресурса и на непрофитабилној основи. Поред ове, она има значајну улогу и у вези остваривања више макроекономских и других друштвених циљева.

Развој задругарства води увећању привредне активности. Као посебна врста малог предузећа, задруга налази своје место на тржишту у оним областима где не постоје могућности за остваривање високог профита, или где се захтева штедња и рационализација (тј. обједињавање извесних послова). Заузимањем и искоришћавањем овог економског простора она доприноси увећању домаћег бруто производа, као и смањивању незапослености радне снаге.

Уз помоћ задруге обезбеђује се опстанак и развој ситних произвођача и кућног рада. Они се обједињују, врши се стандардизација и

унапређење њихове производње, што резултира у већој конкурентној способности на тржишту. Преко задруге налазе заједничке купце, нудећи им често и заједнички производ.

Поред наведеног, задругарство омогућава и смањивање сиромаштва. Многе потребе задовољавају се преко задруге брже због повољнијих услова набавке. Са једне стране, услед мањих новчаних издатака односно нижих цена. И са друге, услед извесног ангажовања и валоризације сопственог рада задругара (тј. делимичног плаћања сопственим радом). Смањивању сиромаштва доприноси и привремено запошљавање младих преко омладинских и студентских задруга.

Члановима задруге пружа се могућност посебне врсте инвестирања путем удела. Њена суштина је у следећем. Прво, врши се очување реалног износа инвестиране вредности. Друго, чланови задруге сами одлучују о намени и коришћењу уложених средстава, односно задружне имовине. И треће, ако нису задовољни пословањем и управљањем у задрузи, могу иступањем из ње узети своје валоризоване уделе. Нова инвестициона могућност најчешће резултира у повећању броја инвеститора, као и суме инвестиција у једној земљи.

На крају, истичемо да са развојем задругарства долазе до изражаја нови облик привредне организације и нови облик успостављања веза привредних субјеката на тржишту. Предузеће у свом пословању тежи бумирању, при чему агресивно делује на потребе путем рекламе, моде и слично. Овим доприноси развоју тзв. потрошачког друштва и повременој појави хиперпродукције. Супротно томе, задруга послује на трајно одрживој основи. Она за полазну основу нема очекиване и често предимензиониране потребе тржишта, него стварне потребе својих чланова. Преко потрошачких задруга, где се врши обједињавање и исказивање стварних индивидуалних потреба, могуће је повезивање производње и потрошње и смањивање неизвесности продаје.

Развој задругарства не умањује значај и улогу предузећа као основне привредне организације. Задруга и предузеће су комплементарни субјекти на тржишту. Према томе, законска регулатива у вези задруга не може заостајати.

## II

1. Дефиниција задруге, као организационог облика обављања делатности удружених физичких и/или правних лица на добровољној основи, јесте универзално (глобално) прихваћени концепт, који би у складу са препорукама Уједињених нација требало да усвоје сва национална законодавства.<sup>3</sup>

Препорука Уједињених нација, али и Међународне организације рада<sup>4</sup> и Међународног комитета за промоцију и развој задруга,<sup>5</sup> је да државе у закону користе дефиницију задруге дату у Декларацији о задружном идентитету коју је 1995. год. усвојила Међународна задружна алијанса.<sup>6</sup>

Према универзално прихваћеној дефиницији, задруга је самостална организација лица удружених на добровољној основи са циљем остваривања заједничких економских, друштвених и културних потреба и циљева, путем заједничког и демократски контролисаног привредног друштва. Декларација о задружном идентитету наведену дефиницију проширује набрајањем вредности и принципа задружног обављања делатности. Вредности задруге су: самопомоћ, самоодговорност, демократија, једнакост, правичност и солидарност, као и етичке вредности првих чланова (оснивача) задруге: поштење, отвореност, друштво-

---

<sup>3</sup> Section 11 of the *Draft Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives* (Annexed to the UN document A/56/73 – E/2001/68 Report of the Secretary-General: „Cooperatives in social development“), United Nations, New York, 14 May 2001.

<sup>4</sup> 2002 ILO Recommendation No. 193 on the promotion of cooperatives.

<sup>5</sup> COPAC (Committee for the Promotion and Advancement of Cooperatives) – Комитет је основан 1971. године са циљем промоције, учешћа и финансирања програма техничке сарадње у циљу подстицаја задругарства, договарања о стратегији развоја и преносу искустава о задружном праву, запослености, обједињавању и размени информација међу члановима. Чланови Комитета су мултилатералне, билатералне и међународне невладине организације које, међу својим непосредним циљевима, имају и промоцију и унапређење задругарства. Стални чланови-оснивачи Комитета су: Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), International Co-operative Alliance (ICA), International Federation of Agricultural Producers (IFAP), International Labor Office (ILO), United Nations (UN).

<sup>6</sup> International Co-operative Alliance: *Statement on the Co-operative Identity*.

на одговорност и брига за друге. Принципи задруге су смернице за практично остваривање вредности на којима почива задругарство. Наведено је укупно седам принципа, и то: 1) принцип добровољног и отвореног чланства, 2) принцип демократске контроле пословања за друге, 3) принцип економског учешћа чланова, 4) принцип самосталности и независности, 5) принцип образовања, обуке и информисаности чланова, 6) принцип међузадружне сарадње и 7) принцип бриге за друштвену заједницу.

Већ на први поглед, закључује се да дефиниција задруге у члану 1. Закона о задругама није потпуна, као и да не прати појмовно и техничко раздвајање вредности и принципа задругарства. Осим тога, наш закон је искључив по питању лица која могу основати задругу – „Задруга је облик организовања *физичких* лица. . .“, што није у складу са наведеном Декларацијом о задружном идентитету, нити са чланом 6. Правила Међународне задружне алијансе, у коме је наглашено да задругу могу основати и друштва (правна лица): „Any association of persons, or of *societies*, is recognised as a co-operative society, provided that . . .“.<sup>7</sup>

Потреба за прихватањем наведеног универзалног концепта задруге у домаћем законодавству проистиче из чланства Задружног савеза Србије у Међународној задружној алијанси, као и чланства Републике Србије у Уједињеним нацијама и Међународној организацији рада. Активности ових организација у процесу промоције и унапређења задругарства довеле су до настанка међународног задружног права, које је према неким ауторима, уздигнуто на ниво *јавног* међународног права.<sup>8</sup> Резултат обједињавања информација и активности тих тела на пољу унапређења задружног законодавства јесу Упутства за задружно законодавство (у даљем тексту: *Упутство*), настала под окриљем Међународне организације рада.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> ICA Rules, Amendments proposed to the General Assembly, unanimously adopted on June 6th 2008.

<sup>8</sup> Henry, Hagen: *Guidelines for Cooperative Legislation*, second revised edition, Geneva, International Labor Office, 2005, p. 5.

<sup>9</sup> *Ibid.*

Универзални концепт задруге, који дозвољава могућност да оснивачи и чланови задруге буду и правна лица, прихваћен је на регионалном нивоу,<sup>10</sup> као и на нивоу националних законодавстава у упоредном праву.<sup>11</sup>

Према препоруци 3.8.3.2. на страни 25. и 26. Упутства, национална законодавства не треба да ограничавају право чланства у задрузи само на физичка лица. Право на учешће у оснивању и приступ задрузи треба омогућити и правним лицима, јер се принцип демократске контроле пословања задруге „један члан – један глас“ примењује једнако на правна, као и на физичка лица. Правичност, међутим, захтева да у посебним случајевима закон омогући одступање од наведеног правила, тако што ће дозволити да се задружним правилима предвиди и право на више гласова за поједине чланове.<sup>12</sup> У таквим случајевима, потребно је у задружним правилима прецизно утврдити критеријуме за стицање тог права, и то по принципу једнакости и недискриминације чланова. Битно је, такође, да се право на више гласова не даје на основу висине појединачно уложеног капитала у задругу, већ сразмерно вредности послова које члан обавља са задругом. Осим овог случаја, изузетак од правила „један члан – један глас“ јавља се и код тзв. секундарних и терцијарних задруга, тј. код задруга које су чланови других задруга истих или сродних делатности.<sup>13</sup>

2. У погледу регистрације задруга, Правила ЕУ 1435/2003 од 22. јула 2003. год. о Статуту европског задружног друштва (SCE) у члану 11(1) одређују да ће се поступак регистрације европског задружног друштва вршити према прописима државе-чланице у којој се налази регистровано седиште друштва, и то пред органом који је законом те држа-

---

<sup>10</sup> Article 2, Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) – „SCE Правила ЕУ“.

<sup>11</sup> На пример: члан 4. ст. 1. словеначког Закона о задругама (*Zakon o zadrugah, uradno prečiščeno besedilo, Uradni list Republike Slovenije št. 62, stran 8664*); US Code, Title 7 (Agriculture), Chapter 12 § 291; Wisconsin State Law on Cooperatives - Chapter 185 § 185.11; New York State Law on Cooperative Corporations – Article 2 § 11 and Article 1 § 3(f).

<sup>12</sup> Словенија – člen 18 Zakon o zadrugah; Европска Унија – Article 59(2) SCE Regulation.

<sup>13</sup> Wisconsin State Law on Cooperatives - Chapter 185 § 185.12.

ве-чланице одређен за регистрацију јавних акционарских друштава. Словенија је, тако, према наведеном правилу, у Закону о задругама (56. člen) предвидела да се на поступак регистравања задруге примењују одредбе закона о привредним друштвима. У том смислу, може се сматрати да је одредба чл. 4. тач. 6. нашег Закона о регистрацији привредних субјеката у складу са наведеним решењима, али и нагласити потреба да се исправи правно-технички пропуст у редакцији одредаба чл. 14. Закона о задругама који прописује упис задруге у судски регистар.

Иако је означени концепт регистрације најприближнији принципу владавине права (тзв. квази-аутоматска регистрација – регистрациони орган проверава испуњеност законом прописаних формалних услова за упис), Упутства на стр. 21-22. указују на неколико материјалних (суштинских) предности система регистрације уз претходно одобрење органа јавне власти. То су: потреба да оснивање задруге одобри специјализовано-стручно тело у систему јавне власти, чији би помоћни чланови требало да буду задружни активисти (лица која обављају стручне послове и послове заступања и управљања задругом или задружним савезом); потреба и прагматичност решења да се у истом телу обједине функције јавне промоције задругарства, саветодавне улоге и помоћи задругарима, као и статистичко вођење података о регистрованим и активним задругама; спречавање злоупотребе правне форме ради постизања недозвољених циљева.<sup>14</sup> Пријава регистрације (са свом потребном документацијом) подносила би се овом органу ради одобрења, након чега би се примерак сертификоване пријаве за упис прослеђивао по службеној дужности надлежном органу за регистрацију.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Набројане функције су, према чл. 71. Закона о задругама, поверене Задружном савезу Србије. Ипак, више је него очигледно да, упоредо са реформом правно-економских основа задругарства у Србији, треба спровести свеобухватну студију о ефективној улози Савеза у промоцији задругарства и вођењу ажурне и транспарентне задружне статистике. Информисаност друштва у целини о тековинама задружног покрета предуслов је ефективне промоције удруживања ресурса и знања ради обављања привредне делатности на одрживој основи, тј. на принципима и вредностима задруге. Један од инструмената те промоције испољава се у систему тзв. информатичког друштва, на нивоу посебног сегмента интернет мреже (gTLD) „(dot)coop“, који је уведен 2000. године.

<sup>15</sup> Примере овог концепта регистрације налазимо у америчком праву - *Illinois Business Organizations (805 ILCS 310/ ) Co-operative Act, Sec. 4.*



3. Одредбом чл. 4. Закона о задругама предвиђено је да се задруге могу оснивати и пословати са уделима или без удела, у складу са уговором о оснивању и задружним правилима. У чл. 50. ст. 2. Закона предвиђено је да сваки задругар уписује једнак удео. Удели задругара, према одредби чл. 49. ст. 2. Закона, образују задружну својину, заједно са средствима оствареним радом и пословањем задруге и средствима које задруга стекне на други начин.

Наведене законске одредбе су превазиђене. Оне занемарују неке од основних вредности задругарства, као што је правичност, али и принцип економског учешћа по коме сви задругари остварују корист од задруге под једнаким условима, али у сразмери вредности (обима) послова које сваки од њих појединачно обави са задругом.

На страни 30. Упутстава наведено је да сваки члан треба да упише и уплати минимални број удела одређен у задружним правилима. У складу са таквим законским оквиром, препорука (стр. 36 – *Minimum obligatory content of the bylaws*) је да задружна правила обавезно предвиде минимални и максимални број удела које може уписати један члан. Такође, препорука је да се у задружним правилима предвиди обавеза уписа додатних удела или увећање вредности постојећих удела под тачно одређеним условима (неликвидност, инсолвентност задруге). Истовремено, уводи се могућност прихватања капиталне инвестиције трећих лица (*non-member investment*) у циљу увећања капиталне основе задруге и унапређењу њене конкурентности на тржишту. Може се закључити да је основна претпоставка наведених препорука о обавезној садржини задружних правила одсуство законског ограничења о обавези уписа и уплате *једнаких* удела чланова.<sup>16</sup>

Одредбом чл. 49. ст. 3. Закона о задругама предвиђено је да задруга користи задружну својину, а на основу других имовинских права

---

<sup>16</sup> Словеначки Закон о задругама (Zakon o zadrugah – 35. člen „Deleži“) предвиђа да сваки члан уписује најмање један удео. Вредност удела је једнака за све чланове, осим ако задружним правилима није предвиђена дужност неких чланова на упис обавезног удела различите висине или различити број обавезних удела исте висине, зависно од вредности уговорених послова тих чланова са задругом или од величине и приноса њихових газдинстава.

може користити и средства у својини задругара, као и средства других домаћих и страних правних и физичких лица. Ова одредба није довољно одређена, тачније, није јасно која су то друга имовинска права на основу којих задруга може користити средства других домаћих и страних правних и физичких лица. Да ли је реч о средствима које задруга користи у редовном пословању са трећим лицима који нису чланови задруге, или је реч о могућим облицима капиталне инвестиције трећих лица у делатност задруге, остаје нејасно.

Када је у питању пословање задруге са трећим лицима, одредбом чл. 8. Закона предвиђено је да задруга може, ако је то у интересу задругара и ако је тако утврђено њеним правилима, обављати послове и са не-задругарима и за не-задругаре, на начин и у обиму којим се не доводи у питање остваривање циљева због којих је задруга основана. Ова одредба је непрецизна. Потребно је, у складу са решењима из упоредног права, предвидети ограничење да вредност послова обављених са или за не-задругаре не може прећи укупну вредност послова обављених са члановима.<sup>17</sup> Такође, треба предвидети вођење двојног књиговодства за послове са задругарима и не-задругарима. Како због потребе једноставније рачуноводствене и задружне ревизије пословања задруге, тако и због једноставнијег обрачуна и контроле пореских обавеза.

У погледу могућих начина финансирања делатности задруге, на стр. 45-47. Упутстава наглашена је разлика између *интерног* и *екстерног* финансирања. Интерно финансирање заснива се на економском учешћу чланова задруге. Њихови удели гласе на име, недељиви су, непреносиви (уколико скупштина задругара не одлучи друкчије), не могу бити предмет принудног извршења и нису у промету. Накнадно финансирање се може обезбедити уписом додатних улога и доплатом већ уписаних улога. Такође, у циљу гаранције пословног бонитета задруге, могуће је у закону предвидети минимални износ њене капиталне основе.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *US Code Title 7 (Agriculture)*, Chapter 12 § 291.

<sup>18</sup> Такво решење, на пример, предвиђено је у *SCE Правилима ЕУ* (члан 3) – EUR 30.000, као и у неким америчким државама - *Illinois Business Organizations (805 ILCS 310/ ) Co-operative Act*, Sec. 1 - \$ 1.000.

Екстерно финансирање могуће је задуживањем задруге издавањем обвезница и других дужничких хартија од вредности под одговарајућим условима отплате (рокови и начин отплате, каматна стопа). Поред тога, може се омогућити професионалним инвеститорима (банке, осигуравајућа друштва) или пословним инвеститорима (кооперантима) да уложе капитал у задругу. Притом, треба имати у виду да овакав облик инвестирања трећих лица може угрозити основне принципе задругарства (принцип задружног идентитета и промоције интереса чланова задруге). Зато га треба ограничити, како у погледу максималног износа инвестиција, тако и у погледу права која се по том основу дају инвеститорима. У том смислу, препорука је да се инвеститорима ускрати право чланства у задрузи, као и да им се ускрати право гласа или оно ограничи само на питања која се тичу заједничке пословне сарадње задруге и инвеститора. Такође, треба ограничити максимални износ приноса на уложени капитал (дивиденде). Тако, на пример, Правила ЕУ о Статуту европског задружног друштва (чл. 14. и чл. 59) предвиђају могућност да екстерни инвеститори стекну статус члана, али се број гласова таквих чланова ограничава до 25% укупних гласачких права. Горња граница дивиденде се у упоредном праву обично ограничава до 8% или 12% приноса на уложени капитал годишње.<sup>19</sup>

4. Одредбе Закона о задругама о расподели вишка и покривању мањака (чл. 56–58) насталих у пословању задруге су веома уопштене. Основни принцип расподеле оствареног вишка у пословању са/за чланове задруге (стр. 46. Упутства) јесте обавезни пренос *минималног* процента вредности вишка у законски (обавезни) резервни фонд. Тај, минимални проценат издвајања треба прописати законом, као обавезу задруге која престаје оног тренутка када износ обавезних резерви достигне ниво основног капитала задруге (у висини вредности свих задружних удела).<sup>20</sup> У даљем пословању задруге, издвајања за обавезни резервни фонд вршила би се у проценту утврђеном у задружним правилима. Препорука је да се део оствареног вишка који се распоређује у

---

<sup>19</sup> US Code Title 7 (Agriculture), Chapter 12 § 291; New York State Law on Cooperative Corporations – Article 6 § 111 (a-3).

<sup>20</sup> SCE Regulation, Article 65 (2).

обавезни резервни фонд не опорезује, нарочито ако је предвиђена недељивост средстава фонда. Даље, препорука је да се добит остварена у пословању са трећим лицима (не-члановима задруге) у *целости* пренесе у обавезни фонд, као и сав приход од активности које нису у директној вези са циљевима задруге (нпр. продаја основних средстава).

Након попуњавања обавезног резервног фонда, препорука је (на стр. 48. Упутства) да се расподела преосталог дела вишка изврши на следећи начин: у друге наменске и остале фондове задруге, предвиђене задружним правилима (статутарни фондови); исплата приноса на унете уделе задругара и инвестиционе уделе трећих лица по каматној стопи која не сме бити већа од оне које пословне банке плаћају на одређене врсте депозита; деоба остатка члановима задруге сразмерно вредности послова обављених са задругом; могућа исплата премије запосленима у задрузи.<sup>21</sup>

5. У чл. 5. ст. 2. Закона о задругама предвиђено је да се задруга не може организовати као предузеће или други облик организовања, нити се може припојити или спојити с предузећем или другим правним лицем које није задруга. Чини се да је наведено ограничење условљено прописаном *недељивошћу* средстава обавезног резервног фонда (чл. 67. Закона). Ипак, упоредном анализом законских решења може се доћи до закључка да је такво решење превазиђено.

Преовлађује законски концепт *дељивости* средстава обавезног резервног фонда у случају ликвидације/стечаја задруге, уколико задружним правилима није другачије предвиђено.<sup>22</sup> Тај концепт нема карактер претходног услова, али олакшава промену правне форме задруге, као и њено спајање (или припајање) са другом организацијом или правним лицем. Могуће је, чак, предвидети и обрнут случај (могућност да се предузеће организује као задруга). У том смислу, упућујемо на решења из словеначког и америчког права.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *SCE Regulation*, Chapter V („Allocation of profits“) – Articles 65-67; Словенија – член 43-45. *Zakon o zadrugah* („Delitev presežka“), *Wisconsin State Law on Cooperatives* - Chapter 185 § 185.45 („Apportionment and distribution of proceeds“).

<sup>22</sup> Словенија – 48. член *Zakon o zadrugah*; *Wisconsin State Law on Cooperatives* - Chapter 185 § 185.71 (2,3).

<sup>23</sup> Словенија – *Zakon o zadrugah* (48.n i 48.p член – „Združitev in delitve z udeležbo drugih pravnih oseb“; 48.r член – „Sprememba pravne organizacijske oblike“; 48.s i 48.š

6. Одредбама чл. 64. ст. 1. Закона о задругама предвиђени су разлози за престанак задруге. У ст. 2. истог члана упућује се на случајеве у којима се, по правилу, спроводи ликвидација задруге, а у чл. 62. Закона на сходну примену закона којим се уређује правни положај предузећа. Не улазећи у недостатке правно-системског уређења поступка ликвидације у Закону о привредним друштвима (чл. 347-365), упућујемо на упоредно-правни модел ликвидације над задругама који је, по нашем мишљењу, потпунији и прецизнији (одваја се поступак добровољне од поступка принудне ликвидације; предвиђени су основи и услови за спровођење ликвидације под судским надзором – у судском поступку).<sup>24</sup>

---

člen – „Preoblikovanje drugih pravnih oseb v zadrugo“); Америка - *Wisconsin State Law on Cooperatives* - Chapter 185 § 185.61 („Merger and consolidation“), § 185.64 („Conversion of corporation“).

<sup>24</sup> *Wisconsin State Law on Cooperatives* - Chapter 185 § 185.71 („Voluntary dissolution“), § 185.72 („Involuntary dissolution“), § 185.73 („Liquidation under court supervision“).

**Prof. Vladimir Serjević, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

**Vanja Serjević, LL.B.**

Judge's Assistant

Commercial Court, Niš

## LEGAL AND ECONOMIC FOUNDATIONS OF COOPERATIVES IN THE DOMESTIC LEGISLATION AND IN THE EU LAW

### Summary

*Co-operative is a non-profitable business organization aimed at fulfilling specific interests of its members on the principles of self-help and member economic participation. Those interests are, mainly, one of the following: advancement and efficient organization of production and marketing of goods and services, construction of the housing and business facilities, supply of the input raw materials or finished products, supply of services, credit, as well as employment. Unlike business corporations, cooperatives' objectives are satisfied with proportionally much lesser profit, i.e. surpluses. Obtained surpluses are allocated, primary, into the cooperative (statutory) funds, first of all – into the legal reserve fund which is used as the prime source for loss coverage. Furthermore, one of the cooperatives' objectives is the preservation of the value of their members' shares.*

*The paper presents the critical and comparative analysis of the legal and economic impact of the most important provisions of the Serbian Law on Cooperatives. Therefore, it can provide a staple starting point for the amendments of the Law. Those amendments should serve the purpose of the promotion and advancement of cooperatives as the special type of business organization, capable of generating sustainable livelihoods. Furthermore, the underlying purpose of the paper is mirrored in the need to conform domestic law to well-defined cooperative legislations of developed countries (esp. in EU).*

**Key words:** *co-operatives (cooperatives), members (cooperative members), cooperative federations, non-profitable business organization.*

*Др Дијана Марковић-Бајаловић, ванредни професор  
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву  
и председник Савета Комисије за заштиту конкуренције*

## **У СУСПРЕТ НОВОМ ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ**

### **Апстракт:**

*После нешто више од три године примене важећег Закона о заштити конкуренције уочене су његове мањкавости које су била препрека ефикасној примени правила конкуренције у Републици Србији. Осим одређених неусглашености материјалноправних одредаба са правом Европске уније, кључни недостатак се огледа у ограниченим овлашћењима Комисије за заштиту конкуренције у поступцима које води против тржишних учесника који повреду правила конкуренције.*

*Предлогом новог Закона о заштити конкуренције унапређује се правни оквир за заштиту тржишне утакмице. Комисија за заштиту конкуренције добија значајна овлашћења у току поступка који се води ради утврђивања повреда конкуренције, која би требало да јој олакшају прибављање доказа. Комисија такође добија овлашћење да изриче новчане казне и мере учесницима на тржишту, које треба да допринесу очувању или успостављању тржишне утакмице. Коначно, уводи се институт ослобађања, односно ублажавања казне за учеснике картела који Комисији пријаве његово постојање и поднесу доказе о томе.*

*Аутор анализира предложена законска решења са аспекта њихове усглашености са европским и светским стандардима и тековинама правног система Републике Србије.*

### **Кључне речи:**

*нови Закон о заштити конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције, европски и светски стандарди о заштити конкуренције*

## У СУСРЕТ НОВОМ ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ<sup>1</sup>

### 1. Претходне напомене

Током Двдесетог века на тлу Србије, односно бивше Југославије, забележен је низ покушаја да се приватна ограничења тржишне утакмице уреде и санкционишу. Први прописи донети на тлу бивше Југославије који су садржали одредбе посвећене повредама конкуренције били су Закон о заштити индустријске својине из 1922. и Закон о нелојалној конкуренцији из 1930. године. У социјалистичкој Југославији, Основним законом о регулисању пословних односа на тржишту<sup>2</sup> забрањено је споразумевање у циљу постизања монополског или другог повлашћеног положаја. Устав СРЈ из 1963. године је забрану удруживања у циљу монопола подигао на ранг уставног начела. Године 1974. донет је први закон у потпуности посвећен заштити конкуренције, Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума.<sup>3</sup> Анти-монополским законом из 1996. године<sup>4</sup> радње ограничавања тржишне утакмице дефинисане су по узору на чл. 81. и 82. Уговора о оснивању ЕЗ. Кључна мана тог закона био је недостатак инструментарија за његово спровођење. Иако је законом основан орган за његову примену, Антимонополска комисија, он практично није деловао, јер није располагао законским гаранцијама самосталности и независности у одлучивању, као ни материјалним и техничким претпоставкама за свој рад.

Тек са усвајањем Закона о заштити конкуренције 2005. године<sup>5</sup> (у даљем тексту: Важећи закон) учињен је преломан корак у области заштите тржишне утакмице. Овим законом основана је Комисија за заштиту конкуренције, као самостална и независна организација задужена за његову примену. Комисија је почела са радом наредне, 2006. године. Комисија је у прве три године свога постојања водила и окончала

---

<sup>1</sup> Текст предат у штампу 25.06.2009.

<sup>2</sup> „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 30/62.

<sup>3</sup> „Сл. лист СФРЈ“, бр. 24/74.

<sup>4</sup> „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96.

<sup>5</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005.



већи број поступака контроле концентрација учесника на тржишту, утврђивања злоупотребе доминантног положаја и споразума којима се ограничава конкуренција.<sup>6</sup>

У примени Важећег закона уочени су недостаци који спречавају његову ефективну примену, од којих су најзначајнији следећи: недостатак овлашћења Комисије да прикупља чињенице и доказе неопходне за вођење поступка, било од учесника на тржишту, било од других државних органа и организација; недовољна овлашћења Комисије у погледу мера које може изрећи у циљу отклањања повреда Закона; примена правила општег управног поступка, која често пута нису адекватна потребама поступка који се води пред Комисијом; надлежност Управног одељења Врховног суда за спорове по одлукама Комисије, који претпостављају знања из области економије, што судијама по правилу недостаје; прекршајне санкције за повреде конкуренције, чије изрицање је у надлежности прекршајних судија, неспремних за изрицање високих новчаних казни.

Предлог новог Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту: Предлог закона)<sup>7</sup> има за циљ отклањање наведених недостатака. У тексту који следи анализирају се предложена законска решења са аспекта дефинисаног циља.

## 2. Материјалноправне одредбе

Материјалноправним одредбама прописа у области заштите конкуренције уређују се понашања учесника на тржишту која су забрањена или подвргнута контроли. У том делу нема великог простора за креативност законодавца, бар када је реч о државама које стреме учлањењу у Европску унију. Европска унија намеће државама кандидатима обавезу усаглашавања правила конкуренције са правилима која важе на унутрашњем тржишту ЕУ.<sup>8</sup> Циљ усаглашавања је стварање „једин-

---

<sup>6</sup> Годишњи извештаји о раду Комисије за заштиту конкуренције су доступни на сајту: [www.kzk.sr.gov.yu](http://www.kzk.sr.gov.yu)

<sup>7</sup> Предлог Закона је упућен Народној скупштини РС на разматрање и усвајање 20.03.2009. године.

<sup>8</sup> Тако се чланом 73. Споразума о придруживању и стабилизацији између Европских заједница и њихових чланица и Републике Србије („Сл. гласник РС – Међуна-

ствених правила игре“ (*level playing field*) за све учеснике тржишне утакмице на јединственом тржишту ЕУ, јер јединственог тржишта нема без јединствених правила игре.

Предлог закона доноси само незнатне измене материјалноправних одредаба у односу на Важећи закон, јер се већ приликом његове израде водило рачуна о усаглашености са правилима конкуренције ЕУ.

### 2.1. Циљ закона

Предлогом закона прецизиран је законски циљ тако да се у први план ставља корист потрошача. Несметано одвијање тржишне утакмице доприноси различитим економским и политичким циљевима који су кроз историју примене прописа о заштити конкуренције у свету имали приоритет. У раној фази развоја примат су имали политички циљеви, као што су равноправност учесника тржишне утакмице и правична дистрибуција друштвеног дохотка. У каснијој фази превагу добијају економски циљеви, статичка (производна и алокативна) и динамичка ефикасност (подстицај техничког напретка и иновативности), који треба да допринесу укупном благостању друштва или појединих њихових група (потрошача). С обзиром да кумулативно остваривање наведених циљева није увек могуће, јер се у одређеним случајевима међусобно супротстављају, савремена политика конкуренције опредељује добробит потрошача као ултимативни циљ. Искључиви критеријум процене (против)законитости одређеног тржишног понашања јесте допринос тог понашања благостању потрошача у виду нижих цена и разноврсне и квалитетне понуде робе и услуга. Наш законодавац се придружује овом тренду.

---

родни уговори, бр. 83/2008) прописује да „...није у складу са правилним функционисањем Споразума... I. споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције; II. злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на значајном делу;... Свако поступање супротно овом члану цениће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Заједници, нарочито из чланова 81, 82, 86. и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења која су усвојиле институције Заједнице.“

## 2.2. Персонална примена

Правила конкуренције се примењују на све учеснике на тржишту – привредна друштва, предузећа, предузетнике и друга правна или физичка лица који учествују у промету робе или услуга, непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно. У примени Важећег закона јављале су се недоумице око тога да ли се он односи и на јавна предузећа, односно привредна друштва и предузетнике који обављају делатности од општег интереса. Разлог недоумицама била је лоша нотехника.<sup>9</sup> Предлогом закона сада је јасно прописано да се примењује и на наведене субјекте, осим изузетно, ако би њихово излагање конкуренцији онемогућило обављање поверених послова.

Дефиниција повезаних учесника на тржишту је прецизирана, тако да набраја различите ситуације када ће се, за сврхе примене Закона, два или више учесника на тржишту сматрати једним учесником. За разлику од других области права, право конкуренције занемарује правну самосталност учесника на тржишту и нагласак ставља на економску међузависност. Економска међузависност постоји ако учесник на тржишту не доноси своје пословне одлуке самостално, већ под утицајем другог учесника на тржишту. Тако, два привредна друштва која су засебна правна лица сматраће се једним учесником на тржишту ако једно привредно друштво ефективно може да утиче на вођење послова у другом привредном друштву. Ефективност утицаја на вођење послова цени се на основу свих околности конкретног случаја, а Предлогом закона се наводе чињенице које су са тог аспекта релевантне, при чему се законодавац ослања на одредбе Закона о привредним друштвима.<sup>10</sup> Потребно је нагласити да је дефиниција повезаних учесника шира од од

---

<sup>9</sup> У првом делу одредбе члана 4. став. 2 Важећег закона користи се негација, која површнијег читаоца доводи у заблуду да је примена правила конкуренције у потпуности искључена у односу на наведене субјекте: „Овај закон се **не примењује** на предузећа, привредна друштва и предузетнике, који обављају делатност од општег интереса, као и на лица којима је актом надлежног органа додељен фискални монопол, **ако би примена овог закона спречила обављање делатности од општег интереса, односно обављање поверених послова.**“

<sup>10</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 125/2004.

дефиниције повезаних привредних друштава. Закон о привредним друштвима познаје само везе по основу учешћа у капиталу (већинско или друго контролно учешће) и уговора. Предлогом закона обухваћене су и ситуације када се могућност одлучујућег утицаја на вођење послова изводи из својинских и других имовинских права на имовини или делу имовине другог учесника на тржишту, потраживања, средстава за обезбеђења потраживања и др. На пример, ситуација у којој једно привредно друштво има дугорочно право закупа над производним или услужним капацитетима другог привредног друштва могла би се подвести под појам повезаних учесника на тржишту, јер ово друго привредно друштво не може самостално да доноси одлуке о начину и обиму коришћења својих капацитета.

### 2.3. Повреде конкуренције

Предлогом закона јасно су издвојене повреде конкуренције – рестриктивни споразуми и злоупотреба доминантног положаја, од других понашања која се уређују овим законом – концентрације учесника на тржишту.

Појам „рестриктивни споразуми“ замењује у Предлогу закона појам „акти којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција“ из Важећег закона. Препознатљива је намера законодавца да унапреди правну терминологију, која у области права конкуренције у Србији још увек није изграђена. С друге стране, релативно честа промена правне терминологије<sup>11</sup> умањује правну сигурност, јер субјекти на које се закон односи могу стећи погрешан утисак да је реч о неком другом облику противправног понашања, иако се у ствари ради само о различито прекомпонованој дефиницији забрањених споразума из члана 81. Уговора о Европској заједници.

За праксу је много значајније што се Предлогом закона уводи јединствен период изузећа појединих споразума од начелне законске забране. Максимални рок изузећа споразума који може одобрити Коми-

---

<sup>11</sup> Антимонополски законом из 1996. године се овај облик понашања означава као „монополистички споразуми“.

сија износи сада осам година, уместо досадашњих пет, односно 10 година за вертикалне, односно хоризонталне споразуме.

Предлогом закона, по угледу на законодавство ЕУ, уводи се институт споразума мањег значаја,<sup>12</sup> који утврђује генерално изузеће од законске забране рестриктивних споразума са незнатним утицајем на конкуренцију. Утицај на конкуренцију се процењује на основу критеријума тржишног удела учесника споразума. Уколико је реч о хоризонталном споразуму (споразум између учесника на истом нивоу производног или прометног ланца) или споразуму који има карактеристике и хоризонталног и вертикалног, споразум ће се бити изузет од законске забране ако укупан тржишни удео учесника споразума не прелази 10%. Вертикални споразум (споразум између тржишних учесника на различитим нивоима производног или прометног ланца) биће изузет од забране ако укупан удео учесника споразума не прелази 15%. Законодавац је превидео да по дефиницији учесници вертикалног споразума нису присутни на истом тржишту<sup>13</sup> и не могу имати заједнички (укупан) тржишни удео, те ће примена института споразума мањег значаја на вертикалне споразуме у пракси изазивати проблеме.

#### 2.4. Концентрација учесника на тржишту

Дефиниција концентрације учесника на тржишту је побољшана, тако да обухвата само статусне промене спајања и припајања. Важећим законом су као концентрације погрешно биле означене све статусне промене у смислу закона којим се уређују привредна друштва, што подразумева и поделу привредних друштава.

Предлогом закона уводи се претпоставка дозвољености концентрација учесника на тржишту. Концентрација ће бити забрањена само ако би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренци-

---

<sup>12</sup> *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)*, ОЈ С 368, 22.12.2001.

<sup>13</sup> Вертикални споразум је, на пример, споразум између произвођача и трговца на велико. Произвођач послује на тржишту производње, док трговац на велико послује на тржишту трговине на велико.

ју на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би за последицу имала стварање или јачање доминантног положаја.<sup>14</sup> Законодавац се овом одредбом определио за критеријум стварања, односно јачања доминантног положаја као кључни критеријум у процени дозвољености концентрација. У упоредном законодавству присутан је и други критеријум – критеријум значајног смањења конкуренције, који пружа одређене предности у процени ефеката концентрација на олигополским тржиштима, где нема доминације једног учесника на тржишту, али су ограничења конкуренције могућа због тенденције учесника олигопола да самостално иступање на тржишту замене координацијом свог тржишног понашања. У јурисдикцијама које примењују критеријум стварања, односно јачања доминантног положаја неопходно је допунити га применом института колективне доминације, уређен чланом 15. став 3. Предлога закона. Колективна доминација постоји ако између учесника на тржишту нема значајније конкуренције.

У односу на Важећи закон, значајно су подигнути прагови чим јим достизањем настаје обавеза пријаве концентрације Комисији пре њеног спровођења, чиме се постиже растерећење Комисије од непотребног поступања по предметима концентрација са занемарљивим или никаквим ефектом на тржиште Републике Србије и елиминишу сувишне административне баријере за инвеститоре. Обавеза претходне пријаве концентрације постоји уколико је:

1) укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачунској години већи од 100 милиона евра, а најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од 10 милиона евра, или

2) укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20 милиона евра у претходној обрачунској години, с тим што најмање два учесника имају приход на тржишту Републике Србије већи од 1 милион евра у истом периоду.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Члан 19. Предлога закона.

<sup>15</sup> Члан 61. Предлога закона.

Концентрације које се реализују путем понуде за преузимање у смислу прописа који уређују преузимање акционарских друштава морају бити пријављене Комисији и када нису испуњени услови у погледу висине укупног годишњег прихода. Иако није прецизирано да се обавеза пријаве односи само на концентрације у којима је циљно друштво акционарско друштво чијим акцијама се тргује на берзи или другом организованом тржишту хартија од вредности у Републици Србији, одговарајуће тумачење произлази из одредаба Закона о преузимању акционарских друштава.<sup>16</sup>

### 3. Положај Комисије и њених органа

Статус Комисије за заштиту конкуренције није битно промењен Предлогом закона. Она се, као и до сада, дефинише као самостална и независна организација, са статусом правног лица. Комисија за свој рад одговара Народној скупштини Републике Србије, којој подноси годишњи извештај о раду.

Комисија има два органа, председника Комисије и Савет, са јасно разграниченим надлежностима и овлашћењима, што је новина у односу на важеће законско решење.

Председник Комисије заступа и представља Комисију и руководи радом Стручне службе. Председник председава и руководи радом Савета, одређује известиоца приликом покретања поступка пред Комисијом, доноси решења у скраћеном поступку и закључке којим се управља поступком.

Савет Комисије је колективни орган кога чине председник Комисије и четири члана. Савет доноси све одлуке и акте из надлежности Комисије, осим оних који су законом стављени у надлежност председнику.

Раздвајање ингеренција председника и Савета треба да допринесе ефикаснијем руковођењу радом Комисије, што је сада поверено инокосном органу, уз очувану гаранцију објективности и непристра-

---

<sup>16</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 46/2006.

сности приликом доношења одлука у поступцима испитивања повреда конкуренције и контроле концентрација, када одлуке доноси колегијалан орган.

Битно су промењени поступак и услови избора председника и чланова Савета. Према досадашњем законском решењу кандидате за чланове Савета предлагали су овлашћени предлагачи: Удружење правника Србије, Научно друштво економиста Србије, Привредна комора Србије, Адвокатска комора Србије и Влада РС. Избор кандидата обављала је Народна скупштина РС. Наведено решење је имало за циљ да се избегне политизација Савета, али је трпело оправдане критике да може довести до сукоба интереса код чланова Савета који су предложени од стране професионалних удружења.<sup>17</sup>

Предлогом закона предвиђено је да се председник и чланови Савета бирају на основу јавног конкурса који оглашава председник Народне скупштине. Избор врши Народна скупштина на предлог одбора надлежног за послове трговине. Избор председника и чланова Савета се врши са две одвојене листе кандидата, већином од укупног броја народних посланика. Председник и чланови Савета морају бити угледни стручњаци из области права и економије са најмање 10 година радног искуства, који су остварили признате и значајне радове и праксу у релевантној области, нарочито области заштите конкуренције, који уживају углед објективне и непристрасне личности. Увођење института јавног конкурса доприноси транспарентности поступка избора, док би строжији услови избора у односу на услове прописане Важећим законом требало да допринесу да у поступку избора стручни критеријуми добију превагу над политичким. Сматрамо да је законодавац ипак пропустио прилику да пропише прецизне услове избора. Коришћење појмова као што су „признати и значајни радови и пракса“, „релевантна област“, „објективна и непристрасна личност“, отварају могућност примене различитих аршина, па и политичких.

---

<sup>17</sup> У пракси се, на пример, јавила недоумица да ли адвокат кога за члана Савета предложи Адвокатска комора може наставити да се бави адвокатуром и након што буде изабран за члана Савета, јер то није изричито забрањено чланом 38. Важећег закона.



Побољшање у односу на Важећи закон доносе одредбе којима се спречава сукоб интереса. Председник Комисије и чланови Савета не могу током трајања мандата обављати било коју другу јавну функцију или професионалну делатност, нити да се баве било којим јавним или приватним послом уз накнаду. Забрана се не односи на бављење научном делатношћу, делатношћу наставника високошколске установе и пословима у вези са стручним усавршавањем. Председник Комисије и чланови Савета имају статус функционера у смислу закона којим се уређује сукоб интереса при вршењу јавних функција. Председник Комисије и чланови Савета којима је престало чланство не могу бити заступници у поступку пред Комисијом најмање две године по престанку чланства. Чини се да је последња наведена забрана превише строга, посебно када се има у виду да одговарајућа забрана није предвиђена прописима који уређују положај судија или јавних тужилаца, иако опасност да се познанства стечена током обављања тих функција искористе за утицај на ток и исход судских поступака током каснијег бављења пословима заступања такође постоји. Друго, положај председника и чланова Савета је неповољнији у односу на положај судија и јавних тужилаца, јер се бирају на мандат од пет година. Судијска функција је стална, док се јавни тужиоци бирају на мандат од осам година. Забрана заступања у поступцима пред Комисијом онемогућава председника или члана Савета коме је престао мандат да се професионално бави заступањем у области у којој имају одговарајућа знања и искуства је дискриминаторног карактера и може да има штетне последице на развој струке.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Стручњаци са знањима из ове области су ретки чак и у земљама са много дужом традицијом заштите конкуренције него што је то случај са Србијом. Забрана заступања пред органима за заштиту конкуренције бившим члановима тих органа спречава их да примењују стечена знања и искуство. Одговарајућа забрана није позната у упоредном законодавству.

#### **4. Поступак пред Комисијом**

Пред Комисијом се воде поступци ради утврђивања повреда конкуренције, поступци пријаве споразума ради прибављања изузећа и поступци пријаве концентрација ради одобрења.

На линији досадашњег законског решења, Предлогом закона се предвиђа примена правила општег управног поступка, али уз много бројнија одступања. Поступак утврђивања повреда конкуренције подразумева прикупљање доказа о учињеним радњама и актима и њиховим ефектима на стање конкуренције од учесника на тржишту, државних органа и организација и других лица. Предлогом закона се Комисији поверавају неопходна овлашћења у односу на ова лица, која наликују овлашћењима истражних органа у кривичном поступку. Друго, трогодишње искуство у примени Важећег закона је показало да је неопходно прописати посебна правила којима ће се поступак пред Комисијом учинити ефикаснијим и Комисија се растеретити непотребног администрирања.

##### **4.1. Покретање поступка**

Битна новина у односу на досадашње законско решење јесте да се поступак за утврђивање повреде конкуренције покреће искључиво по службеној дужности. Трећа лица могу Комисији поднети иницијативу за испитивање повреде конкуренције, а Комисија на основу дискреционог овлашћења одлучује хоће ли се покренути поступак. Иако се овим законским решењем наизглед умањују могућности конкурената, потрошача и осталих лица која трпе штету због повреда конкуренције да остваре заштиту својих интереса у поступку пред Комисијом, може се изнети неколико аргумената њему у прилог. Комисија штити јавни интерес који се огледа у очувању или успостављању конкуренције на тржишту, који може, али не мора да се поклопи са приватним интересима учесника на тржишту. Комисија мора имати слободу да процени да ли се конкретном радњом угрожава јавни интерес и који је степен његовог угрожавања. Уколико би морала да води поступак по сваком захтеву оштећеног лица остало би јој мало простора да се бави повре-

дама конкуренције са значајним ефектом на тржиште, због њених ограничених ресурса. Друго, оштећена лица често имају потребу да прикрију свој идентитет, због страха од евентуалних штетних последица на будуће пословне односе. Због тога је и у досадашњој пракси од Комисије често тражено да води поступак по службеној дужности, на основу пријаве оштећеног. Треће, међу учесницима на тржишту и потрошачима још увек не постоје довољна знања о томе које радње или акти представљају повреде конкуренције у смислу закона којим се уређује заштита конкуренције. Обавеза вођења поступка и решавања одбацавањем захтева тих лица додатно је непотребно оптерећивала Комисију.

Закључак о покретању поступка доноси председник Комисије. Закључак се објављује у „Службеном гласнику Републике Србије“ и на интернет страни Комисије. Сврха објављивања закључка јесте да се трећа лица обавесте о покретању поступка, како би им се пружила могућност да Комисију обавесте или јој доставе податке, исправе и информације од значаја за предмет поступка. Изузетно, неће се објавити закључак о покретању поступка ако председник Комисије оцени да би то угрозило одвијање поступка.

Поступак по пријави концентрације и поступак за појединачно изузеће споразума покреће се по захтеву странке.

#### 4.2. Достављање

Проблем достављања је присутан у свим судским и управним поступцима. Предлогом закона се чини покушај да достављање у поступку пред Комисијом учини ефикаснијим.

Писмено које није достављено ни након поновљене доставе може се доставити тако што ће се објавити на интернет страни Комисије и сматраће се да је достављено протеком 15 дана од дана објављивања. На описани начин се достављају и писмена јавним саопштењем.<sup>19</sup>

Када се поступак води против учесника на тржишту који се сматрају повезаним учесницима, достава једном учеснику сматра се доставом свим повезаним учесницима.

---

<sup>19</sup> В. члан 84. Закона о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 31/2001).

### 4.3. Положај странака и трећих лица

Својство странке у поступку имају лица која су поднела пријаву концентрације или захтев за појединачно изузеће. Предлогом закона се не одређује да ли својство странке имају лица против којих је покренут поступак за утврђивање повреде конкуренције, односно за испитивање концентрације по службеној дужности. Предлогом закона се својство странке даје учеснику на тржишту против кога је покренут испитни поступак.<sup>20</sup> Законодавац не каже када се води испитни поступак, већ само одређује његову садржину. У испитном поступку се предузимају потребне доказне радње у циљу правилног утврђивања чињеничног стања, а нарочито се узимају изјаве странака, сведока, обавља се вештачење, прибављају се подаци, исправе и ствари, врши увиђај и привремено одузимање ствари.<sup>21</sup> Комисија може донети решење непосредно, без спровођења испитног поступка ако у поступку покренутом по пријави концентрације, на основу поднетих доказа и чињеница познатих Комисији, може основано да претпостави да та концентрација испуњава услове дозвољености (скраћени поступак).<sup>22</sup> *Argumentum a contrario* испитни поступак се води у свим осталим случајевима, а то значи и у поступку за утврђивање повреде конкуренције и поступку за испитивање концентрације по службеној дужности, одакле се изводи закључак да и учесници на тржишту против којих су покренути ти поступци имају својство странке.

Лица која су подносиоци иницијативе за испитивање повреде конкуренције нису странке у поступку. Они, као и даваоци информација и остала лица која учине вероватним свој правни интерес за праћење поступка имају право да буду обавештени о току поступка.<sup>23</sup>

Странке имају обавезу доставе, односно стављања на увид релевантних података, било да се воде у писаном, електронском или неком другом облику, исправа, ствари које садрже податке, као и друге ствари

---

<sup>20</sup> Члан 33. став 1. Предлога закона.

<sup>21</sup> Члан 41. Предлога закона.

<sup>22</sup> Члан 37. Предлога закона.

<sup>23</sup> Члан 43. Предлога закона.

које могу бити предмет доказивања у поступку, било да су дужне да их поседују, било да се основано претпоставља да их поседују.<sup>24</sup> У случају да странка не поступи по налогу Комисије трпи двојакe санкције. Прво, Комисија ће донети одлуку према стању расположивих доказа у предмету, а сумња која је последица изостанка наведених доказа ће бити узета на њену штету. Друго, може јој се изрећи мера плаћања процесног пенала у износу од 500 до 5.000 евра за сваки дан непоступања по налогу Комисије, или у случају да саопшти нетачне, непотпуне или лажне податке. Наведена одредба може у пракси показати одређене мањкавости, јер странке могу оспорити релевантност тражених података, исправа или ствари за поступак који се води пред Комисијом. Такође није прецизирано када ће странка бити у обавези да достави податке, исправе или ствари, а када само да омогући стављање на увид.

Обавеза доставе, односно омогућавање увида података, исправа и ствари, утврђена је и у односу на трећа лица за која се основано претпоставља да се код њих налазе, под претњом изрицања мере процесног пенала.<sup>25</sup> Наведена одредба је смештена у одељак закона под називом Посебне одредбе у поступку повреде конкуренције, па се може оправдано поставити питање да ли Комисија може да захтева доставу, односно увид у податке, исправе и ствари који се налазе код трећих лица у поступку контроле концентрација, у коме такође постоји потреба прибављања одређених података од трећих лица. Комисија често у поступку контроле концентрација има потребу да прибави податке о оствареним приходима, промету, обиму продаје и слично од конкурената учесника у концентрацији, како би правилно одредила њихов положај на тржишту, па је нужно циљно тумачити одредбу члана 48. тако да се односи на све поступке који се воде пред Комисијом.

На захтев странке, лица које је подносилац иницијативе за испитивање повреде конкуренције, као и трећег лица које је доставило или ставило на увид тражене податке Комисија може одредити меру заштите извора података или одређених података, ако оцени да је интерес подносиоца захтева оправдан, као и да је по значају битно већи у

---

<sup>24</sup> Члан 44. став 1. Предлога закона.

<sup>25</sup> Члан 48. Предлога закона.

односу на интерес јавности.<sup>26</sup> Законодавац није прописао садржину мере, већ је одредио да заштићени подаци немају својство информације од јавног значаја у смислу закона којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја. У образложењу Предлога закона наводи се да мера подразумева забрану објављивања и стављања на увид заштићених података јавности, странци (ако није подносилац захтева) или другим државним органима. Закључак о заштити извора података, односно о заштити података доноси председник Комисије. Мишљења смо да институт заштите извора података, односно података не штити довољно интересе странака и других учесника у поступку, јер је председнику Комисије дато дискреционо право да изриче меру заштите. Уместо тога, исправније би било предвидети забрану објављивања и саопштавања података који представљају државну, војну, службену или пословну тајну као што је то учињено важећим законом.<sup>27</sup>

Сваки облик комуникације између странке против које се води поступак пред Комисијом и њених пуномоћника чини „привилеговану комуникацију“.<sup>28</sup> Подаци и изјаве које чине садржај привилеговане комуникације имају третман заштићених података. Законодавац није препознао сврху института привилеговане комуникације, која се састоји у томе да се омогући странци и њеном пуномоћнику да слободно комуницирају, без бојазни да ће се подаци или изјаве саопштени током комуникације искористити као доказ у поступку за утврђивање повреде конкуренције који се води против странке, а не да се спречи њихово објављивање, односно саопштавање трећим лицима, што се постиже применом правила о заштићеним подацима.

#### 4.4. Сарадња Комисије са државним органима и организацијама

Државни органи и организације су дужни да сарађују са Комисијом и да јој доставе податке, исправе или друге доказе којима располажу, као и да дају образложено изјашњење о предмету захтева. Наведена обавеза се нарочито односи на органе и организације надлежне за

<sup>26</sup> Члан 45. Предлога закона.

<sup>27</sup> Члан 55. став 2. Важећег закона.

<sup>28</sup> Члан 51. Предлога закона.

послове статистике, пореске органе, органе и организације локалних самоуправа, привредне коморе и друге организације које врше јавна овлашћења.<sup>29</sup>

Посебна обавеза сарадње је прописана у односу на полицију која је дужна да Комисији пружи помоћ у извођењу појединих радњи у поступку, а нарочито код увиђаја и привременог одузимања ствари.

У случају непоступања или неблаговременог или непотпуног поступања по захтеву Комисија има две могућности. Она се најпре може обратити органу који врши надзор над радом органа или организације којој је упућен захтев, или органу коме одговара за рад, и тражити предузимање потребних мера у циљу прикупљања тражених података. Уколико сарадња и након тога изостане Комисија може јавно објавити информацију о томе.

#### 4.5. Овлашћења Комисије у току поступка због повреде конкуренције

Предлогом закона се уводе значајне новине у погледу овлашћења Комисије током вођења поступка због повреде конкуренције. Оне треба да допринесу лакшем прибављању доказа који странке прикривају или таје, а односе се на њихово понашање који представља повреду конкуренције (на пример, докази о постојању рестриктивног споразума).

Законодавац уводи институте ненајављеног увиђаја<sup>30</sup> и уласка у просторије<sup>31</sup>, који су по својој садржини слични институту претреса у кривичном поступку.

Ненајављени увиђај је изненадна контрола просторија странке или трећег лица које обавља службено лице Комисије. Ненајављени увиђај се може спровести ако се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица.

Током увиђаја службено лице Комисије може да: 1) уђе и прегледа пословне просторије, возила, земљиште и друге просторије у се-

---

<sup>29</sup> Члан 49. Предлога закона.

<sup>30</sup> Члан 53. Предлога закона.

<sup>31</sup> Члан 54. Предлога закона.

дишту странке и осталим местима где се обављају пословне и друге активности; 2) проверава пословна и друга документа, без обзира на начин њиховог чувања; 3) одузима, фотокопира и скенира пословну документацију; 4) печати пословне просторије и пословна документа; 5) узима усмене и писмене изјаве од заступника странке и њених запослених; 6) обавља и друге радње у складу са циљевима поступка.

Ако увиђај треба да се обави у просторијама странке или трећег лица службено лице Комисије има право уласка у те просторије, тако што ће власнику, односно држаоцу просторија предочити закључак о извођењу увиђаја и своју службену легитимацију. Закључак о извођењу увиђаја доноси председник Комисије, осим када увиђај треба да се спроведе у стану а власник, односно држалац се томе противи. У том случају увиђај се може извршити на основу судске наредбе коју доноси суд надлежан за одлучивање по тужбама против одлука Комисије. Описано законско решење представља битну разлику у односу на радњу претреса у кривичном поступку, која се може обављати само на основу судског налога.

Службено лице које спроводи радњу увиђаја може одредити привремено одузимање исправа и ствари пронађених током увиђаја, које су од значаја за одлучивање у поступку. Одузимање исправа и ствари може трајати најдуже до краја поступка.

#### 4.6. Поступак контроле концентрације

Пријава концентрације се подноси Комисији у року од 15 дана од дана извршења неке од следећих радњи:

- 1) закључења споразума или уговора (на пример, уговор о спајању или припајању, уговор о преносу удела или уговор о продаји акција),
- 2) објављивања јавног позива, односно понуде или затварања јавне понуде (мисли се на понуду за преузимање акција у поступку преузимања акционарских друштава),
- 3) стицања контроле.

У поступцима спровођења концентрација у којима се кумулирају неки од наведених релевантних радњи рок почиње да тече од дана извршења прве од тих радњи. На пример, ако се најпре закључи уговор



о преносу удела, а затим уговор изврши и стицалац удела стекне контролу над привредним друштвом на тај начин, рок за подношење пријаве концентрације тече од дана закључења уговора о преносу удела. Важећим законом описана ситуација није била регулисана, те су учесници у концентрацији могли да поднесу захтев за одобрење концентрације тек након стицања контроле над привредним друштвом.<sup>32</sup>

Новина у односу на Важећи закон је овлашћење Комисије да покрене поступак испитивања концентрације по службеној дужности. Таква могућност постоји у случају да учесници у концентрацији немају укупан годишњи приход који досеже прописане прагове, па нису имали обавезу пријаве концентрације, или ако је спроведена концентрација за коју није добијено одобрење, под условом да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%.<sup>33</sup> Наведеном одредбом омогућује се контрола концентрација са значајним ефектом на конкуренцију на тржишту Србије, које би у супротном остале изван домашаја Комисије.<sup>34</sup>

Поступак контроле концентрације се може водити као скраћени поступак, ако у поступку покренутом по пријави концентрације, на основу поднетих доказа и других чињеница познатих Комисији, може основано да се претпостави да концентрација испуњава услове дозвољености. Рок за доношење решења у скраћеном поступку је месец дана од подношења пријаве. Истеком тог рока Комисија мора донети решење или закључак о спровођењу испитног поступка, у супротном ће се концентрација сматрати одобреном.<sup>35</sup>

Законодавац је пропустио да одреди рок трајања испитног поступка у поступку контроле концентрације, а самим тим није могао дефинисати правну ситуацију када рок за испитни поступак истекне, а Комисија не донесе решење. У Важећем закону рокови за доношење ре-

---

<sup>32</sup> Види члан 25. став 1. Важећег закона.

<sup>33</sup> Члан 62. Предлога закона.

<sup>34</sup> У досадашњој пракси је било случајева да је Комисија имала сазнања о спроведеним концентрацијама које нису биле пријављене. У таквим случајевима једино средство које је Комисија имала на располагању било је подношење захтева судији за прекршаје за изрицање прекршајне казне.

<sup>35</sup> Члан 65. став 2. Предлога закона.

шења у поступку контроле концентрације су месец дана, ако се решење доноси у скраћеном поступку, односно четири месеца, ако је вођен испитни поступак. Недостатак Важећег закона је да није прописао правну последицу недоношења решења у утврђеним роковима, па се примењује правило о ћутању администрације, према коме се недоношење решења по захтеву странке у прописаном року тумачи као одбијање захтева. У упоредном законодавству се за поступак контроле концентрације редовно прописује супротно правило – да се сматра да је пропуштањем доношења решења у утврђеним роковима концентрација одобрена. Наш законодавац је ову правну последицу предвидео само за случај недоношења решења у скраћеном поступку.

Законодавац је непотребно предвидео временско ограничење за вођење поступка контроле концентрације по службеној дужности од три месеца. Рокови у поступку контроле концентрација се прописују ради заштите пословних интереса учесника у концентрацији, који су дужни да прекину спровођење концентрације до доношења коначне одлуке. У случају када је концентрација већ спроведена нема разлога да се ограничи рок за испитивање ефеката концентрације на тржиште, јер новонастали учесник на тржишту може несметано да обавља своју пословну активност током вођења поступка.

Формулација члана 65. Предлога закона даје основа за тумачење да Комисија може донети решење којим забрањује или условно одобрава концентрацију и у скраћеном поступку. У европској пракси такве одлуке се доносе редовно након вођења испитног поступка, који се спроводи када се у првој фази поступка контроле концентрације (у Предлогу закона означена као скраћени поступак) процени да концентрација може имати негативне ефекте по конкуренцију, те се одлучи да се спроведе друга фаза продубљеног испитивања ефеката концентрације. Изузетно се након истека прве фазе поступка контроле доноси одлука о условном одобрењу, али само онда када учесници концентрације, да би убрзали поступак, сами предложе услове који су спремни да прихвате да би концентрација била одобрена.

Предлогом закона се у поступку контроле концентрација на мала врата уводи институт европског права *statement of objections*, који

обавезује надлежни орган да пре доношења одлуке о забрани концентрације обавести учеснике концентрације о чињеницама и околностима које су основ за такву одлуку. Сврха института је да се учесницима концентрације пружи прилика да предложе органу услове и мере чијим спровођењем би се отклонили негативни ефекти концентрације на стање конкуренције на тржишту. Уколико орган нађе да су предложени услови прихватљиви доноси одлуку којом условно одобрава концентрацију. Условно одобрење концентрације је уређено чланом 66. Предлога закона, који предвиђа поступак позивања учесника концентрације на изјашњење, предлагања услова и доношења решења о условном одобрењу, али је пропуштено да се предвиди да се читав поступак одвија у току испитног поступка. Такође није предвиђено у чему се могу састојати предложени услови. У европској пракси то су мере понашања и структуралне мере на чије спровођење се обавезују учесници концентрације како би она била одобрена.<sup>36</sup>

У случају да Комисија утврди да је спроведена концентрација за коју није издато одобрење или да нису извршени услови и обавезе из решења којим се концентрација условно одобрава, може се изрећи мера деконцентрације, којом се учесницима концентрације налаже да предузму радње у циљу успостављања стања пре спроведене концентрације – поделу привредног друштва, отуђивање акција или удела, раскид уговора и друго. Није прописано да се наведена мера може изрећи и у поступку испитивања концентрације по службеној дужности, што значи да Комисија неће моћи ништа да предузме у случају концентрације која је спроведена, јер није постојала обавеза пријаве, а накнадно се установи да концентрација изазива негативне ефекте по конкуренцију.

---

<sup>36</sup> О врстама мера види доле под 5.3.

## **5. Управне мере које одређује Комисија**

### **5.1. Привремене мере**

Током трајања поступка због повреде конкуренције, Комисија може изрећи привремену меру којом ће наложити престанак вршења одређених радњи или примене акта, односно обавезу предузимања одређених радњи. Чини се да ће могућност примене института привремене мере бити битно смањена у односу на одговарајући институт у Важећем закону, јер је као искључиви разлог за доношење привремене мере у члану 56. Предлога закона утврђена опасност од наступања ненадокнадиве штете за лица на која се непосредно односе радње или акти које су предмет поступка. Занемарена је околност да Комисија делује у јавном интересу, те да би доношење привремене мере било оправдано увек када се већ у току поступка установи да је повреда конкуренције очигледна и значајна.<sup>37</sup> С друге стране, отклоњена је мањакавост одговарајуће одредбе Важећег закона, према којој је Комисија могла да изрекне привремену меру само на захтев странке или других учесника у поступку. Према новом решењу Комисија је слободна да одлуку о привременој мери доноси према свом нахођењу.

### **5.2. Прекид поступка**

Задржано је досадашње законско решење према коме Комисија може донети закључак о прекиду поступка који је покренут по службеној дужности ако је конкуренција повређена само у незнатној мери, а странка се обавезе да неће наставити или поновити радњу или акт којим се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција, односно да ће надокнадити или отклонити проузроковану штету. Прекид поступка може трајати најдуже шест месеци.

---

<sup>37</sup> Чланом 63. Важећег закона прописано је да се привремена мера може изрећи увек када постоји опасност од битне повреде конкуренције, као и када је то потребно ради заштите интереса странака у поступку.

### 5.3. Мере отклањања повреде конкуренције

У упоредном законодавству разликују се две врсте мера које могу изрећи тела надлежна за заштиту конкуренције у циљу успостављања, односно јачања конкуренције на тржишту: мере понашања (*behavioural remedies*) и структурне мере (*structural remedies*). Мере понашања се састоје од радњи које је починилац повреде конкуренције дужан да предузме или да се од њих уздржи како би се омогућио приступ новим конкурентима на тржиште или спречило њихово напуштање тржишта. Мере понашања су, на пример, обавеза закључења уговора одређене садржине, обавеза уступања сировина, неопходних ресурса или инфраструктуре, обавеза придржавања максималног нивоа цена и сл. Структурне мере су мере које омогућавају побољшање конкуритивне структуре тржишта повећањем броја конкурената. Примери таквих мера су подела привредног друштва, отуђење акција или удела у привредном друштву, отуђење имовине привредног друштва (на пример отуђење производног погона, продајних објеката, права индустријске својине). Важећи закон изричито је забрањивао Комисији изрицање структуралних мера.<sup>38</sup> Предлогом закона се уводи могућност изрицања како мера понашања, тако и структуралних мера.<sup>39</sup> Будући да се ови правни институти први пут уводе у наш правни систем, било би корисно, у циљу веће правне сигурности, да је законодавац набројио *exempli causa* конкретне мере које Комисија може изрећи. Уместо тога структурна мера се описно дефинише као обавеза развргавања настале структуре учесника на тржишту, нарочито путем продаје појединих његових делова или имовине другим лицима која нису повезана са учесником на тржишту, док се мера понашања крајње непрецизно одређује као давање налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања.

---

<sup>38</sup> Види члан 19. став 3. Важећег закона.

<sup>39</sup> Члан 59. Предлога закона.

#### 5.4. Мера заштите конкуренције

Иза назива „мера заштите конкуренције“ крије се новчана казна у висини до 10% укупног годишњег прихода коју Комисија може изрећи учеснику на тржишту. Мера се може изрећи када Комисија утврди да учесник на тржишту учинио повреду конкуренције – злоупотребио доминантан положај или закључио или извршио рестриктивни споразум, као и ако не изврши мере отклањања повреде конкуренције или спроведе концентрацију за коју није издато одобрење, односно не прекине са спровођењем концентрације до доношења одлуке Комисије.

Новчани износ мере се одређује решењем којим се утврђује повреда конкуренције. Решења Комисије се коначна у управном поступку, што значи и извршна, те ће учесници на тржишту којима је изречена мера заштите конкуренције бити у обавези да плате износ одређен решењем и пре одлучивања суда у евентуалном поступку по тужби против решења. Рок за плаћање износа мере се такође одређује решењем Комисије и не може бити краћи од три месеца нити дужи од годину дана од дана пријема решења. Уколико се утврђени износ не плати у остављеном року спроводи се принудна наплата по поступку принудне наплате пореза. Новчани износ мере се уплаћује у буџет Републике Србије. У случају да суд у поступку по тужби умањи износ или укине изречену меру, камате и остали трошкови који настану у том случају се исплаћују на терет средстава Комисије.<sup>40</sup> Наведено решење доводи Комисију у незавидан положај да одговара за штету коју претрпи учесник на тржишту због изречене мере заштите конкуренције. Штетне последице оваквог законског решења могу се само делимично спречити применом института одлагања извршења решења.<sup>41</sup> Комисија, наиме, може на захтев странке одложити извршење решења до правоснажности судске одлуке, ако би јој извршење нанело ненадокнадиву штету, нарочито ако би вероватно довело до стечаја или престанка обављања пословне делатности, под условом да одлагање није противно јавном интересу. Ако се има у виду да је чланом 68. став 3. Предлога закона предвиђен

<sup>40</sup> Члан 57. став 5. Предлога закона.

<sup>41</sup> Члан 71. став 3. Предлога закона.

рок застарелости изрицања и наплате мере заштите конкуренције који износи три године и тече од дана извршења радње, односно последњег дана извршења радње, или пропуштања испуњења обавезе, одлагање извршења решења до правоснажности судске пресуде по тужби против решења Комисије може имати за последицу да се мера заштите конкуренције не може наплатити због застарелости.

Предлогом закона се уводи институт ослобађања, односно ублажавања од казне за учеснике рестриктивних споразума који Комисији пријаве постојање споразума и доставе доказе о томе. То је институт познат у праву Европске уније, који је доживео врло раширену примену у пракси, и помогао европским органима у откривању и доказивању великог броја картела.<sup>42</sup> Привилегијом потпуног ослобађања од мере заштите конкуренције може се користити учесник споразума који је први Комисији пријавио постојање споразума и доставио доказе на основу којих је Комисија донела решење о постојању повреде конкуренције, под условом да у моменту достављања доказа Комисија није имала сазнање о постојању споразума, или је имала сазнања али није имала довољно доказа да донесе закључак о покретању поступка. Другом учеснику, који не испуњава услове за потпуно ослобађање, износ мере може бити смањен, под условом да у току поступка достави Комисији доказе који омогућавају окончање поступка и доношење решења. Повластицом ослобађања, односно умањења износа мере не може се користити учесник споразума који је иницирао његово закључење.

#### 5.5. Мера плаћања процесног пенала

Мера плаћања процесног пенала у износу од 500 до 5.000 евра за сваки дан понашања супротно налогу Комисије, односно непоступања по налогу може се изрећи:

1) странци, односно трећем лицу који не поступи по захтеву Комисије да достави или саопшти тражене податке, или јој достави или саопшти нетачне, непотпуне или лажне податке;

---

<sup>42</sup> Према изјавама европских званичника око 80% случајева картела које је водила Европска комисија откривени су на основе пријаве неког од учесника за програм ослобађања, односно ублажавања казне.

- 2) странци која не поступи по привременој мери;
- 3) учеснику у концентрацији који не поднесе пријаву концентрације у законском року.

Процесни пенал не може да износи више од 10% укупног годишњег прихода.

Рок за плаћање пенала не може бити краћи од једног нити дужи од три месеца од дана пријема решења.

### **6. Судска контрола решења Комисије**

Предлогом закона предвиђена је надлежност Управног суда за решавање у споровима по тужбама против решења Комисије, али је прелазним и завршним одредбама предвиђено да ће до почетка рада Управног суда по тужбама против решења Комисије судити Виши трговински суд.

Прописани су релативно кратки рокови за вођење спора, што би требало да допринесе њиховом ефикаснијем решавању: 30 дана за подношење тужбе, осам дана за достављање тужбе Комисији на одговор, 15 дана за давање одговора и два месеца од пријема тужбе за доношење судске одлуке. Остаје да се види колико су рокови реални, односно да ли ће суд у пракси моћи да их испоштује.



**Prof. Dijana Marković-Bajalović, LL.D.**

Associate Professor

Faculty of Law, University of East Sarajevo,

President of the Competition Protection Commission Council

### TOWARD A NEW ACT ON THE COMPETITION PROTECTION

*The Competition Protection Act has been effective for more than three years now. In this period, we have been able to observe some of its drawbacks which have been an obstacle to the effective application of the competition rules in the Republic of Serbia. Apart from certain inconsistencies and non-conformity of our substantive law with the EU law, the key drawback is reflected in the limited competences of the Competition Protection Commission the proceedings against the market participants who have violated the competition rules.*

*In the proposal on the new Competition Protection Act, the legal framework for the protection of the competition on the market has been significantly improved. The Competition Protection Commission has been given important competences in the proceeding for establishing the violation of competition rules, which should facilitate the Commission's work on collecting evidence. The Commission is also entitled to award fines and impose other measures on the market participants which are supposed to contribute to the preservation or establishment of market competition. Finally, the proposal has introduced the institute of release (exemption) or leniency in determining the sentence (punishment) for the cartel participants who make themselves known to the Commission, report unfair competition on the market and submit evidence to that effect.*

*In this paper, the author analyses the proposed legal solutions from the aspect of their conformity to and compliance with the European and international standards, as well as with the legal tradition of the Serbian legal system.*

**Key words:** *new Competition Protection Act, the Competition Protection Commission, European and international standards in competition protection*



*Др Зоран Миладиновић, ванредни професор  
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу*

**ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У  
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ  
– Стање и перспективе –<sup>\*1</sup>**

**Апстракт:**

У овом раду аутор се бави питањем заштите права интелектуалне својине у Републици Србији и ЕУ. Аутор најпре указује да је у Србији данас заштита права интелектуалне својине у нормативном смислу уређена у складу са међународним и стандардима заштите права интелектуалне својине у ЕУ. Ипак, и поред великог напретка у нормативном погледу, заштита права интелектуалне својине у Србији још увек није на задовољавајућем нивоу, нарочито у погледу практичне примене усвојених прописа.

Када је реч о заштити права интелектуалне својине у ЕУ, аутор истиче да је примарни циљ држава чланица ЕУ, стварање тзв. комунитарног права интелектуалне својине ЕУ, који још увек није постигнут, али је процес усклађивања националних прописа скоро заокружен. Ипак, у оквиру ЕУ право интелектуалне својине заузима високо место у погледу приоритета деловања, тако да се у скорој будућности може очекивати стварање права интелектуалне својине ЕУ.

**Кључне речи:**

интелектуална својина, Србија, ЕУ, стање, перспективе.

---

<sup>\*</sup> Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство науке Републике Србије.

## Уводне напомене

Интелектуална својина, термин који се данас све више користи, још увек није довољно познат. За многе људе то је и даље тајна-неки магловит правни појам од малог или никаквог значаја. Иако технологија и стваралачка уметност у потпуности прожимају савремено друштво, само ретки појединци заиста схватају праву вредност интелектуалне својине и потребу њене адекватне правне заштите. Недовољна упућеност о значају интелектуалне својине је разумљива (посебно када је у питању наша земља) јер је у прошлости ова област права била запуштена и препуштена стручњацима техничких наука и мањем броју правника. Међутим, времена су се променила: револуција информационе технологије и све бржи раст броја проналазака, утицај и значај проналазаштва, потражња за лепо дизајнираним производима, знатно боља продаја производа познатих робних марки, велика зарада од ауторских права<sup>2</sup> и др. у спрези са глобализацијом довели су интелектуалну својину у средиште пажње. Иако је интелектуална својина као нематеријално добро данас постала „моћно средство економског развоја“ она још увек није у свим земљама достигла адекватну правну заштиту, посебно у делу света који је у развоју.<sup>3</sup>

Имајући у виду значај интелектуалне својине с једне стране и њену недовољну правну заштиту с друге стране, Светска организација за интелектуалну својину (*World Intellectual Property Organization-WIPO*) упутила је позив за унапређење заштите права интелектуалне својине у целом свету. Такође, Светска организација за интелектуалну својину огласила је свеопшту вредност интелектуалне својине и указала да је интелектуална својина укорењена у свим народима, значајна у свим

---

<sup>2</sup> Примера ради индустрија ауторских права у САД коју чине књижевност, музика, архитектура, интерактивна забава по оствареном приходу већ годинама заузима прво место са око 475 милијарди долара прихода, што представља удео од 4,94% бруто националног дохотка. Наведено према: Камил И.: Интелектуална својина-моћно средство економског раста. – Београд, 2003, стр. 159.

<sup>3</sup> Камил И.: Оп. цит. стр. 7.

временима и културама, да је обележила светски развој и кроз историју доприносила напретку појединих друштава.<sup>4</sup>

У складу са темом научне конференције предмет разматрања у овом раду је заштита права интелектуалне својине у Републици Србији и праву Европске уније (даље ЕУ). Конкретно, предмет разматрања биће у којој мери је у Србији схваћен позив Светске организације за интелектуалну својину, за адекватну заштиту права интелектуалне својине, какав је систем заштите права интелектуалне својине у Србији и ЕУ тренутно и који су правци даљег деловања (у перспективи), у том погледу.

### **1. Заштита права интелектуалне својине у Србији – стање**

Иако је Краљевина Србија била једна од 11 земаља које су прве потписале и ратификовале Међународну конвенцију за заштиту индустријске својине 1883. (Париску конвенцију-ПК), заштита интелектуалне својине у нашој земљи, ни законски а ни у практичном смислу није увек била на завидном нивоу. Генерално се може извести закључак да се у нашој земљи овој области права неоправдано посвећивало мало пажње. озбиљнији приступ законском уређењу интелектуалне својине у нашој земљи после Другог светског рата учињен је крајем 90-их година XX века, усвајањем сета закона који интелектуалну својину територију у складу са значајем који она има у реалном окружењу.

После десетогодишње примене прописа усвојених током 90-их година, у периоду од 2004. до 2006. године, целокупна област права интелектуалне својине у нашој земљи уређена је новим законским решењима и то не само законима који непосредно уређују материју интелектуалне својине већ и одредбама кривичног и управног права.

Постоји више разлога зашто се приступило доношењу нових а не измени постојећих закона.

---

<sup>4</sup> WIPO, Светска декларација о интелектуалној својини (WO/GA/26.4. Анех 4) донета на Скупштини земаља чланица WIPO септембра 2000.

Први је што је у последњих неколико година на међународном нивоу усвојено неколико аката са којима је требало усагласити наше прописе о заштити интелектуалне својине. Посебан значај у том смислу имао је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине-ТРИПС (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Друго, крајем 2002. године, наша земља (бивша СРЈ) ратификовала је више међународних конвенција и уговора,<sup>5</sup> из области интелектуалне својине што је такође подразумевало да се наше законодавство из ове области усклади са ратификованим документима.

Трећи разлог је јак притисак развијених земаља (нарочито земаља чланица ЕУ) да се у нашој земљи (али и у суседним) заштита права интелектуалне својине подигне на *знатно виши ниво*, што је подразумевало не само доношење адекватне законске регулативе, већ и обуку кадрова у циљу спровођења усвојених прописа, обезбеђење одговарајуће инфраструктуре и др.

Као резултат напред наведених чињеница у погледу заштите права интелектуалне својине у Србији су од 2004. године до данас остварени значајни резултати.

Током 2004. године, тадашња Скупштина Државне заједнице Србија и Црна Гора (у чијој је надлежности била заштита интелектуалне својине) усвојила је Закон о патентима,<sup>6</sup> а у децембру исте године усвојени су и Закон о жиговима, Закон о правној заштити дизајна, Закон о заштити топографија интегрисаних кола и Закон о ауторском и сродним правима.<sup>7</sup> Половином 2006. године усвојен је Закон о ознакама географског порекла.<sup>8</sup> Међутим, пошто су поједина питања заштите права интелектуалне својине била у надлежности тадашњих држава

---

<sup>5</sup> Конвенцију о заштити уметника извођача, произвођача фонограма и установа за радиодифузију (Римска конвенција), Конвенцију о заштити произвођача фонограма од недозвољеног умножавања њихових фонограма (Женевска конвенција) Уговор о ауторском праву (УАП) и Уговор о интерпретацијама и фонограмима (УИФ).- Сви ови акти објављени су у Сл. Листу СРЈ-Међународни уговори бр. 13/2002.

<sup>6</sup> Сл. лист СЦГ 32/2004.

<sup>7</sup> Сл. лист СЦГ 61/2004.

<sup>8</sup> Сл. лист СЦГ 20/06.

чланица, Србија је током 2005. и 2006. године усвојила још неколико закона, који на непосредан или посредан начин уређују заштиту права интелектуалне својине.

Тако је крајем 2003. године, Србија усвојила Царински закон<sup>9</sup> који у глави VI уређује мере за заштиту права интелектуалне својине на граници. Затим је 2005. усвојен нов Кривични законик<sup>10</sup> којим је кривичноправној заштити интелектуалне својине посвећена читава једна глава (*Глава XX кривична дела против интелектуалне својине*).

Такође, половином 2005. године усвојен је Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала,<sup>11</sup> којим је предвиђено образовање посебних државних органа за борбу против високотехнолошког криминала у који су сврстана и нека кривична дела против интелектуалне својине.

Процес усвајања одговарајућих прописа заокружен је половином 2006. године, усвајањем Закона о посебним овлашћењима ради ефикасније заштите права интелектуалне својине,<sup>12</sup> којим се инспекцијским органима ставља у надлежност спровођење закона у циљу ефикасније заштите права интелектуалне својине.

Према томе ако је за распрострањено кривотворење и пиратерију у нашој земљи у протеклом периоду као узрок означен недостатак прописа,<sup>13</sup> данас се то не може рећи јер у погледу законске регулативе ово питање у доброј мери је решено.

### 1.1. Грађанскоправна заштита права интелектуалне својине

У складу са одредбама ТРИПС-а (чл. 42-62) и регулативом Европске уније, у новоусвојеним прописима из области интелектуалне својине, грађанскоправној заштити права интелектуалне својине посвећено је много више простора у односу на раније прописе. У том смислу новоусвојени прописи садрже следеће новине: проширена је

---

<sup>9</sup> Сл. Гласник РС 73/2003, 61/2005 и 85/2005.

<sup>10</sup> Сл. Гласник РС бр. 85/2005 исправка у Сл. Гласнику РС бр. 88/2005.

<sup>11</sup> Сл. Гласник РС 61/2005.

<sup>12</sup> Сл. Гласник РС 46/2005.

<sup>13</sup> Милан Гајовић: Недостатак прописа штити пирате, Политика 13. јул 2002.

листа тужбених захтева које тужилац може истаћи у тужби због повреде права, прецизно су уређена правила у вези са захтевом за одређивање привремених мера до правоснажности пресуде којом се утврђује да је право повређено и нарочито је значајно да су из закона који уређују индустријску својину (осим Закона о ознакама порекла) уклоњене одредбе према којима је тужилац, у случају да је повреда права извршена намерно, могао од суда да захтева да туженог обавезе на накнаду троштрокуг износа стварне штете и измакле добити.

Када је реч о тужбеним захтевима највећа новина је што новоусвојени закони предвиђају да тужилац од суда може да захтева и: одузимање, односно уништење, без било какве накнаде, производа који су настали или су стечени повредом права, одузимање, односно уништење, без било какве накнаде, материјала и предмета (прибора, алата и сл.), који су претежно употребљени при стварању производа којима се врши повреда права и давање података о трећим лицима која су учествовала у повреди права.

Код предлога за одређивање привремене мере новина је, да у случају да постоји опасност настанка неотклоњиве штете или ако је очигледно да постоји опасност од уништења доказа, суд може на предлог субјекта права приступити обезбеђењу доказа *без претходног обавештавања* или саслушавања лица од којег се докази прикупљају. Ипак, у циљу заштите туженог, суд може наложити подносиоцу предлога за одређивање привремених мера, да положи одговарајући износ новца као средство обезбеђења у случају да се у поступку покаже да је захтев био неоснован.

## 1.2. Кривичноправна заштита права интелектуалне својине

У погледу кривичноправне заштите права интелектуалне својине значајно је указати на две чињенице. Прво, у КЗС из 2005. године, кривичноправној заштити интелектуалне својине посвећена је посебна глава. Тиме је кривичноправна заштита интелектуалне својине заузела место које јој припада.

Према одредбама КЗС, кривичним делима против интелектуалне својине сматрају се: повреда моралних и имовинских права аутора и



интерпретатора, повреда имовинских права аутора и носилаца сродних права (чл. 198-200 КЗС), повреда проналазачког права (чл. 201 КЗС) и повреда права на дизајн (чл. 202 КЗС). Поред тога одредбом члана 233. као кривична дела санкционисане су и радње повреде жига и географске ознаке порекла, која су сврстана у кривична дела против привреде (Глава XXII – чл. 233). Посебно је значајно да с обзиром на висину запређених казни (и до осам година затвора) у већини случајева јавни тужилац покреће поступак *ex officio*.

Друго, усвајањем Закона о организацији и надлежности државних органа за бробу против високотехнолошког криминала учињен је значајан корак у погледу надлежности државних органа како у откривању, тако и у гоњењу и суђењу за кривична дела из области високотехнолошког криминала.

У циљу откривања учинилаца кривичних дела из области високотехнолошког криминала, у оквиру министарства унутрашњих послова образује се посебна служба за борбу против високотехнолошког криминала, која поступа по захтевима Посебног тужиоца (чл. 9 Закона). За поступање у предметима која представљају високотехнолошки криминал прописана је надлежност Окружног јавног тужилаштва у Београду за територију Републике Србије, у оквиру кога се образује Посебно одељење за борбу против високотехнолошког криминала (Посебно тужилаштво). Посебним тужилаштвом руководи посебан тужилац за високотехнолошки криминал, што је нова институција у нашем правосуђу.

За суђење за кривична дела из области високотехнолошког криминала надлежан је Окружни суд у Београду, за територију Републике Србије. У Окружном суду образује се посебно Веће за борбу против високотехнолошког криминала (чл. 10 и 11 Закона).

### 1.3. Управноправна заштита права интелектуалне својине

Управноправна заштита права интелектуалне својине у Србији обухвата два аспекта. Један обухвата преиспитивање коначних аката Завода за интелектуалну својину, којима се одлучује о захтеву за признавање појединих субјективних права индустријске својине. Други се

односи на заштиту права интелектуалне својине од стране царинских и инспекцијских органа, као посебних органа управе.

Сва субјективна права индустријске својине стичу се у управном поступку код Завода за интелектуалну својину. Акти Завода (решења и закључци) су коначни и против њих незадовољна страна нема право жалбе већ може водити управни спор код Врховног суда у року од 15 дана од дана правоснажности. Ово решење је у складу са правилом о преиспитивању коначних управних аката од стране суда, а садржано је као препорука и у ТРИПС.

Када је реч о заштити права интелектуалне својине од стране царинских и инспекцијских органа, овај облик заштите је новина у нашем праву, а резултат је усклађивања наших прописа са одредбама ТРИПС и регулативом ЕУ.

*Заштита права интелектуалне својине од стране царинских органа.*- Царинским законом Србије прописан је посебан поступак са робом којом се повређују права интелектуалне својине.

Према одредбама ЦЗ увоз, извоз или транзит робе којом се повређују права интелектуалне својине није дозвољен. Царински органи спроводе надзор по службеној дужности или на захтев субјекта права. Царински надзор на захтев носиоца права може бити појединачан и општи. Појединачан захтев носилац права интелектуалне својине подноси ако је у питању тачно одређена пошиљка за коју сумња да садржи предмете којима се повређују права интелектуалне својине. Општим захтевом носилац права интелектуалне својине унапред захтева од царинског органа спровођење поступка у циљу откривања повреде права интелектуалне својине.

Кад царински орган посумња да се у пошиљци налазе предмети којима се врши повреда права интелектуалне својине, прекида царински поступак и о томе обавештава увозника, носиоца права интелектуалне својине ако му је познат идентитет и орган надлежан за заштиту интелектуалне својине. Наведени субјекти су дужни да у року од 15 дана од дана пријема обавештења покрену судски поступак због повреде права интелектуалне својине. Ако у том року не буде покренут судски поступак, или суд на захтев носиоца права не донесе привремену меру

на основу које се одлаже пуштање задржане робе у промет, надлежни царински орган је дужан да спроведе царински поступак и пусти робу у промет ако су испуњени услови за увоз, извоз или транзит (чл. 244, став 2 Царинског закона). Ако се у поступку пред надлежним судом утврди да је повреда права интелектуалне својине извршена, роба привремено искључена из промета се *коначно одузима*. Одлуком суда може се одредити да се коначно одузета роба уништи, уступи без накнаде у хуманитарне сврхе, или да се прода ради рециклаже.

Мере заштите права интелектуалне својине не примењују се на некомерцијалну робу, лични пртљаг и поклоне које уносе путници у складу са одредбама царинских прописа.

*Заштита права интелектуалне својине од стране инспекцијских органа.*- Правни основ за овај вид заштите права интелектуалне својине у Србији садржан је у одредбама Закона о посебним овлашћењима ради ефикасније заштите права интелектуалне својине. Инспекцијски надзор спроводи се по службеној дужности обављањем редовних активности инспекцијских органа или по захтеву субјекта права.

По захтеву субјекта права, надзор се спроводи на појединачни или општи захтев. Ако након подношења захтева за предузимање мера дође до престанка права, подносилац захтева је дужан да о томе, без одлагања, обавести надлежни инспекцијски орган коме је захтев поднет, како би се поступак прекинуо.

У спровођењу закона, надлежни инспекцијски орган је овлашћен да привремено одузме предмете за које се сумња да се чини повреда права, узме узорке ради утврђивања повреде права или да изведе друге потребне доказе.

Подносилац захтева је дужан да сноси све трошкове који настану у вези са поступањем по његовом захтеву, уколико се у поступку утврди да није било повреде права. Подносилац захтева је такође обавезан да надокнади штету коју трпи лице од кога су предмети заштите били привремено одузети ако се у поступку утврди да није било повреде права.

Када се у поступку пред надлежним судом утврди да је повреда права интелектуалне својине извршена, привремено одузета роба се ко-

начно одузима, односно искључује из промета. Одлуком суда може се одредити да се коначно одузета роба уништи, уступи без накнаде у хуманитарне сврхе, или да се прода ради рециклаже (чл. 31, став 1 Закона).

Одлуку о коначном одузимању и уништењу, односно уклањању робе из промета, уступању без накнаде у хуманитарне сврхе или продаји ради рециклаже, може донети и надлежни инспекцијски орган и то у три случаја: **а/** када постоји основана сумња да се том робом повређују права интелектуалне својине; **б/** када носилац права није у року који му је оставио надлежни орган покренуо поступак пред надлежним судом којим захтева утврђивање повреде права; **в/** када се лице од кога је роба привремено одузета није, у остављеном року, упустило у поступак оспоравања разлога за привремено одузимање робе.

Приликом коначног одузимања робе води се рачуна да се умањи ризик поновне повреде права интелектуалне својине; да се не нанесе штета носиоцу права интелектуалне својине и да се носиоцу права омогући да предложи начин уништења робе, односно њеног уклањања из промета.

У складу са међународним стандардима, предвиђено је да се одредбе овог закона не примењују када роба у којој су опредмећена права интелектуалне својине није намењена *комерцијалним циљевима*, тј. када иста служи личним потребама.

## 2. Заштита права интелектуалне својине у ЕУ- стање

Земље ЕУ веома рано су покушале да створе право интелектуалне својине ЕУ (*наднационално право*).<sup>14</sup> У циљу превазилажења проблема различитог третмана права интелектуалне својине унутар заједнице, а у немогућности да се ово питање у свим областима уреди на наднационалном нивоу, земље ЕУ су се определиле за деловање у два правца.

---

<sup>14</sup> Тај покушај је учињен доношењем Конвенције о патенту заједничког тржишта 1975. године, која није ступила на снагу јер није ратификована у парламентима већине земаља.

Један правац деловања је усвајање Директива (смерница, упутства) којима се обавезују државе чланице да прилагоде своје прописе из области интелектуалне својине општем циљу који се поставља у конкретној Директиви. Директивама се постиже висок степен усаглашености националних прописа<sup>15</sup> што је претпоставка за доношење јединственог наднационалног прописа у будућности.

Други правац деловања је усвајање виших облика регулативе, Правила (Уредби) која имају карактер наднационалног прописа<sup>16</sup> и која се непосредно примењују у свим државама чланицама ЕУ. Да би се правила као наднационални прописи о заштити права интелектуалне својине могла примењивати на читавој територији Уније, неопходно је поред усвајања прописа формирање и наднационалних органа (Управе за интелектуалну својину). Овај процес није одмакао далеко и до сада је усвојено свега неколико Правила.

И док је процес усаглашавања прописа о интелектуалној својини унутар ЕУ био релативно лакши део посла, проблем који се посебно показао у пракси као теже решив био је на који начин обезбедити заштиту права интелектуалне својине субјектима права из земаља ЕУ у земљама које нису чланице ЕУ, и како овај проблем решити на међународном нивоу.

И у решавању овог проблема земље ЕУ деловале су у два правца.

У односу на земље које претендују да обављају трговинску размену са земљама чланицама ЕУ, а посебно са оним које претендују да постану њени пуноправни чланови, поред политичких, као један од услова поставља се и **адекватна заштита права интелектуалне својине** и то не само усаглашавање националних прописа из области интелектуалне својине са регулативом ЕУ, већ и њихово практично спровођење.

Други правац деловања био је усмерен на усвајање одговарајућег акта о заштити права интелектуалне својине на међународном нивоу. У том погледу, земље ЕУ имале су кључну улогу у усвајању ТРИПС. У том смислу Комисија ЕУ је у свом предлогу за строжије поступање

---

<sup>15</sup> Вукадиновић, Р.: *Право Европске уније*. - Београд, 1995, стр. 42.

<sup>16</sup> Вукадиновић, Р.: *Оп. цит. стр. 42.*

према кривотворењу и пиратству (П-31 од 14. јула 1994. године), изнела податак да трговина кривотвореном робом прелази 5% укупне светске привреде и да је само у 1992. години, она коштала ЕУ 100.000 радних места.

И поред тога, што унутар заједнице постоји потпуна сагласност у погледу адекватне заштите права интелектуалне својине, када је реч о стварању права интелектуалне својине ЕУ, земље чланице су још увек приврженије националном законодавству, тако да се радије опредељују за усаглашавање националних прописа него за усвајање наднационалних прописа и стварање наднационалних институција у овој области.

### 2.1. Право интелектуалне својине ЕУ као крајњи циљ

Као што је напред истакнуто, примарни циљ држава чланица ЕУ јесте стварање права интелектуалне својине ЕУ, тј. усвајање прописа који би имали наднационални карактер. Тај циљ је до данас само делимично остварен у смислу да је усвојено само неколико аката у форми Правила која се примењују на читавој територији Уније. До данас су као јединствени акти о заштити права интелектуалне својине у ЕУ усвојени и у примени су:

*Правило о царинским мерама са робом за коју се сумња да се повређују права интелектуалне својине.*<sup>17</sup> Овим правилом успостављен је механизам спречавања уласка на територију уније кривотворених и пиратских производа у којима су садржана права интелектуалне својине. Суштина решења садржаног у овом правилу је у томе да је предвиђен јединствен царински поступак са робом којом се повређују права интелектуалне својине, односно јединственим овлашћењима царинских органа од стране било које државе чланице ЕУ. Ипак, непостојање јединствене царинске службе (царинске службе ЕУ), већ паралелно функционисање националних царинских служби, умањује значај усвојеног правила, јер се поступак у случају повреде права интелектуалне својине, спроводи применом националних царинских прописа.

---

<sup>17</sup> Council Regulation (EC) No 3295/94 of 22. December 1994 laying down measures to prohibit the release for free circulation, export, reexport or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods). OJ L, 97, 18. 4.1996.

*Правило о комунитарном жигу.*<sup>-18</sup> Овим актом створена је могућност заштите одређене ознаке (стицање жига) са дејством на читавој територији Уније. Такав жиг мора бити регистрован код Бироа за хармонизацију у унутрашњем тржишту који је орган Уније и то по процедури предвиђеној Правилу. Пријава се може поднети и преко националне управе за индустријску својину. Након спроведеног поступка код Бироа, субјект комунитарног жига стиче овлашћења која производе правно дејство на читавој територији Уније.

*Правило о комунитарном дизајну.*<sup>-19</sup> Овим Правилу установљено је комунитарно право заштите дизајна, услови за заштиту дизајна, поступак заштите, садржина и трајање. У погледу поступка за признавање права на дизајн и његовог дејства ситуација је аналогна поступку стицања комунитарног жига. Регистровани дизајн траје укупно 25. година, с тим што се трајање права продужава сваких пет година (пет пута по пет година).

*Правило о увођењу сертификата о додатној заштити медицинских производа.*<sup>-20</sup> Овим актом, у ЕУ уведен је оригинални начин додатне заштите рока трајања искључивог права на коришћење патентом заштићеног проналаска који се односи на медицинске производе. Правилу је предвиђено да се додатна заштита не добија аутоматски, већ је установљено посебно *sui generis* право на сертификат о додатној заштити, које се стиче у поступку сличном за добијање патента. Правилу су прецизно дефинисани медицински производи који се користе за лечење људи и животиња, услови за добијање овог субјективног права, разлози за његов поништај, престанак и др. Суштина овог института је у следећем: Пошто од момента подношења пријаве за признавање патента до добијања прве дозволе за стављање лека у промет протекне доста времена (некада и десет година), а да се рок трајања патента као субјек-

---

<sup>18</sup> Council Regulation EC No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark OJ L, 11, 11.1.1994.

<sup>19</sup> Council Regulation EC no 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L, 003, 05.01.2002.

<sup>20</sup> Council Regulation EEC No 1768/92 of 18 June 1992. concerning the creation of supplementary protection certificate for medicinal products, OJ, L, 182. 02.07.1992.

тивног права рачуна од датума подношења пријаве, у великом броју случајева рок од двадесет година колико траје патент бива преполовљен. Да би се субјекту патента омогућило да поврати уложена средства, сертификатом се тај рок продужава највише за период од пет година. При томе, право почиње да тече након истека рока трајања патента и траје онолико времена колико је протекло од подношења пријаве до добијања прве дозволе за стављање производа у промет на тржишту али највише пет година.

*Правило о увођењу сертификата о додатној заштити производа за заштиту биља.*<sup>-21</sup> Уз неке изузетке, што је и разумљиво с обзиром на производе на које се односи, ово Правило уређује услове и поступак стицања сертификата о додатној заштити као *sui generis* права, али за производе који се односе на средства за заштиту биља. Разлози су исти као и они због којих је усвојено напред наведено Правило.

*Правило о комунитарном праву заштите биљних сорти.*<sup>-22</sup> Правилу о праву сортне заштите у ЕУ уведен је *sui generis* облик заштите за нове биљне сорте. У циљу правилне примене Правила, основана је и посебна Канцеларија за заштиту нових биљних сорти, код које се спроводи цео поступак заштите, од подношења пријаве до признавања нове биљне сорте. У погледу услова заштите нових биљних сорти, Правило углавном преузима решења из међународне конвенције. Признато право траје 25 календарских година, односно 30 година, за нове врсте дрвећа и винове лозе, при чему се рокови трајања рачунају од 1. јануара следеће године у односу на годину у којој је право признато. Признато право важи на читавој територији Уније, а пре истека рока заштите право може престати из разлога предвиђених Правилу.

---

<sup>21</sup> Council Regulation EEC No. 1610/96 of the European Parliament and of the Council of 23 July 1996. concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products, OJ L, 198. 8.8.1996.

<sup>22</sup> Council Regulation No 2100/94 on Community Plant Variety Rights, OJ L, 132, 2.11.1994.



*Правило о заштити географског имена и ознака порекла за пољопривредне производе и храну.*<sup>23</sup> Овим Правилком уређени су услови, поступак, садржина и заштита географских ознака порекла за пољопривредне и прехранбене производе, изузев вина и јаких алкохолних пића. За разлику од других права интелектуалне својине, ова област је у ЕУ сврстана у домен заједничке пољопривредне политике. Значај овог Правила је и у следећем: Прво географске ознаке из држава које нису чланице ЕУ могу се регистровати у ЕУ под условом да држава у питању има идентичне међународне контроле у погледу коришћења назива у односу на производ и да пружа реципрочну заштиту пољопривредним и прехранбеним производима пореклом из ЕУ. Друго, државе чланице могу вршити заштиту географске ознаке порекла применом националног законодавства, али са дејством на сопственој територији.

Такође, у поступку је усвајање *Правила о комунитарном патенту*<sup>24</sup> с великим изгледима да ће се усвојити.

## 2.2. Усаглашено право интелектуалне својине земаља чланица ЕУ

Након констатације о постојању великих разлика у националним прописима о заштити појединих права интелектуалне својине и чињенице да се на нивоу уније не може постићи сагласност о усвајању одговарајућих Правила, приступило се усвајању одговарајућих директива у циљу усаглашавања националног законодавства у погледу заштите појединих права интелектуалне својине. У том смислу, у области права интелектуалне својине до данас је усвојено више директива и то:

Директива о спровођењу права интелектуалне својине;<sup>25</sup>

Директива о правној заштити рачунарских програма;<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, OJ L, 208, 24.07.1992.

<sup>24</sup> (Proposal for Council Regulation on the Community patent (Document 500PC0412) [Http://euro-pa.eu.int/eur-lux/en/com/dat/2000/en-500PC0412](http://euro-pa.eu.int/eur-lux/en/com/dat/2000/en-500PC0412).

<sup>25</sup> Directive No 2004/48 EC of the European Parliament and of Council of 24 April 2004 on the Enforcement of intellectual property rights, OJ L, 157, 30.4.2004.

Директива о праву давања у закуп и на послугу, као и о одређеним правима сродним ауторском праву у области интелектуалне својине;<sup>27</sup>

Директива о координацији одређених ауторскоправних и сродноправних прописа који се односе на сателитско емитовање и кабловску реемисију;<sup>28</sup>

Директива о хармонизацији рока трајања ауторског права и одређених сродних права;<sup>29</sup>

Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву;<sup>30</sup>

Директива о праву слеђења у корист оригиналног примерка дела ликовне уметности;<sup>31</sup>

Директива о правној заштити база података;<sup>32</sup>

Директива о правној заштити биотехнолошких проналазака;<sup>33</sup>

Директива о правној заштити топографија полупроводничких производа;<sup>34</sup>

Директива о усклађивању прописа држава чланица у материји робног знака;<sup>35</sup>

---

<sup>26</sup> Council Directive No 91/205 of 14 May 1991 on the legal protection of computer Programs, OJ, L, 122, 17.5.1991.

<sup>27</sup> Council Directive 92/100 EEC on rental and lending rights and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, OJ, L 346, 27.11.1992.

<sup>28</sup> Council Directive 93/83/EEC of 27. September 1993. on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, OJ, L 248, 6.10.1993.

<sup>29</sup> Directive 93/98 EEC harmoniying the term of protection of copyrgiht and certain related rights, OJ L 290, 24.11.1993.

<sup>30</sup> Directive 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, O J L 167, 22 6.2001.

<sup>31</sup> Directive 2001/84 EC of the European Parliament and of the Council of 27. September 2001. on the resale right for the benifit of the author of an original work of art), O J L 272, 13.10.2001.

<sup>32</sup> Directive 96/9 EC of the European Parliament and of the Council of 11. March 1996. on the legal protection of databases, OJ, L, 077, 27.3.1996.

<sup>33</sup> Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6. July 1998. on the legal protection of biotehnological inventions, OJ L, 227, 1.9.1994.

<sup>34</sup> Council Directive 87/54/EEC of 16. December on the legal protection of topographies of semiconductor products, OJ, L, 024, 27.01.1987.

Директива о комунитарном дизајну);<sup>36</sup>

У поступку усвајања је и Предлог Директиве о усаглашавању прописа за заштиту проналазака корисним моделом.<sup>37</sup>

#### **4. Утицај регулативе ЕУ из области интелектуалне својине на заштиту права интелектуалне својине у Србији**

У Србији, односно бившој СРЈ је процес усвајања прописа који се заштита права интелектуалне својине уређује по узору на решења садржана у регулативи ЕУ започет још 1995. године. Актуелни прописи о заштити права интелектуалне својине у највећој мери су у складу са решењима усвојеним у ЕУ. Од свих аката ЕУ највећи утицај на заштиту права интелектуалне својине у Србији имала су два акта и то: Правило о царинским мерама са робом којом се повређују права интелектуалне својине и Директива ЕУ о спровођењу (поштовању) права интелектуалне својине.

Први документ је значајан због тога што су, по узору на њега, у Царински закон Србије унете одредбе о царинском поступку са робом којом се повређују права интелектуалне својине, којима се у нашој земљи ова материја први пут уређује царинским прописима.

Други документ је био узор за доношење Закона о посебним овлашћењима ради ефикасније заштите права интелектуалне својине, којим су надлежни инспекцијски органи први пут у нашој земљи добили овлашћења да спроводе мера за заштиту права интелектуалне својине.

---

<sup>35</sup> *First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1989. to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ, L, 040, 11/02/1989.*

<sup>36</sup> *Directive 98/71 EC of the European Parliament and the Council of 13. October 1998. on the legal protection of designs, OJ, L 289, 28.10.1998.*

<sup>37</sup> *Proposal for a European Parliament and Council Directive approximating the legal arrangements for the protection of inventions by utility model (KOM 97) 0691 final.*

## 5. Преспективе заштита права интелектуалне својине у Србији

И поред тога што је у Србији у последњих неколико година учињен велики напредак у погледу заштите права интелектуалне својине, у овој области предстоји још много посла, како би ова веома значајна област била уређена на потпун начин.

Пре свега, потребно је доношење Стратегије развоја права интелектуалне својине, како је то учињено у већем броју земаља у окружењу. У ту сврху требало би искористити светска и достигнућа ЕУ. Стратегија треба да обухвати стање са актуелним питањима, надлежности органа и организација, циљеве који се желе постићи од краткорочних, средњорочних и дугорочних.<sup>38</sup> Поред тога, потребно је створити стручан кадар (оспособљавањем постојећих кадрова у органима управе, нарочито инспекцијских), ради правилне примене прописа о заштити права интелектуалне својине.

Измена постојећих законских одредби које су се показале као неодговарајуће, или неприменљиве у пракси, је такође један од приоритетних задатка. Ту се пре свега мисли на одредбе о троструком износу стварне штете и измакле добити из Закона о ознакама географског порекла, у случају када је повреда права извршена намерно, али и одредби из других прописа о заштити интелектуалне својине према којима се у случају намерне повреде права од суда *уместо* накнаде штете може захтевати троструки износ накнаде који би био плаћен да је било законитог коришћења предмета заштите.

Специјализација судија у већа за спорове из области интелектуалне својине намеће се као нужност, концентрација судске надлежности такође би била од великог значаја.

Посебан напор се мора учинити на подизању свести грађана (али и државе) о значају права интелектуалне својине. Допринос томе треба да дају сви. Средства јавног информисања, стручна удружења, образовне институције, посебно Правни факултети који би кроз на-

---

<sup>38</sup> Закључци са XXI Сусрета Копачичке школе природног права 2008.-Завршни документ, Правни живот 2008.

ставне планове у већој мери требало да афирмишу изучавање права интелектуалне својине.

Све напред предложено могло би се знатно лакше реализовати уколико би се формирао Национални савет за интелектуалну својину, за шта се већ неколико година залаже секција за интелектуалну својину Копаоничке школе природног права.

## **6. Перспективе заштите права интелектуалне својине у ЕУ**

У ЕУ данас постоји неколико паралелних могућности заштите, односно стицања појединих субјективних права интелектуалне својине. У оним областима у којима је створено наднационално право интелектуалне својине (у области заштите ознаке порекла, права жига, права заштите дизајна и права заштите нових биљних сорти), стваралац одређене творевине може извршити заштиту, односно стећи субјективно право са дејством на читавој територији ЕУ применом одговарајућег Правила, са дејством на територији своје државе применом националног законодавства, или са дејством и на територији неке од држава које нису чланице ЕУ, применом одговарајућег међународног акта.

Иако на први поглед изгледа да је такав систем заштите повољан, чињенице показују да је задржавањем националног система заштите права интелектуалне својине у свим областима, и постојање наднационалног система заштите у ЕУ у појединим областима, створен један компликован систем заштите права интелектуалне својине.

Заштита права интелектуалне својине применом националног законодавства, ствара веома озбиљну правну препреку слободном промету робе и услуга између држава чланица ЕУ, што је у супротности са једним од главних економских циљева ЕУ, постојање јединственог унутрашњег тржишта на којем би се роба, услуге и капитал кретали без препрека на националним границама.

Ово озбиљно ограничење слободе кретања робе на територији ЕУ, тренутно се отклања на основу тумачења општих принципа садржаних у Уговору о оснивању ЕЕЗ из Рима 1957. године. По том тумачењу, роба у којој је садржано неко право интелектуалне својине и које је

заштићено у једној држави чланици, и под условом да су примерци производа легално произведени и пуштени у промет у тој држави, може бити предмет даљег промета на целој територији ЕУ, независно од националног права заштите интелектуалне својине других држава чланица. Дакле, као што се види, ради се о елиминисању тешкоћа територијалног дејства путем тумачења основног акта о оснивању ЕЕЗ (ЕУ) а не о решењу овог проблема применом наднационалног права интелектуалне својине ЕУ.

Поред овог основног недостатка, егзистирање националних прописа о заштити права интелектуалне својине, угрожава јединство унутрашњег тржишта ЕУ на још један начин. Наиме, нарушавање јединственог тржишта ЕУ утиче и на трошкове искоришћавања предмета заштите у државама чланицама, јер се за легално коришћење предмета заштите мора прибавити лиценца, која подразумева плаћање одговарајуће накнаде.

Како је напред истакнуто, наднационална регулатива за сада постоји у области заштите ознака географског порекла, права жига, права заштите дизајна и права заштите нових биљних сорти. За заштиту ових предмета заштите, односно стицање субјективних права са дејством на читавој територији Уније образоване су и одговарајуће институције које спроводе поступак, а регулатива која је правни основ за заштиту ових права садржи и процесне одредбе којима је уређен поступак стицања појединих субјективних права интелектуалне својине.

Кључно питање које стоји пред органе ЕУ у перспективи јесте усвајање одговарајућег акта о заштити проналазака на читавој територији Уније. То поред усвајања одговарајућег акта подразумева и образовање одговарајуће институције која би спроводила поступак за признавање европског (комунитарног) патента али и поступак судске заштите у случају повреде патента на читавој територији Уније.

Оптимизам да се овај циљ може реално остварити у скорој будућности заснива се на две чињенице: Прво, када је реч о стварању правног основа такав акт већ постоји у форми Предлога правила о комунитарном патенту, у коме су садржана сва она решења која су се као неспорна показала приликом рада на доношењу Конвенције о патенту

заједничког тржишта. Друго, када је реч о органу надлежном за вођење поступка, овај проблем би било могуће решити коришћењем инфраструктуре Европског завода за патенте, установљеног Конвенцијом о европском патенту.<sup>39</sup>

Поставља се онда питање шта је сметња да данас већ не постоји патент ЕУ, односно орган који би био надлежан за његово признање. Одговор није једноставно дати, али се чини да су у питању два разлога: Један је неспремност на одрицање од дела националног суверенитета у корист наднационалног органа, што би се можда и превазишло. Други је финансијске природе и то како у погледу прихода који би изгубили национални органи за признавање патента, тако и приходи, носилаца патента, који би били ускраћени за накнаду од лиценце за искоришћавање проналазака у оним државама које су за то заинтересоване.

### Закључак

Заштита права интелектуалне својине у Србији уређена је у складу са међународним и стандардима заштите права интелектуалне својине у ЕУ. Од свих облика заштите најзначајније је то што је кривичноправном заштитом за најтеже облике повреде права интелектуалне својине запређена казна и до осам година затвора, а јавни тужилац покреће поступак *ex officio*. Значај управноправне заштите је у томе што су царински и инспекцијски органи у Србији први пут добили овлашћења да врше контролу у циљу спречавања неовлашћеног коришћења интелектуалне својине. Но и поред великог напретка у нормативном погледу, заштита права интелектуалне својине у Србији још увек није на задовољавајућем нивоу, нарочито у погледу практичне примене усвојених прописа. Кључне ствари које се у перспективи морају решити су: доношење стратегије заштите права интелектуалне својине; подизање свести грађана о значају права интелектуалне својине

---

<sup>39</sup> Није у питању акт држава чланица ЕУ, нити је Европски завод за патенте орган ЕУ, већ је то акт, односно орган регионалног карактера свих европских држава (и оних које нису чланице ЕУ), али и ваневропских, које прихвате одредбе Конвенције о европском патенту.

на знатно виши ниво; оспособљавање кадрова за спровођење прописа о заштити права интелектуалне својине; специјализација судских већа за суђење спорова из области интелектуалне својине; концентрација судске надлежности и др.

Када је реч о заштити права интелектуалне својине у ЕУ, примарни циљ који су државе чланице себи поставиле, стварање права интелектуалне својине ЕУ још увек није постигнут, али је процес усклађивања националних прописа скоро заокружен. Ипак, у оквиру ЕУ право интелектуалне својине заузима високо место у погледу приоритета деловања, тако да се у скорој будућности може очекивати стварање права интелектуалне својине ЕУ.



**Prof. Zoran Miladinović, LL.D.**

Associate Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac

**INTELLECTUAL RIGHT PROPERTY PROTECTION  
IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND IN THE EU  
- The State and Prospective -**

**Summary**

*The Author in this work points out that in the sense of norms in Serbia, intellectual right property protection has reached the accordance with both international and the standards of intellectual right property protection in the EU. Out of all forms of property, the exceptional importance bear criminally – judicial and management – judicial property. By the criminally – judicial protection, the punishment is to be ordered punishment for the heaviest acts of hurting intellectual right property up to eight years imprisoning, and the public plaintiff starts the procedure ex officio.*

*By management – judicial protection, the customs and inspection bodies in Serbia, have, for the first time, got authorized to do controlling with the purpose of preventing unauthorized property rights use. Further on, the Author emphasizes that, although there has come to a considerable progress in the normative sense, the intellectual right property in Serbia still has not gained the satisfactory level, especially those concerning practical application of adopted regulations. The key issues, which are to be solved in the prospective are making the intellectual property right protection strategy; increasing the conscience of citizens on the importance of intellectual property rights protection to a considerably higher level; making the staff able of performing regulations on intellectual right property protection; specialization of Court Councils for leading trials from the area of intellectual property; Court jurisdiction concentration, etc.*

*When speaking of intellectual right property in the EU, the initial aim the countries members have set for themselves, the creation of the intellectual right property protection in the EU has not been reached yet, but the process of getting into accordance of national regulations is almost finished. Still, in the framework of the EU, the right to intellectual property protection has a high position in the sense of priority of*

*acting, so that in the near future one can expect establishment of intellectual rights property protection.*

*Having done an analysis of regulations of the Republic of Serbia and regulatives of the EU concerning intellectual property, the conclusion comes out that the intellectual right property of Serbia has, at its most in accordance with the EU regulatives. It only remains that adopted regulations be carried out in practice which has always been the main back draw in our Law.*

**Key words:** *Intellectual property, Serbia, the EU, state, prospective.*

*Др Срђан Голубовић, ванредни професор  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ О НЕЗАВИСНОСТИ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ И ПОЛОЖАЈ НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ**

### **Апстракт:**

*Темељни принцип, постављен правом Европске уније, на коме се заснива монетарна унија је независност Европске централне банке и централних банака држава чланица. Према овом принципу, Европска централна банка и остали субјекти јединственог монетарног система уживају пуну самосталност у вођењу монетарне политике. Штавише, европски стандарди о положају централне банке представљају правну тековину коју све земље кандидати за стицање пуноправног чланства морају да уграде у своје законодавство. Након сагледавања аргумената у корист независности, у раду се анализира усаглашеност домаћег законодавства са правом ЕУ у погледу статуса централне банке и указује на решења која одступају од стандарда ЕУ и која могу да доведу у питање независност монетарне институције. На крају рада, посебно се указује на потребу дефинисања граница независности централне банке и јачања инструмената за утврђивање њене одговорности од стране парламента и јавности, чиме би се отклонили честии приговори о мањку демократске легитимности врховне монетарне власти.*

### **Кључне речи:**

*Европска централна банка, независност, Народна банка Србије, монетарна политика.*

## **Увод**

Темељни принцип, постављен правом Европске уније, на коме се заснива европска монетарна унија је независност Европске централне банке и централних банака држава чланица, које све заједно чине Европски систем централних банака као институције одговорне за вођење јединствене монетарне политике. Уградњом принципа независности централно-банкарске институције у примарно право Европске уније предупредује се могућност вођења временски неконзистентне политике, односно политике која би на кратак рок услед монетарне експанзије довела до раста производње и запослености, а на дужи рок само до повећања трошкова изазваних растом стопе инфлације. Укупност норми којима се уређује положај Европске централне банке и националних централних банака држава чланица, посебно њихова самосталност у конципирању и вођењу монетарне политике чине део европских стандарда које земље кандидати морају да имплементирају у своје домаће законодавство. У раду се најпре сагледавају елементи независности Европске централне банке и националних централних банака држава чланица. Након тога анализира се усаглашеност домаћег законодавства са европским стандардима о положају централне банке. На крају, полазећи од одлуке Европског суда правде указује се на потребу дефинисања граница у самосталности централне банке и, посебно, јачању механизма којима се обезбеђује одговорност и јавност у раду централне банке.

### **1. Европски стандарди о независности централне банке**

Положај Европске централне банке и националних централних банака држава чланица дефинисан је Уговором о оснивању Европске Заједнице (у даљем тексту УоЕЗ). Конкретизација одговарајућих одредби Уговора које се односе на монетарну политику, као и регулисање организационих и финансијских питања од значаја за положај и рад монетарних институција Европске уније (у даљем тексту ЕУ) извршена је Статутом Европског система централних банака и Европске централне

банке<sup>1</sup>. Према одредбама ових аката, Европски систем централних банака примарно је одговоран за очување стабилности цена. Остваривање овог циља, међутим, претпоставља и пуну самосталност институција монетарног система ЕУ, које у конципирању и вођењу монетарне политике „не могу тражити ни прихватати упутства од органа или тела Заједнице, влада држава чланица или било ког другог органа“. Такође, органи и тела Заједнице, као и владе држава чланица обавезују се на поштовање тог начела, као и на то да неће утицати на чланове органа одлучивања Европске централне банке (у даљем тексту ЕЦБ), односно националних централних банака у обављању њихових задатака (чл. 108. УоЕЗ). Читав монетарни систем ЕУ постављен је тако да ЕЦБ представља кључну институцију, чији органи одлучивања руководе Европским системом централних банака (у даљем тексту ЕСЦБ), док се положај националних централних банака може квалификовати као зависни део система. Поред тога што предупредује могућност утицаја на ЕЦБ у обављању њених задатака Уговор о ЕЗ садржи низ других одредби који додатно појачавају њен независан статус. Европски стандарди о независности централне банке садрже различите елементе који могу да се разврстају у четири категорије: институционалну, функционалну, финансијску и персоналну независност.

Институционална независност тиче се степена утицаја осталих облика власти на одлуке које централна банка доноси у погледу монетарне политике. Највећим делом зависи од начина на који је дефинисан положај централне банке у односу на извршну власт. Полазећи од овог критеријума ЕСЦБ ужива висок степен независности будући да се поменути чланом 108. и чл. 7. Статута забрањује тражење и давање инструкција од органа и тела Заједнице, влада држава чланица или било ког другог органа. Штавише, у Уговору о ЕЗ садржане су и друге од-

---

<sup>1</sup> Уговор о оснивању Европске заједнице спада у ред тзв. оснивачких уговора и саставни је део Уговора о Европској унији (потписан је у Мастрихту 07.02.1992. а ступио је на снагу 01.11.1993. године). Статут Европског система централних банака садржан је у Протоколу бр. 18. уз Уговор о ЕУ. За текст Уговора о ЕУ и Статута ЕСЦБ и ЕЦБ видети код: Д. Лопандић (прир.), *Оснивачки уговори Европске уније*, Београд, 2003.

редбе које додатно појачавају самосталност ЕЦБ. Према одредбама Уговора она има својство правног лица (чл. 107. ст.2), као што то својство има и Европска Заједница (чл.281 УоЕЗ); своје органе одлучивања; као и значајну регулаторну моћ с обзиром на то да може доносити уредбе, одлуке, препоруке, мишљења и изрицати санкције за непоштовање њених одлука.

Функционална, односно оперативна независност најпре подразумева јасно дефинисан мандат централне банке. Законодавство ЕУ као примарни циљ, за чију је реализацију одговоран ЕСЦБ, наводи очување стабилности цена. То, наравно, не значи да се монетарна политика води потпуно изоловано и без уважавања других циљева економске политике. Напротив, Уговор о ЕЗ (чл. 105.) утврђује обавезу ЕСЦБ да, не занемарујући основни циљ, подржава општу економску политику која се води у Заједници. Прецизним дефинисањем примарног циља, за чију је реализацију одговорна, штити се централна банка од утицаја приликом конципирања и вођења монетарне политике. Наиме, централна банка са већим бројем циљева, при чему ни један од њих нема приоритет у односу на друге, постаје предмет политичке пресије у случају када није могућа њихова истовремена реализација. Други важан сегмент функционалне независности односи се на ексклузивну компетентност ЕСЦБ за утврђивање и спровођење монетарне политике, као и слободу у избору инструмената и мера које ће користити (чл.18-20. Статута). То значи да ЕЦБ има потпуну самосталност у доношењу одлуке о томе да ли ће и у којој мери интервенисати на финансијском тржишту и на тај начин утицати на висину каматне стопе, прописати обавезу држања минималних резерви, односно донети одлуку о примени других оперативних метода монетарне контроле. Најзад, за остваривање стабилности цена, као примарног циља монетарне политике, изузетно је важно да буде искључена могућност финансирања буџетског дефицита кредитима централне банке. Забрана монетарног финансирања експлиците је одређена чланом 101. УоЕЗ и чл. 21. Статута ЕСЦБ и ЕЦБ. То значи да је ЕЦБ и националним централним банкама забрањено да одобравају кредите држави и парламентарним институцијама. На тај начин јача се позиција централне банке, као институције искључу-

чиво одговорне за контролу монетарне базе и, истовремено, искључује или бар знатно сужава могућност утицаја владе на раст монетарних агрегата.<sup>2</sup>

Важно, ако не и кључно, упориште независности централне банке представља њена финансијска самосталност. Централна банка не може да буде независна у вођењу монетарне политике без финансијске самосталности. Од прокламоване независности не би остало много уколико би њене расходе држава финансирала из буџета. Анализа законодавства ЕУ показује да европски стандарди у погледу финансијске независности подразумевају право централне банке да располаже сопственим приходима из којих се подмирују трошкови који настају у вези са њеним пословањем, као и јасно дефинисана правила о начину располагања оствареном добити, односно питање начина покрића евентуалног губитка. Чланом 33. УоЕЗ предвиђено је да се део добити (највише до 20%) одлуком Савета гувернера пребацује у Фонд општих резерви (који не сме да пређе границу од стопроцентног износа капитала банке), док се преостали део добити дели власницима деоница ЕЦБ. Средства Фонда служе за покривање губитка банке, а уколико она нису довољна онда се користе средства монетарног дохотка оствареног у финансијској години.

Поред већ поменутих индикатора, степен независности централне банке зависи и од начина на који је регулисано управљање централном банком (улога, статус и структура органа управљања централне банке, поступак избора и трајање мандата гувернера, клаузула инкомпатибилности и сл.). Регулисањем ових питања одређује се и мера персоналне независности централне банке. Према европским стандардима, гувернери централних банака бирају се на период који је дужи од периода на који се бирају чланови парламента, што значи да дужина мандата не може бити краћа од пет година (чл. 14.2. Статута). Независност врховне монетарне власти додатно је ојачана таксативним навођењем услова, који морају да буду испуњени да би се покренуо посту-

---

<sup>2</sup> P. A. de Sousa, *Independent and Accountable Central Banks and the European Central Bank*, European Integration online Papers (EIOP) Vol. 5, (2001)No 9, str. 1-16.

пак за разрешење. Чланови могу бити разрешени само уколико нису у стању да испуне услове неопходне за обављање својих функција, или ако су учинили повреду својих обавеза. У таквим случајевима, Савет гувернера или Извршни одбор подносе захтев Европском суду правде да разреши дужности члана органа ЕЦБ (Чл. 11. (4) Статута). Под истим условима и гувернер националне централне банке може бити разрешен функције од стране органа дефинисаног националним законодавством.

## 2. Положај Народне банке Србије

Укључивање Србије у евроинтеграциони процес у први план ставља потребу усаглашавања њеног законодавства са правом ЕУ. Саставни део овог процеса чини и имплементација европских стандарда о положају централне банке. Ово утолико пре што независност централне банке представља део правних тековина које земље кандидати морају у потпуности да прихвате.<sup>3</sup> То значи да су земље кандидати за пријем у ЕУ обавезне да правне оквире деловања централне банке ускладе са правним стандардима ЕУ, посебно у оном делу који се односи на компоненте независности централне банке тј. институционалну, функционалну, персоналну и финансијску независност.

Статус, циљеви, задаци и организација централне банке детаљно су регулисани Законом о Народној банци Србије из 2003. године и допунама истог закона из 2004. године.<sup>4</sup> Прихватањем начела независности централне банке започет је процес прилагођавања институционалних оквира за вођење монетарне политике са правним стандардима ЕУ. Са усвајањем Устава, Србија се прикључила оној групи земаља које додатно јачају положај монетарних власти у односу на друге облике власти уношењем одредбе о самосталности централне банке и у најви-

---

<sup>3</sup> Детаљније о примени европских стандарда о независности централне банке види: Lorenzo Bini Smaghi, *Central Bank Independence in the EU: From Theory to Practice*, *European Law Journal*, vol. 14, No.4, 2008, 447-453.

<sup>4</sup> *Закон о Народној банци Србије*, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2003 и 55/2004.



ши правни акт земље.<sup>5</sup> Конкретизација институционалне независности извршена је чл. 2. Закона који одређује да је Народна банка „самостална и независна“ у конципирању и вођењу монетарне политике, односно да у обављању својих функција „неће примати нити тражити упутства од државних органа и других лица“. Недостаје, међутим, одредба којом би се влада и остали државни органи обавезали на поштовање начела независности централне банке, чиме би ниво институционалне независности био додатно ојачан.<sup>6</sup>

Дефинисањем стабилности цена као приоритетног циља за чију је реализацију одговорна централна банка постављени су темељи функционалне независности. Према чл. 3. Закона „основни циљ Народне банке Србије јесте постизање и одржавање стабилности цена“. Такође, Народна банка може, не доводећи у питање остваривање примарног циља, подржати спровођење економске политике владе. Овакво решење у потпуности је у складу са чл. 105. Уговора о ЕУ који предвиђа да ЕСЦБ, не занемарујући основни циљ, подржава општу економску политику. Међутим, одредба чл. 3. ст. 2. Закона, по којој централна банка поред основног циља има за циљ и очување финансијске стабилности, по појединим ауторима у себи садржи клицу потенцијалног конфликта између овог и остваривања примарног циља тј. стабилности цена.<sup>7</sup> Остваривање функционалне независности подразумева и пуну аутономију централне банке приликом доношења одлуке о употреби појединих инструмената монетарне политике што чл. 34. Закона и обезбеђује.

---

<sup>5</sup> Према чл. 95. Устава Србије „НБС је самостална и подлеже надзору парламента, коме одговара, *Устав Републике Србије*, „Сл. гласник РС“ 98/06;

<sup>6</sup> На пример, оваква одредба унета је у нови хрватски закон о централној банци и на тај начин ојачан положај централне банке. Према чл. 2. ст.11. „Република Хрватска, њезине институције или тијела, чланови тих тијела или друге особе не смију утјецати на неовисност Хрватске народне банке, доношење и provedбу одлука Хрватске народне банке и њезиних тијела, нити смију одобравати, поништавати, одгађати, укидати или на било који други начин утјецати на било коју одлуку Хрватске народне банке у дјелокругу из њезине надлежности“, *Закон о Хрватској народној банци*, Народне новине, бр.75/2008. На тај начин прихваћене су примедбе Европске централне банке и Европске комисије и извршена одговарајућа прилагођавања правних оквира деловања централне банке у складу са примарним и секундарним правним изворима ЕУ.

<sup>7</sup> S. Dvorsky, *Central Bank Independence in Southeastern Europe with a View to Future EU Accession*, „Focus on European Economic Integration“, No.2/2004, p.55-56.

Анализа правних оквира деловања Народне банке Србије (у даљем тексту НБС) показује да она ужива финансијску независност у ужем смислу. Она располаже сопственим финансијским средствима, чија се намена опредељује финансијским планом. Када је у питању расподела вишка прихода над расходима прихваћено је решење да се ова средства користе за формирање резерви, с тим што се вишак прихода изнад одређеног лимита пребацује у буџет државе. У погледу начина покривања евентуалног губитка предвиђено је да се вишак расхода над приходима најпре покрива из резерви банке, а уколико та средства нису довољна, онда се користе буџетска средства. Овакво решење не представља битно одступање од европских стандарда. Међутим, одредба по којој вишак расхода над приходима може да се покрије хартијама од вредности које у ту сврху издаје држава (чл. 77. Закона о НБС), у себи садржи опасност у погледу поштовања забране монетарног финансирања, која представља важан елемент независности централне банке. Плаћање по основу преноса каматоносних хартија од вредности врши се из будућег профита централне банке што води, супротно правним стандардима ЕУ, прикривеном кредитирању државе од стране централне банке. Наиме, овакав начин покривања губитка супротан је члан 101. Уговора о ЕУ, којим се забрањује ЕЦБ и националним централним банкама држава чланица да одобравају кредите установама или органима Заједнице, централним управама, осталим јавним организацијама или предузећима држава чланица, као и да од њих директно преузимају инструменте дуга.

У законодавству Србије присутне су и друге одредбе које поткопавају независност централне банке. Тако чл. 39. Закона о НБС не искључује могућност одобравања кредита држави ради финансирања привремене неликвидности буџета. Иако се законом постављају ограничења у погледу рока доспелости ових кредита (средства се враћају до краја текуће буџетске године), односно постављају ограничења у погледу висине ових кредита (лимит износи до 5% просечних буџетских прихода у последње три године, при чему „укупан износ дуга РС настао по том основу не може бити већи од троструког износа прописаног минималног основног капитала и средстава посебних резерви Народне

банке Србије“) задржавање могућности директног кредитирања државе спутава централну банку у остваривању њеног примарног циља, који се односи на очување стабилности цена.

Питање персоналне независности законодавство Србије уређује у складу са европским стандардима. Мандат гувернера и чланова Савета гувернера износи пет година, а у погледу начина избора прихваћено је решење по коме гувернера и остале органе именује парламент, на предлог одговарајућег Одбора за финансије. Важан индикатор персоналне независности је и прецизно дефинисање услова и поступка за престанак функције гувернера и чланова органа управљања централне банке. И у овом погледу прихваћена решења не одступају од европских стандарда. Поред разлога за разрешење који се односе на извршење кривичних дела, губљења радне способности, сукоба интереса или не испуњавања услова за избор, чл. 30. Закона предвиђа да гувернер, вицегувернери и чланови Савета гувернера могу да буду разрешени уколико нестручно и несавесно обављају своју функцију или чине озбиљне пропусте у раду, услед чега је дошло до знатног одступања од остварења основног циља.

### **3. Границе независности и одговорност централне банке**

Примена европских стандарда о статусу централне банке за собом повлачи бројна питања, међу којима се посебно издвајају питање утврђивања граница независности и развијања механизма за утврђивање одговорности централне банке и, на тај начин, ублажавања проблема мањка демократске легитимности. Дефинисање граница самосталности централне банке било је предмет озбиљне академске дебате и у самој Европској унији. Полазећи од начела независности ЕЦБ, затим њене регулаторне улоге и признатог својства правног лица, неки аутори су је дефинисали као правни ентитет независан од Европске заједнице, који би чак могао да представља четврти стуб Европске уније.<sup>8</sup> И

---

<sup>8</sup> Види: Barbara Dutzler, *Institutional Framework of the EMU – Is ECB a Fourth Pillar?* In: Fritz Breus et. al, „Institutional, Legal and Economic Aspects of the EMU“, Springer Wien/NewYork, 2003, p. 5-20.

поред бројних контроверзи,<sup>9</sup> у теорији је преовладало становиште да ЕЦБ представља комунитарну институцију и да стога представља интегрални део првог, супранационалног стуба Европске уније.

Овако дефинисан правни статус потврђен је и од стране Европског суда правде у спору између Европске комисије и ЕЦБ. Суштина спора односила се на то да ли је Уредбом Савета основана институција за борбу против корупције (*OLAF*) надлежна да истражује употребу средстава и у Европској централној банци или, пак, њена независност значи да Уредба Савета, као секундарни извор права, не важи за Европску централну банку.<sup>10</sup> Својом пресудом Европски суд правде је признао надлежност *OLAF*-а и, истовремено, дефинисао границе независности ЕЦБ квалификујући је као независну, специјализовану институцију чије је функционисање уређено комунитарним правом. Према пресуди Суда ЕЦБ има све елементе независности: (I) поседује својство правног лица, (II) располаже сопственим средствима и буџетом, (III) има органе одлучивања, (IV) ужива привилегије и имунитет који је неопходан за обављање задатака који су јој поверени, и (V) о разрешењу члана органа одлучивања може једино Суд одлучити на захтев Савета гувернера или Извршног одбора.<sup>11</sup> Међутим, то не значи да је изузета из примене комунитарног права. Другим речима, независност централне банке не треба схватати у апсолутном смислу, нити као оправдање за потпуну изолацију и одсуство сарадње са осталим институцијама и телима Заједнице. Независност централне банке није циљ сам по себи.<sup>12</sup> Напротив, овакав положај треба да омогући отклањање екстерних

<sup>9</sup> Опширнији приказ академске дебате о правном статусу Европске централне банке: Chiara Zilioli and Martin Selmayr, *Recent Developments in the Law of the European Central Bank*, Yearbook of European Law 2006, p. 4-10.

<sup>10</sup> Према чл. 290. Уредбе канцеларија за сузбијање корупције је надлежна да врши контролу у институцијама, телима и службама основаних Уговором о ЕЗ или на основу њега а ради спречавања злоупотреба, корупције и других илегалних активности којима се угрожава финансијски интерес Заједнице. *Regulation (EC) No 1073/1999 of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 concerning investigations conducted by the European Anti-fraud Office (OLAF)* [1999] OJ L 136/1.

<sup>11</sup> Case C-11/00, *Commission v ECB*, 2003.

<sup>12</sup> Пресуда у случају *OLAF* има вишеструки значај: прво, овом пресудом је одбачен концепт апсолутне независности централне банке, тзв. концепт „Заједнице унутар За-

утицаја на банку када утврђује политику и предузима мере које су у функцији остваривања примарног циља тј. стабилности цена.

Противтежа независном статусу централне банке је развијање механизма који ублажавају проблем мањка демократске легитимности. То значи да усаглашавање домаћег законодавства са европским правним стандардима о положају централне банке подразумева не само правно уређење свих елемената независности о којима је било речи, већ и уређивање питања одговорности и јавности у раду централне банке. Закон о НБС посебно уређује питање односа централне банке према парламенту и влади. Тако члан 71. Закона предвиђа обавезу достављања парламенту монетарног програма за наредну годину, полугодишњег извештаја о пословању и резултатима рада и монетарној политици, и годишњи извештај о стању у банкарском сектору и укупном финансијском систему земље. Сви ови извештаји достављају се парламенту ради информисања. Поред тога, НБС је у овавези да програм монетарне политике учини доступним јавности најкасније у року од месец дана од дана достављања парламенту. У погледу односа са извршном влашћу, чл. 72. предвиђа да гувернер присуствује седницама владе, даје мишљења о нацртима закона, буџету и других прописа везаних за циљеве и функције НБС.

Примена правних стандарда ЕУ о положају централне банке подразумева даљу доградњу институционалних оквира деловања Народне банке Србије. Поред јачања независности, будуће измене треба да иду у правцу развијања система који ће успоставити баланс између централне банке, независне у остваривању своје функције, али са мањком демократског легитимитета и законодавне и извршне власти. Кључни елемент институционалних аранжмана којима се уређује питање одговорности централне банке нераскидиво је повезано са јавно-

---

једнице“; друго, својом пресудом Европску суд правде је имплиците потврдио да је ЕЦБ институција подређена комунитарном праву; и најзад, да је читав концепт независности у функцији остваривања циљева и задатака централне банке и да га не треба посматрати ван тог контекста. Roger J. Goebel, *Court of Justice Oversight Over The European Central Bank: Delimiting The ECB S Constitutional Autonomy and Independence in The OLAF Judgment*, „Fordham International Law Journal“, Vol. 29, 2005/06, p. 642-643.

шћу у раду. То подразумева стварање институционалног оквира у коме су циљеви политике, одлуке о примени одређених мера, као и разлози за њихову примену доступни јавности на један свеобухватан, разумљив и правремен начин. У демократском друштву централна банка може бити независна само уколико је овакав статус подржан од стране јавности. С друге стране, ова подршка може бити остварена само под условом да је политика која се води транспарентна и ако су носиоци политике одговорни јавности, односно представничким телима.

### **Закључак**

Примена правних стандарда ЕУ о статусу централне банке има за циљ постављање таквих институционалних оквира који ће онемогућити да конципирање и вођење монетарне политике буде руковођено краткорочним политичким интересима партија које се боре за власт. Да би се онемогућио овакав утицај централна банка треба да има јасно дефинисан циљ и институционалну, функционалну, персоналну и финансијску независност. Институционални оквири деловања Народне банке Србије још увек нису у потпуности усаглашени са европским стандардима. Најслабију тачку у законодавству Србије представља могућност одобравања директних кредита држави ради покрића буџетског дефицита. Иако је овај облик кредитирања дозвољен у ограниченом обиму, само његово присуство доводи у питање ниво самосталности централне банке у вођењу монетарне политике. Поред тога, додатну слабост чини и могућност тзв. прикривеног одобравања кредита држави, које се јавља када се губитак централне банке покрива каматонским хартијама које емитује држава. С обзиром на то да се плаћање по основу преноса каматонских хартија од вредности врши из будућег профита централне банке, можемо закључити да се на тај начин остварује прикривено кредитирање државе, што није у складу са критеријумима дефинисаним у ЕУ. У погледу осталих индикатора формалне независности (стабилност цена као примарни циљ централне банке, самосталност у вођењу монетарне политике, начин управљања банком), прихваћена решења не одступају битно од решења прихваћених у зако-

нодавству ЕУ. Усаглашавање домаћег законодавства са европским правним стандардима о положају централне банке подразумева не само правно уређење свих елемената независности о којима је било речи, већ и уређивање питања одговорности и јавности у раду централне банке. То значи да будуће измене треба да иду у правцу развијања система који ће успоставити баланс између централне банке независне у остваривању своје функције, али са мањком демократског легитимитета, и законодавне и извршне власти.

**Prof. Srđan Golubović, LL.D.**

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **THE EUROPEAN STANDARDS ON THE INDEPENDENCE OF THE CENTRAL BANK AND THE POSITION OF THE CENTRAL BANK OF SERBIA**

### **Summary**

Basic principle established by the EU law, on which monetary union rests upon, is independence of European central bank and central banks of the member states. According to this principle, European central bank and other subjects of the unique monetary system enjoy full independence in guidance of monetary policy. Moreover, European standards on central bank status represent legal attainment that every country that is candidate for the full membership must incorporate into its own legislature. After consideration of arguments in favor of independence, we analyse compatibility of domestic legislation with the EU law regarding the central bank status and signify solutions that could be brought into question independence of monetary institution. At the end of the paper, special emphasis is put on the necessity to defining the boundaries central bank independence as well as strengthen instruments for establishing its responsibilities on the part of parliament and public, in order to remove the frequent protests about deficiency of democratic legitimacy of supreme monetary authority.

**Key words:** European central bank, independence, Central bank of Serbia, monetary policy



*Др Милена Јовановић-Zatilla, ванредни професор  
Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **ПРИМЕНА ДИРЕКТИВЕ 93/13/ЕЕЗ У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА**

### **Апстракт:**

*У раду аутор се бави Директивом 93/13/ЕЕЗ о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима и њеном имплементацијом у наше уговорно (потрошачко) право. Мада јој је примарни циљ заштита потрошача приликом закључења уговора који садрже непоштене клаузуле о којима није индивидуално преговарано, она и данас изазива бројне полемике услед различитог приступа појединих држава питањима непоштених одредаба и теškoћи око усаглашавања њеног поља примене. Упркос томе што је од њеног усвајања прошло готово петнаест година и даље се у вези њене садржине и имплементације воде бројне полемике. Највише јој се замера одсуство дефинисања појединих критеријума и препуштање националним судовима проценjвање сваке клаузуле понаособ према конкретном случају. Рад има за циљ да, расправом о Директиви кроз поједине случајеве из судске праксе, помогне у тумачењу спорних критеријума.*

### **Кључне речи:**

*Директива 93/13/ЕЕЗ, непоштена уговорна одредба, заштита потрошача, минимална хармонизација, начело савесности и поштења.*

## Уводне напомене

Потрошачка филозофија у оквиру Европске уније временом се мењала. Тако се може уочити померање од потрошачких права и грађанске реторике ка приступу који је више приступ унутрашњег тржишта.<sup>1</sup> На потрошача се није више гледало као на „слабу страну“ којој је потребна заштита на тржишту, већ као на активног партнера кога треба охрабрити да користи повећане могућности прекограничне куповине. Овај се тренд наставио, иако приступ који се усредсређује на грађанина није у потпуности напуштен. Члан 153. ЕЗ, кога уводи Амстердамски уговор из 1997. године и који је имао претходника у члану 129а Мадридског уговора из 1992. године, говори о праву потрошача на информацију и образовање, као и на заштиту његових безбедносних, здравствених и економских интереса.

Ове тада прилично нејасне замисли иницирале су покретање различитих програма Комисије, најпре 2002. године и потом 2005. године. Најзанимљивија промена се односи на препознавање потрошача као активног тржишног субјекта, чије потребе за увећаним избором на унутрашњем тржишту треба поспешити мерама изградње поверења, укључујући заштиту у уговорима о пословању са потрошачем (Б2Ц).<sup>2</sup> Сигуран потрошач постаје мерна јединица за процену активности ЕЗ.<sup>3</sup> Истовремено, Комисија је предложила заокрет са пређашње „минималне заштите“ на приступ „потпуног усклађивања“, како би се избегло стварање додатних препрека за трговину унутар Заједнице, коју су створиле различите државе чланице приликом реализовања потрошачког права ЕУ.

---

<sup>1</sup> Reich, N: *A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?* 2005, 28 JSP, str. 383.

<sup>2</sup> B2C (*business-to-consumer*) означава однос на релацији професионални субјект-потрошач. Више о томе: Јовановић-Zatilla, М: *Заштита потрошача при склапању уговора на даљину*, Правни живот, бр. 12/2008, стр. 296-298.

<sup>3</sup> Weatherill, S: *The Evolution of European Consumer law: From Well Informed Consumer to Confident Consumer* u Micklitz, H (ed), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?* 1996, str. 423; slično i Wilhelmsson, T: *The Abuse of the „Consumer Confident“ as Justification for EC Consume Law*, 2004, 27 JSP, str. 317.

Употреба типских (формуларних) уговора у привреди сваке земље данас је у толикој мери порасла да чини 95% свих закључених уговора. Од паркирања аутомобила, па до уговора о куповини истих, закупа непокретности, потрошачких кредита, лизинга, осигурања, превоза, туристичких пакет аранжмана, банкарских услуга различитих врста и др. Ове уговоре, по правилу, припрема једна уговорна страна (продавац или давалац услуга), презентира их другој уговорној страни (потрошачу), која најчешће није у стању да измени било шта у тако предложеном формулару већ га *en bloc* прихвата. Највећи број ових уговора закључује се на брзину, тако да потрошач нема ни времена, а често ни потребног знања да се упозна са текстом тако предложеног уговора. И све док не настане спор потрошач није ни свестан онога шта је потписао.

Велики број уговора које потрошачи закључују унапред су одређени својом формом и садржином. У таквим околностима до изражаја долази неравноправан однос учесника пословних трансакција. Неједнак економски положај странака доводи до појаве уговора са непоштеним клаузулама. У том контексту поставља се питање разграничења непоштених клаузула и последица које оне могу имати по уговор. С друге стране, значајне разлике у санкционисању непоштених одредаба од стране појединих држава, утичу на разлику у степену заштите која се пружа потрошачима. Све то условило је потребу да се на нивоу Европске заједнице започне са радом на директиви која би одредила основне стандарде правичности у потрошачким трансакцијама.

### Развојни пут Директиве

Једна од најважнијих иницијатива Европске Уније у области заштите потрошача је Директива 93/13 о непоштеним условима у уговорима које закључују потрошачи,<sup>4</sup> која се примењује на све уговоре закључене након 31. децембра 1994. године. Мада је Директива лимитирана у неким областима, њен општи утицај веома је значајан. Проши-

---

<sup>4</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ 1993. L 95/29.

рујући своје дејство преко обима минималних побољшања уговорног права, Директива представља прави продор комунитарног права у срж регулисања уговора на националном нивоу. Она представља изазов за правнике држава чланица од којих се очекује да национално приватно право прилагоде праву Европске уније, после деценија његовог схватања као пројекта који регулише и мења јавно правне прописе. Ипак, Директива 93/13 представља изазов и за правнике Уније, јер процес хармонизације дубоко задире у домен нерегулисаног приватног права.

Процес усвајања Директиве трајао је безмало двадесет година. Са активностима на том пољу Комисија је отпочела касних седамдесетих година, иако је први званични документ објављен 1984. године. Измењени предлози, засновани на члану 100а Уговора (сада члану 95), покренули су дебату како о надлежности Европске уније да регулише ову област, тако и о пожељности појединих предлога. Већи број држава чланица већ има усвојене законе који регулишу ову област, али се њима предложена решења значајно разликују. Поједини правни системи контролишу одређене типове клаузула у одговарајућим типовима уговора директно, на начин што их законом забрањују или индиректно дају овлашћења суду да процени могућност њихове примене, узимајући у обзир околности случаја у питању. Други преферирају да се административном процедуром забране поједине одредбе уговора. Значајни варијетети у правној техници између држава чланица коришћени су као повод за хармонизацију према одредбама Уговора. Према преамбули Директиве усвајање минималних законских права, на која се потрошачи могу ослонити широм територије ЕУ, промовисало би поверење у корисност заједничког тржишта. Насупрот регулаторном диверзитету који постоји између држава чланица, покушај да се у пракси дефинишу општи принципи како би се спровела хармонизације на нивоу Уније прилично је проблематичан. Када коначно усвојена Директива крене да се спроводи као минимална мера, она дозвољава државама флексибилност да усвоје или задрже строжа правила заштите права потрошача. Минимална формула поставља ограничења до ког нивоа Директива може утицати на националну уговорну традицију.

## Принципи минималне и максималне хармонизације

Већи број директива из домена заштите потрошача спада у тзв. директиве минималне хармонизације, што значи да допуштају националном законодавцу усвајање вишег степена заштите од оног прописаног директивом, кроз доношење сопствених националних прописа. Разноликост националних прописа држава чланица, настала као последица наведеног приступа, угрожава поверење потрошача у “прекограничну потрошњу” чиме је посредно угрожена и прекогранична трговина.<sup>5</sup> Тиме се доводи у питање успостављање и функционисање унутрашњег тржишта, као једног од основних циљева хармонизације. Управо је то и главни разлог што, у последње време, институције ЕУ настоје да превазиђу проблем минималне хармонизације увођењем супротног принципа, који се огледа у усвајању директива које садрже максималан степен хармонизације од кога државе не могу одступити приликом њиховог преузимања у национално право.<sup>6</sup>

Како би се отклонили недостаци начела минималне хармонизације Комисија је предложила три могућности. Прва указује на замену начела минималне хармонизације максималном хармонизацијом, која би државама чланицама ускратила могућност доношења строжих националних прописа од оних предвиђених правилима ЕУ. Будући да је спровођење начела максималне хармонизације тешко оствариво у погледу готово свих аспеката права заштите потрошача, постојала би могућност примене клазуле узајамног признавања у делу нехармонизоване правне материје.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Schulte-Noelke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M: *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, стр. 778, [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm)

<sup>6</sup> Први пример директиве максималне хармонизације представља Директива у погледу потрошачких уговора о финансијским услугама склопљеним на даљину којом се мења Директива 90/619/ЕЕС и Директиве 97/7/ЕЗ и 98/27/ЕЗ (*Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, OJ L 271/16)

<sup>7</sup> Commission Staff Working Paper: *Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/acquis\\_working\\_doc.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf) (9.10.2007).

Друга могућност предвиђа примену минималне хармонизације, али у комбинацији с клаузулом узајамног признавања.<sup>8</sup> Тиме би државе чланице задржале право доношења строжих прописа, али их не би могле примењивати на трговачка друштва из других држава чланица, уколико би се тиме угрозиле основне привредне слободе кретања робе и пружања услуга.

Трећа могућност, такође, полази од даље примене начела минималне хармонизације комбинујући је са начелом земље порекла. То би значило да државе чланице могу усвајати строже прописе о заштити потрошача, при чему би се на трговачка друштва из других држава чланица морале применити одредбе које важе у њиховој земљи порекла.<sup>9</sup> Тако ће се нпр. на трговачко друштво регистровано у једној држави чланици, које се бави пружањем услуга у другој држави чланици примењивати право земље у којој оно има своје седиште. Могло би се догодити да домаћа трговачка друштва, услед строгих националних прописа у својој земљи, буду у горем положају од страних трговачких друштва на која би се примењивали блажи прописи њихове земље поре-

---

<sup>8</sup> Начело узајамног признавања први пут се уводи пресудом Европског суда правде (даље: ЕСП) *Cassis de Dijon* (предмет 120/78 од 20. фебруара 1979. године). Главни закључак произашао из овог спора је да се разлике између одредаба закона различитих држава чланица о трговини одређеним производима, а које представљају препреке слободној трговини (тзв. негативна хармонизација), морају прихватити уколико су нужне, а од општег су интереса. Одступање од начела једнакости изузетно је допуштено из разлога заштите јавног поретка, правичности трговинских трансакција, спровођења финансијског надзора, као и ради заштите потрошача. Поред поменутих изузетака, временом је придодата листа нових, међу којима су: заштита корисника услуга, лојална утакмица, заштита тржишта, заштита јавног поретка, заштита животне средине, и др. Ове нове разлоге уводила је судска пракса на темељу бројних пресуда из ове области. Види: Јовановић-Zatilla, М., *Ограничавање слободне трговине и заштита потрошача*, Право и привреда 5-8/2007, стр. 697-698.

<sup>9</sup> Oliver, P. & Jarvis, M., *Free Movement of Goods in the European Community, under Articles 28 to 30 of EC Treaty*, London, Sweet and Maxwell, 2003, стр. 290. Да би заштитио сопствене интересе потрошач мора бити упознат са производом који купује. То, између осталог подразумева и доступност информација у вези са пореклом производа. Уколико је тај циљ остварен, на начин да се потрошач не доведе у заблуду или се направилно информише у вези са пореклом производа, не постоји могућност забране или ограничавања увоза одређеног производа користећи за основ заштиту потрошача. Више о томе: Јовановић-Zatilla, М., *op. cit.*, стр. 701-702.

кла. Недостатак таквог начина лежи у опасности намерног усвајања врло благих прописа од стране држава чланица, које би тиме подстицале извоз сопствених производа, а на штету иностраних тржишта, односно тржишта земље одредишта.

Различити ставови по питању примене одговарајућег степена хармонизације још више су поларизовали овај проблем. Док се Европски парламент залаже за минималну хармонизацију уз могућност примене клаузуле узајамног признавања, дотле већина удружења послодавца подржава потпуну или циљану хармонизацију, уз напомену да не подржавају и стварање новог Европског грађанског закона за потрошачке уговоре. Насупрот њима, удружења за заштиту потрошача преферирају задржавање начела минималне хармонизације у комбинацији са “правом земље потрошача” у погледу нехармонизованих питања, како је то предвиђено чланом 5. Римске Конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе.<sup>10</sup> Наиме, чланом 5. Конвенције прописује се да је за потрошачке уговоре меродавно право државе чланице у којој потрошач има стално боравиште.

Као врло проблематично показало се питање примене клаузуле о узајамном признавању у правним подручјима која не подлежу хармонизацији. У погледу овог питања мишљења су подељена, а не треба занемарити ни утицај који је имао чл. 5 Конвенције из Рима и на саме учеснике. Они који се залажу за минималну хармонизацију начелно одбијају примену и клаузуле узајамног признавања и начела земље порекла из страха од правне несигурности. Други које се, пак, залажу за максималну хармонизацију, у примени клаузуле о узајамном признавању на нехармонизована правна питања виде олакшање прекограничне трговине. Последица овакве разноликости лежи у недовољном разграничењу начела узајамног признања од начела земље порекла. Иако је учињен напор на том плану усвајањем Уредбе која ће помоћи при њиховом разграничењу,<sup>11</sup> није се дошло до задовољавајућих одговора, па

---

<sup>10</sup> *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (OJ L 266), закључена у Риму 19.06.1980.

<sup>11</sup> Ради се о Уредби Европског парламента и Већа од 14.02.2007. о утврђивању поступка у вези са применом одређених националних прописа за производе, који су у

су начела остала и даље недефинисана, узрокујући многобројне проблеме везане за њихово разумевање и примену. Стога, државе чланице са високим степеном заштите потрошача страхују како ће директиве максималне хармонизације угрозити њихове потрошаче снижавањем досадашњег стандарда. Оправданост бојазни поткрепљена је и неизбежном последицом конкурентне надлежности, односно губитком надлежности државе чланице у једној хармонизованој правној материји. Узмемо ли у обзир ове околности, могло би се закључити како ће предлози директива максималне хармонизације бити подвргнути дуготрајним законодавним поступцима, где ће постизање консензуса представника држава чланица бити веома отежано.<sup>12</sup>

Директива 93/13 предвиђа технику минимума хармонизације (чл. 8). Посматрано у светлу преовлађујућих разлика између националних система, ово се чини пожељним и неопходним. Јако тешко би било усвојити општа правила ЕУ која би била у стању да замене национална правна правила како из техничких разлога усвајања нацрта, тако због ризика да би постојећа строжа национална правила могла да буду угрожена. Овим се такође смањује капацитет Директиве да створи заједнички терен за учеснике на тржишту, те се минимум хармонизације чини прикладним.<sup>13</sup>

Избор модела минимума хармонизације захтева да се води рачуна о процесу имплементације. Мере имплементације Директиве неће једноставно заменити национално право и постати једини извор законске контроле. Државе чланице биће у обавези да размотре како да на најбољи начин уведу правила Директиве у њихов постојећи правни систем. Очигледно је да циљ консолидације и стварања јединственог правног режима још увек није остварен. То за резултат има разлике у регулисању права заштите потрошача на националном нивоу. Право

---

другој држави чланице законито стављени у промет и о укидању Одлуке 3052/95/EZ, КОМ (2007) 36 fin; 2007/0028 (COD), стр. 3.

<sup>12</sup> Miklitz, H & Reich, N, *Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis? Überlegungen zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzsandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007*, VuR, 4/2007, стр. 121-130.

<sup>13</sup> Weatherill, S: *EU Consumer Law and Policy*, 2005, Elgar European Law, стр. 127.



заштите потрошача треба да буде једноставно и јасно да би се правилно разумело и користило. Оне државе које су једноставно „преписале“ одредбе Директиве и укључиле их у већ постојеће одредбе свог правног система умањиле су практичну вредност режима заштите у целини.<sup>14</sup>

### **Критеријуми одређивања клаузуле потрошачког уговора непоштеном**

Директива регулише уговоре закључене између продавца или добављача и потрошача (чл. 1). Ови термини дефинисани су у члану 2. одредбе, а реч је о лицима која делују изван свог занимања, посла или професије (потрошач) или о лицима која делују у оквиру свог занимања, посла или професије, било да је у питању приватно или државно власништво (продавац или добављач). Потрошач мора бити физичко лице, док продавац или добављач могу бити физичко или правно лице.

Директива о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима наводи генералну клаузулу, која истиче три критеријума која се морају кумулативно испунити како би се одредба квалификовала као непоштена. То су: уговорна клаузула о којој се није индивидуално преговарало, противност начелу савесности и поштења, као и значајна неравнотежа у преговарачким позицијама.<sup>15</sup> Будући да је генерална клаузула апстрактна, могу настати потешкоће у тумачењу ових критеријума. Како би се избегло њихово различито тумачење, Директивом је предвиђена индикативна листа<sup>16</sup> непоштених уговорних одредаба. Реч је о тзв. сивој листи,<sup>17</sup> која представља неку врсту водича који може послужити

---

<sup>14</sup> Ibidem, str. 128.

<sup>15</sup> Уговорна одредба о којој се није појединачно преговарало сматраће се непоштеном ако, супротно начелу савесности и поштења, узрокује значајну неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача (чл. 3. Директиве).

<sup>16</sup> У Анексу Директиве набројани су случајеви који се, под условом да прођу тест правичности, могу класификовати као непоштене одредбе.

<sup>17</sup> На овој листи могу се наћи следеће клаузуле: одредбе о ограничењу или искључењу одговорности трговца за штету узроковану смрћу или телесном повредом потрошача, ако је штета последица радње трговца; одредба о ограничењу или искључењу права које потрошач има према трговцу или неком трећем лицу у случају

приликом оцене да ли се ради о непоштеним одредбама. Листа је отворена, што значи да се непоштеним могу сматрати и друге одредбе које испуне кумулативне услове из дефиниције непоштене одредбе.<sup>18</sup> Сива листа је изван компромиса на првобитни Нацрт решења Директиве који је садржао детаљну црну листу забрањених одредаба. Након критика и потешкоћа око постизања сагласности, црна листа је претворена у сиву листу одредаба које се могу сматрати непоштеним.<sup>19</sup> Државе чланице су у обавези да у својим законима предвиде и санкционишу ситуације које листа предлаже, уз могућност да исту прошире.

Чињеница да се непоштеност одредаба дефинише апстрактном генералном клаузулом и сивом листом, утицала је, са друге стране, на изостанак гаранције потпуне правне сигурности. Из тог разлога Директива уводи додатне критеријуме који могу помоћи у утврђивању непоштене уговорне одредбе. Према њима, непоштеност одредбе испитиваће се узимајући у обзир природу добра и услуге на коју се уговор односи.<sup>20</sup> У обзир се узимају све битне околности у време закључења уговора, што претпоставља да је тренутак закључења уговора важан, а не околности које се могу накнадно појавити. Директивом се предвиђа да испитивање непоштености одредбе неће обухватити предмет или цену док год су те одредбе писане јасним или разумљивим језиком.<sup>21</sup> Пошло се од тога да предмет и цену треба препустити слободној тржишној утакмици, а не контроли коју намеће Директива. Тако конципирана одредба, у крајњем, неповољна је по потрошаче. Могло би се догодити да потрошач преплати купљени производ, али се према изричитом навођењу Директиве не може на то позвати. Директива се не бави ни слу-

---

потпуног или делимичног неиспуњења уговора; одредба којом се потрошач обавезује на испуњење уговорне обавезе, док је испуњење обавезе трговца условљено околностима чије испуњење зависи искључиво од воље трговца, као и одредба којом се трговац овлашћује на раскид уговора на основу његове дискреционе оцене, док исто право није предвиђено и за потрошача.

<sup>18</sup> Види фусноту 14.

<sup>19</sup> Duffy, P: *Unfair Terms and the EC Directive*, Journal of Business Law, 1993, доступно на [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com)

<sup>20</sup> Чл. 4. ст.1. Директиве

<sup>21</sup> Howells, G & Wilhelmsson, T: *EC and Approaches to Consumer Protection –Should the Gap Be Bridged?*, Yearbook of European Law, vol. 17, 1997, стр. 242.

чајевима када превисоке цене утичу на потрошачки стандард.<sup>22</sup> С обзиром да се ради о Директиви минималне хармонизације национални законодавац није у обавези да имплементира ову одредбу. Једини услов који Директива поставља је да су одредбе на језику који је лако разумљив. То би дало за право националном законодавцу да тачно дефинише одредбе које се у погледу предмета уговора и цене сматрају непштеним, уколико не прођу тест правичности из чл. 3. Директиве.

### „Неправедност“ према Директиви 93/13

Полазећи од претпоставке неравнотеже на релацији продавац купац, Директива захтева од држава чланица да пропишу да неправедни услови уговора неће обавезивати потрошача.<sup>23</sup> Ово је директна провера применљивости услова уговора, а не само метод охрабрења потрошача да преговарају о бољим условима или да раскину неприхватљив уговор.

Кључ Директиве је њен приступ у идентификацији „неправедности“. У складу са чланом 3, услов регулисан Директивом сматраће се неправедним ако „супротно захтеву добре вере проузрокује значајну

---

<sup>22</sup> Ibidem, str. 237.

<sup>23</sup> Занимљив је случај о коме је расправљао италијански Апелациони суд. Спорни су били општи услови пословања друштва које води паркиралиште. Чињенице су следеће: на паркиралишту на посебној плочи били су објављени општи услови пословања на висини већој од два метра. Били су и прилично удаљени од ознаке „П“ за паркирање. Општи услови пословања садржали су десет чланова. Посебно је била проблематична клаузула која је прописивала: „Уколико се паркирање не плати, корисник паркиралишта мора да плати казну од 30 еура заједно са трошковима принудне наплате“. Она је била писана ситним словима и на прилично удаљеном месту. Удружење потрошача је тражило да се та одредба прогласи ништавом. У образложењу одлуке суд је навео како тужени нису употребили једини сигуран начин упознавања потрошача са тим одредбама у потпуности, јер опште услове пословања нису одштампали на картици. Суд је потврдио како одредба која прописује новчану казну, уколико се не плати према чл. 1469. Грађанског закона је непоштена, обзиром да прописује плаћаје од 30 еура, што је тридесет пута више од износа који се плаћа за један сат паркирања. Закључак суда иде у правцу да је на опште услове пословања нужно упозорити и то тако што ће се они посебно одштампати на самој картици (*Corte d'appello di Roma, 1780/2002*, доступно на <http://www.lexia.it>).

неравнотежу уговорних страна“, те су права и обавезе које настају из уговора на штету потрошача. Проблем настаје у тумачењу појма „значајна неравнотежа“, обзиром да је тешко утврдити који су то елементи нужни за одређивање неравнотеже у преговорима.

Пракса америчких судова велику пажњу посвећује адхезионим уговорима када их закључују стране неједнаке преговарачке позиције. С тим у вези поставила је начело да не узима у обзир „узми или остави“ (*take it or leave it*) природу уговора<sup>24</sup>, већ води рачуна о равнотежи преговарачких положаја уговорних страна, које економски инфериорнију страну наводе на закључење уговора.<sup>25</sup>

Енглеска судска пракса је, такође, покушала да дефинише који је то степен неравнотеже у правима и обавезама који је одлучујући. Случај *Director General of Fair Trading* против *First National Bank plc*.<sup>26</sup> Био је први случај који је расправљан у Дому Лордова. Тицао се мера Уједињеног Краљевства које су уведене да би се имплементирала Директива 93/13. Дом Лордова био је вољан да законску регулативу Уједињеног Краљевства што пре прилагоди Директиви, али је одбио да користи прелиминарну референтну процедуру. Ово је било изненађујуће, с обзиром да је Дом Лордова имао сасвим другачије гледиште од оног које

---

<sup>24</sup> Bates, L: *Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A Comparative Analysis of Consumer Protection*, Emory International Law Review, vol. 16/02., стр. 1-106.

<sup>25</sup> Vidi: *Rudbart v. North Jersey District Water Supply Commission*, 127 N.J.433, 605 A.2d 681.

<sup>26</sup> *The Director General of Fair Trading v. First National Bank*, House of Lords, 2002, E.C.S.22. У поменутом случају радило се о уговору о зајму који се закључивао на стандардним обрасцима. First National Bank има лиценцу за давање потрошачких кредита и као таква одобрава уговоре о зајму на стандардним уговорима. Банка даје одређени износ новца под условом да зајмопримац врати новац у одређеном периоду са каматом. Агенција за неправично поступање је тражила да се забрани употреба клаузуле за коју су сматрали да је непоштена. У стандардном уговору налазила се одредба која је прописивала како ће се камате наплаћивати у складу са условима пословања на дан плаћања. Појам значајне неравнотеже могуће је објаснити ако се узму у обзир супстанционалне одредбе уговора. У испитивању да ли је одредба непоштена важно је узети у обзир несигурност зајмопримца, али и потенцијане нејасноће које се могу појавити. Дакле, полази се од питања како се клаузула одражава на сам уговор, а потом и какав утицај таква одредба има на саме трансакције, као и на потрошача.

је заузео Апелациони суд разматрајући исти случај. Тиме је ускраћена могућност да Европски суд правде (даље ЕСП) пружи ауторитативну интерпретацију значења и опсега принципа „добре воље“ у Директиви 93/13. Па ипак, прецедент је доспео до ЕСП-а чиме се отворила могућност да дође до опште „европске“ интерпретације одредаба из Директиве 93/13.<sup>27</sup>

Прецедентно право свој основ има у члану 234, који регулише прелиминарну референтну процедуру која се заснива на односу сарадње између ЕСП и националног суда у питању. Пресуде нису ограничене само на појединачни случај, већ се правни принципи из ње могу применити у поступцима пред судовима широм ЕУ. Тако двострани однос успостављен пресудом постаје мултилатерални. Међутим, пресуда у једној држави чланици, да је услов уговора неправедан, не мора да буде обавезујућа за суд друге државе чланице који решава слично питање. Оба суда требало би да примењују правила Директиве 93/13.

Случај *Oceano Grupo Editorial SA* против *Rocio Murciano Quintero*<sup>28</sup> тицао се уговора о набавци енциклопедија. Уговор је садржао одредбу о поверавању надлежности у случају спора суду у Барселони, у месту пребивалишта продавца, а не потрошача. Шпански суд поставио је логично прелиминарно питање. Да ли је национални суд овлашћен да одлучује о сопственом предлогу и да ли је одредба уговора непоштена имајући у виду Директиву 93/13? Директива не говори ништа о овом питању. Дискутабилно је што суд, иако је сасвим логично и оправдано могао да пресуди да је ово процедурално питање које спада у домен националног права, то ипак није учинио. У тежњи да достигне циљеве Директиве био је амбициознији, те је сматрао да је „систем заштите који је уведен Директивом базиран на идеји да је потрошач у слабијој позицији у односу на продавца или добављача како у погледу преговарачке моћи тако и погледу знања. Потрошач може да буде несвестан њему доступне правне заштите, те је ово довело до закључка да „ефикасна за-

---

<sup>27</sup> Vidi: Macdonald, E: *Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contract Regulations*, 2002, *Modern Law Review*, стр. 763; Weatherill, S: *EU Consumer Law and Policy*, op.cit, стр. 123.

<sup>28</sup> Cases C-240/98, 2000 ECR I-4941.

штити потрошача може бити остварена само ако национални суд призна да има овлашћење да процени одредбе уговора<sup>29</sup>. Чини се логичним да се иде даље и да се закључи да Директива захтева, осим једноставне делегације надлежности, да суд критички испита правичност одредаба уговора. Што се самог уговора тиче ЕСП дао је предност продацу. Он је оспорио право потрошача да подигне тужбу.

Претходни примери наводе на закључак да у континенталној и *common law* доктрини, када су у питању институти у којима се манифестује начело савесности и поштења, судови процењују случајеве *ad hoc*, уважавајући интересе потрошача и њихово разумевање трансакције у питању.

### Злоупотреба типских уговора

Основни принцип слободе уговарања заснива се на идеји да је потрошач слободан у вези избора, не само квалитета роба или услуга, већ и у погледу услова који су по њега повољнији и пружају му бољу заштиту у случају да му купљена роба или извршена услуга не одговарају. Типски уговори се, најчешће, злоупотребљавају уколико произвођач или продавац уживају монопол у вези са производњом или продајом одређене ствари или услуге. Потрошач често и не зна да поред тзв. основног уговора овај садржи и клаузуле које су за њега неповољније. У вези са тим, довољно је указати на кредите које банке дају потрошачима и на типске уговоре које потрошачи потписују, често несвесни последица које могу наступити уколико пропусте да исплате рате кредита на начин како је предвиђено уговором. Слична ситуација је и са осигурањем, где осигураник у тренутку закључења уговора прихвата и све обавезе. Уколико по закључењу уговора дође до измена неких одредаба овог уговора, правило је да се осигураник о њима обавести, мада се од овог правила у одређеним случајевима може одступити.

---

<sup>29</sup> Whittaker, S: *Judicial Interventionism and Consumer Contracts*, 2001, 117 *Law Quarterly Review*, str. 215.

Примера оваквих злоупотреба има много и готово не постоји област у којој се типски уговори не користе. Чињеница је, међутим, да стратешка позиција стране која саставља типски уговор, омогућава јој да унесе једностране одредбе којима штити своје интересе.

Због свега изнетог, од изузетног је значаја да се потрошачима скрене пажња на потребу да се са типским уговорима генерално, а нарочито са ситно штампаним некоректним одредбама у њима, добро упознају пре закључења уговора, како би се избегли каснији неспоразуми. Прописи обезбеђују одређену заштиту потрошачу, али је много боље да свака страна од самог почетка има јасну представу о својим правима и обавезама.

### **Закључна разматрања**

Интенција овог рада је указивање на неке околности које би могле бити од интереса за наше правосудне органе приликом процењивања да ли је клаузула противна начелу савесности и поштења, да ли се о одредби појединачно преговарало и да ли је постојала значајна неравнотежа у преговарачким позицијама. Усвајањем Директиве о непоштенним одредбама у потрошачким уговорима остварена је оквирна заштита потрошача приликом закључења уговора који садрже непоштене клаузуле. Како су одређени услови за проглашавање клаузуле непоштеном без прецизирања и дефинисања критеријума, на националним судовима је задатак испитивања појединих критеријума, чиме се не остварује уједначеност заштите. Анализом случајева из европске и америчке судске праксе учињен је покушај проналажења заједничког именитеља за процењивање критеријума непоштености. Мада нас европски прописи и њихова судска пракса још увек не обавезују, пожељно је интерпретирати одредбе Закона о заштити потрошача Републике Србије у духу европских прописа и судске праксе европских судова.

**Milena Jovanović – Zattila, LL.D**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **APPLICATION OF DIRECTIVE 93/13/EEZ IN CONSUMER AGREEMENTS**

### **Summary**

*In this paper, the author analyses the Directive 93/13/EEC on the unfair terms in consumer agreements and discusses the subsequent implementation of the Directive in the national contract (consumer) law of the Republic of Serbia. Even though the Directive was adopted almost 15 years ago, there are still numerous discussions on its contents and implementation. The primary aim of this Directive is the protection of consumers who enter into contracts containing the unfair terms which have not been subject to mutual prior consent. However, the Directive has given rise to various debates due to the different approach of some states to the issues regarding the unfair terms in contractual clauses and the difficulty of coming to a common agreement on the field of its application. The Directive has been mostly objected for its lack of clear definitions in terms of certain criteria, as well as for allowing the national courts to examine each clause individually on the merits of the particular case at issue. The objective of this paper is to discuss the Directive in reference to specific cases from the judicial practice and, possibly, contribute to the interpretation of the disputable criteria.*

**Key words:** *the Directive 93/13/EEC, unfair terms in contractual clauses, consumer protection, minimal harmonization, the principle of bona fidae and honesty.*



*Др Предраг Цветковић, доцент*  
*Правни факултет Универзитета у Нишу*

*Др Небојша Раичевић, доцент*  
*Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **ПРАВНИ РЕЖИМ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СВЕТСКОЈ ТРГОВИНСКОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ**

### **Апстракт:**

Контрола државне помоћи у ЕУ је суштинска компонента политике конкуренције и неопходан гарант истинске конкуренције и слободне трговине. Члан 87(1) Уговора о ЕЗ предвиђа да је државна помоћ неспојива са заједничким тржиштем. Међутим, од забране државне помоћи допуштени су одређени изузеци (чл. 87(2) и (3) Уговора о ЕЗ). Контрола државне помоћи у ЕУ је, претежно, базирана на систему *ex ante* контроле коју врши Комисија. Државна помоћ унутар СТО је регулисана путем Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама. СЦМ споразум не искључује могућност давања субвенција у апсолутном смислу, већ предвиђа услове за њихову пуноважност. Полазећи од њиховог статуса у праву СТО субвенције се могу поделити на дозвољене и недозвољене. За разлику од ЕУ, СЦМ споразум предвиђа *ex post facto* контролу код које панели и апелациона тела, односно државе чланице врше процену так након што су субвенције дате.

### **Кључне речи:**

државна помоћ, субвенције, Европска унија, Светска трговинска организација, СЦМ споразум, незаконита помоћ, оспорљиве и неоспорљиве субвенције.

## Уводна разматрања

Питање правног регулисања помоћи коју држава даје својим привредним субјектима (у даљем тексту и: субвенције; државна помоћ) комплексно је, посматрано пре свега кроз визуру сукоба два, правнополитички једнако оправдана државна интереса: првог, интереса државе да као носилац економског суверенитета испуни обавезу пружања подршке својим привредним субјектима у обављању економске делатности и спољнотрговинске размене (нпр. владе их користе да би подстакле и промовисале важне и легитимне циљеве економске и социјалне политике); и другог, да као субјект међународног јавног права и ко-регулатор (заједно са другим државама, а посредством међународних организација) међународне економске размене, држава омогући и заштити принцип слободне трговине као полазни принцип за правно уређивање прекограничних токова робе, услуга и новца.<sup>1</sup> Први наведени принцип, у овом раду условно назван „обавеза поштовања партикуларног интереса“, хронолошки је претходио другом начелу, условно названом „обавеза поштовања универзалног интереса“. При томе, између ова два принципа постоји суштинска циљна повезаност: обавеза поштовања универзалног интереса настала је као резултат немогућности да се партикуларни (национални) интерес оствари спровођењем унилатералних мера државне политике у области спољнотрговинске размене.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Пример оваквог третмана начела слободе трговине јесу полазне основе настанка Светске трговинске организације (даље и: СТО; WTO). У економском смислу, Светска трговинска организација финансирана је на принципу економског либерализма, који полази од претпоставке да ефикасна алокација ресурса доприноси развоју општег благостања. У политичком смислу, СТО је заснована на екстензивном тумачењу Кантове тезе о „либералном миру“, према којој демократски уређена друштва међусобно не ратују (Емануел Кант теорију је изнео у свом есеју „Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf“ издатог 1795. године. Текст есеја доступан је на адреси - [http://www.sgip.org/politpsy/vorbild/kant\\_zef.htm](http://www.sgip.org/politpsy/vorbild/kant_zef.htm)). Примењена *mutatis mutandis* на развој трговинске размене, наведена теза основ је закључка да државе које међусобно тргују не воде ратове, већ спорове решавају мирним средствима.

<sup>2</sup> Субвенције могу имати штетно дејство на интересе трговинских партнера чије економије могу трпети штете због нелојалне конкуренције на домаћем или иностраном тржишту и у крајњем представљати препреку спровођењу принципа

Горе описани дуализам интереса уплетених у питање дефинисања правног режима државне помоћи (субвенција)<sup>3</sup> основ је за закључак да се ради о политички, економски и, дакако, правно сензитивној материји.

Питање начина усклађивања два горе описана интереса јавило се у пуној снази приликом интеграционих процеса универзалног и регионалног карактера. Што се тиче Европске уније (у даљем тексту „ЕУ“), односно Европске Заједнице (у даљем тексту „ЕЗ“), државна помоћ је од самог почетка нормирана на начин који не угрожава конкуренцију пословних субјеката и трговину између држава чланица, чиме се штити заједничко тржиште, али се истовремено води рачуна и о њеним позитивним ефектима, и допушта државама, да у оправданим ситуацијама, пруже подршку пословним субјектима. Начелне одредбе о државној помоћи у ЕУ налазе се у самим оснивачким уговорима, док су детаљна правила садржана у бројним секундарним актима. Када се ради о праву Светске трговинске организације<sup>4</sup>, примаран извор регули-

---

„слободе трговине“. Видети: **Bossche P.D: The Law and Policy of the World Trade - Organization; Text, Cases and Materials**, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge University Press, 2008, р. 557. У публикацији „World Trade Report, 2006: Exploring the Links between Subsidies, Trade and WTO“ (WTO, 2006), изнет је податак да је 2003. године укупан број субвенција био 300 милијарди долара. Од тога је 83 % потрошено од стране двадесет и једне развијене државе. Студија наглашава да субвенције штете трговинским токовима и дају вештачку и економски незаслужену предност увозницима или индустријама које се такмиче на страним тржиштима (е. „import competing industries“). Видети: [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report06\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report06_e.pdf)

<sup>3</sup> У даљем раду ови називи користиће се симултано када се ради о начелним излагањима; у погледу правног режима установљеног WTO правилима, користиће се назив „субвенције“; када се ради о режиму ЕУ, користиће се назив „државна помоћ“.

<sup>4</sup> За Републику Србију, значај права СТО произилази из одредби домаћег спољнотрговинског законодавства, чије норме упућују на право Светске трговинске организације као извор регулисања домаћег спољнотрговинског режима. Видети нпр. чланове 1. ст. 1. и 3; 12. ст. 1; 23. ст. 4. Закона о спољнотрговинском пословању Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 36/09). Генерални Савет СТО је 15. 02. 2005. године усвојио одлуку о формирању Радне групе за приступање Републике Србије СТО. Више о динамици и досадашњим резултатима процеса приступања Републике Србије Светској трговинској организацији видети на: [http://www.wto.org/english/theWTO\\_e/acc\\_e/a1\\_serbia\\_e.htm](http://www.wto.org/english/theWTO_e/acc_e/a1_serbia_e.htm). Све државе Западног Балкана, осим Репуб-

сања питања субвенција јесте СТО споразум о субвенцијама и компензаторним мерама (е. *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*; даље и: СЦМ).<sup>5</sup> Разлог и циљ настанка СЦМ споразума је мултилатерално регулисање субвенција које имају штетно дејство на међународну трговину.<sup>6</sup> Наведено мултилатерално регулисање засновано је на претпоставци да „одређене форме владине интервенције штете међународној трговини или имају потенцијал наношења такве штете“.<sup>7</sup>

## I. Правни режим државне помоћи у Европској унији

Контрола државне помоћи у Европској унији представља врло важну карику у заштити конкуренције и слободне трговине. Јединствени правни режим државне помоћи у ЕУ доводи предузећа током тржишне утакмице у исту ситуацију, а с друге стране спречава државе чланице да се упусте у штетно утркивање у давању државне помоћи, што би донело штету самим чланицама али и ЕУ као целини.<sup>8</sup> Државна помоћ у ЕУ је регулисана у чл. 87-89 Уговора о ЕЗ (по ранијој нумерацији чл. 92-94) и бројним актима секундарног права.

### 1. Појам државне помоћи

Уговор о ЕЗ и секундарна легислатива не дају дефиницију државне помоћи. Међутим, у Уговору о ЕЗ су дати критеријуми за њено одређење, тако да је сходно тим критеријумима државна помоћ одре-

---

лике Србије, БиХ и Црне Горе чланице су СТО. Три поменуте државе су у процесу приступања. Укупан број држава чланица у јулу 2008. године био је 153.

<sup>5</sup> Видети излагање *infra* у делу II овог рада.

<sup>6</sup> Видети: *Panel Report, Brazil-Export Financing Programme for Aircraft, WT/DS46/R, 14. april 1999, par 7. 26; [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/brazil-aircraft\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/brazil-aircraft(panel).pdf).*

<sup>7</sup> Видети: *Panel Report, Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS70/R, 14. april 1999, § 9. 119. [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/canada-aircraft\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/canada-aircraft(panel).pdf).* Панел је у овом случају нагласио обавезу поштовања тзв. „универзалног интереса“, видети излагање *supra* у уводним напоменама овог рада.

<sup>8</sup> **European Commission: Vademecum - Community Law on State Aid, 30 September 2008, p. 5.**

дива. Државна помоћ се одређује на основу својих учинака на конкуренцију и трговину и на основу обима у којем она пружа селективну корист одређеним предузећима или секторима.<sup>9</sup> Одсуство уговорне дефиниције и узимање у обзир ефеката код одређења државне помоћи има и позитивне стране јер би се свака дефиниција могла вешто заобићи домишљатошћу држава чланица.

Поменути критеријуми за одређивање државне помоћи садржани су у чл. 87(1) Уговора о ЕЗ, и то: а) државна помоћ обухвата само мере које укључују трансфер државних средстава; б) помоћ мора представљати економску предност за предузеће коју оно не би добило током уобичајеног пословања; ц) помоћ се даје кориснику на селективној основи; и, д) таква помоћ нарушава конкуренцију и утиче на трговину између држава чланица. Под државну помоћ не потпадају сви државни подстицаји предузећима, већ само они који кумулативно задовољавају наведене критеријуме. У делу који следи кратко ће бити анализирана четири наведена критеријума.

Државна помоћ обухвата само ону помоћ код које се врши трансфер државних средстава.<sup>10</sup> При томе се као давалац помоћи може појавити држава, али и регионални или локлани органи власти,<sup>11</sup> државне банке или фондације и сл. Помоћ не мора нужно бити дата од стране саме државе, већ и од стране приватних субјеката уколико их је држава изабрала да за њу администрирају државну помоћ.<sup>12</sup> Корисници државне помоћи могу бити било јавна било приватна предузећа.

---

<sup>9</sup> Европски суд правде ЕЗ је више пута поновио да код процене да ли нека мера представља државну помоћ нису одређујући разлози и циљеви због којих је она предузета, већ последице које је остварила; *Italy v Commission, Case 173-73, § 13, ECR [1974], p. 709.*

<sup>10</sup> У правној теорији постоји дилема да ли државна помоћ нужно мора значити - буџетски трошак односно смањење јавних прихода или њено одобравање не мора значити оптерећење јавних прихода. О томе више видети: Вукадиновић Р: Појам и значај државних субвенција у праву Европске уније, Правни живот, бр. 12/1998, стр. - 643-648.

<sup>11</sup> *Germany v Commission, Case 248/84, § 17, ECR, [1987, p. 4013.*

<sup>12</sup> *Steinike & Weinlig v Germany, Case 78-76, § 21, ECR [1977], p. 595.* На пример, када приватна банка одобрава помоћ малим и средњим предузећима из фонда који је установљен из државних средстава.

Помоћ треба представљати економску корист коју предузеће не би остварило у уобичајеном пословању. Ради уношења објективности код процене који облик државне интервенције у приватна и јавна предузећа потпада под државну помоћ, а који представља израз слободе државе да на тржишту остварује легитимне економске интересе, Комисија је развила „тест приватног инвеститора“. Према овом тесту држава у односу на предузећа може предузимати оне мере које би предузео и приватни инвеститор у потрази за профитом.<sup>13</sup> Класичан облик државне помоћи представљају директна новчана давања од стране државе неком пословном субјекту којима се умањују његови трошкови што га чини профитабилнијим и конкурентнијим у поређењу са конкурентима. Поред новчаних давања постоји много других облика директне или индиректне државне помоћи које имају сличне учинке. Ово укључује зајмове, преференцијалне кредите, државне гаранције, селективне пореске олакшице или одлагања, продају или изнајмљивање имовине у јавном власништву по ценама које су испод тржишних, извозне подстицаје.<sup>14</sup>

Да би се одређене мере државе усмерене ка предузећима квалификовале као државна помоћ оне морају бити селективне чиме се нарушава равнотежа између тих предузећа и њихових конкурената. Та селективност разликује државну помоћ од тзв. општих мера које се примењују без разлике на сва предузећа у свим секторима економије.<sup>15</sup> Државне мере се сматрају селективним уколико је органу који их спроводи дато право дискреционог одлучивања код избора субјеката или сек-

---

<sup>13</sup> *European Commission, XXVIIth Report on Competition Policy (1997), Brussels - Luxembourg, 1998, § 216, p. 66.*

<sup>14</sup> **Craig P.-Burca G: EU Law – Text, Cases ad Materials, Oxford, 2003, p. 1141.**

<sup>15</sup> Као добар пример за уочавање селективности може се навести белгијска легислативна акција у циљу смањења доприноса фирми за социјалну заштиту радника. - Белгија је најпре увела правило да све фирме које су упошљавале раднике за ручну - израду производа бивају ослобођене плаћања доприноса за социјално осигурање у једнаком износу. Такво умањење Комисија је сматрала општом мером које не потпада под државну помоћ. Међутим, када је Белгија изменила те прописе и увела додатно ослобођење само за оне фирме са овом врстом радника које су претежно укључене у међународну трговину, Комисија је то окарактерисала као државну помоћ, што је потврдио и Суд правде ЕЗ; *Belgium v Commission, Case C-75/97, [1999], p. 3671.*

тора у којима ће се оне примењивати, а селективност је присутна и онда када се та мера примењује само на део државне територије. Међутим, у пракси није баш увек лако направити разлику између државне помоћи и општих мера економске политике.

Државна помоћ мора имати стваран или потенцијални утицај на конкуренцију и трговину између држава чланица.<sup>16</sup> Довољно је да је корисник државне помоћи ангажован у економској активности и да он учествује на тржишту на којем се одвија трговина између држава чланица. При томе није битно да ли је у питању предузеће или непрофитна организација, већ само да ли је субјект о коме је реч укључен у економске активности. Помоћ која нема утицаја на трговину између држава није инкомпатибилна са заједничким тржиштем. Треба истаћи да Комисија сматра да и оне државне мере које помажу фирмама код ширења у трећим државама и и трговини са њима погађају трговину између држава чланица јер су фирме из ЕЗ конкуренти једна другој када иступају изван тржишта ЕЗ. Помоћ за директне инвестиције у иностранству је такође обухваћена чл. 87 Уговора о ЕЗ.<sup>17</sup>

У вези са овим четвртим критеријумом треба рећи да се сматра да због свог малог износа нека средства која држава уступа пословним субјектима не утичу штетно на конкуренцију и трговину између чланица због чега су изузета од домаћаја чл. 87(1) Уговора о ЕЗ. У тој ситуацији се примењује правило *de minimis non curat lex*. Према тренутно важећим прописима помоћ и износу до 200.000 евра по једном предузећу у периоду од три године не сматра се државном помоћи у смислу чл. 87(1) Уговора о ЕЗ.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Тешко је замислити неки подстицај државе усмерен једино ка неким националним предузећима која тргују у другим чланицама, а да он не штети конкуренцији и трговини између држава чланица; Mathijsen P.F: A Guide to European Union Law, London, 2004, p. 280.

<sup>17</sup> *Commission Decision of 14 October 1998 on a proposal by Austria to grant aid to LifgmbH*, (OJ, L 142, 05/06/1999, p. 32 -35).

<sup>18</sup> Уредба Комисије бр. 1998/2006 о примени чланова 87 и 88 Уговора на *de minimis* помоћ (OJ, L 379, 28. 12. 2006, p. 5).

## 2. Забрана државне помоћи и допуштени изузеци

Чл. 87(1) Уговора о ЕЗ садржи негативну претпоставку допуштености државне помоћи, проглашавајући такву помоћ неспојивом са заједничким тржиштем. Иако у овом члану нигде није изричито забрањена, из формулације да је државна помоћ "неспојива са заједничким тржиштем", и узимањем у обзир статуса заједничког тржишта у уговору о ЕЗ, може се једино извући закључак да она није допуштена у ЕЗ.<sup>19</sup>

Међутим, забрана државне помоћи није апсолутна јер сам Уговор о ЕЗ у чл. 87 (ст. 2 и 3) допушта одређене изузетке од те забране. Такав приступ је диктиран позитивним утицајима које државна помоћ некада може имати. Код допуштања појединих облика државне помоћи као темељни задатак се поставља балансирање између негативних последица помоћи на конкуренцију и њених позитивних ефеката на остварење општег интереса.<sup>20</sup>

Други став чл. 87 предвиђа одређене категорије државне помоћи које се *ipso iure* сматрају компатибилним са заједничким тржиштем. Државна помоћ која потпада под неку категорију из овог става аутоматски је допуштена без потребе да је Комисија претходно оцењује. Као први изузетак наведена је социјална помоћ индивидуалним потрошачима, под условом да се при томе не прави дискриминација заснована на пореклу робе. И помоћ која се додељује у случају природних катастрофа или других изузетних околности представља помоћ која је компатибилна са заједничким тржиштем.<sup>21</sup> Као последња категорија наведена је помоћ неким подручјима у СР Немачкој која су била погођена последицама поделе Немачке након Другог светског рата.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Европски суд правде ЕЗ је недвिसмислено Уговор протумачио на тај начин, истакавши да чл. 87 садржи забрану државне помоћи, мада та забрана није апсолутна и безусловна; *Steinike & Weinlig v Germany, Case 78-76, § 8, ECR [1977], p. 595.*

<sup>20</sup> *Commission of the European Communities, State Aid Action Plan: Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009, COM(2005) 107 final, Brussels, 7. 6. 2005, §11, p. 4.*

<sup>21</sup> Домашај овог изузетка није потпуно јасан јер израз „друге изузетне околности“ оставља места широком тумачењу. Тако, на пример, спорно је да ли се економске тешкоће могу подвести под овај изузетак; **Craig P.-Burca G:** *op. cit.*, p. 1147.

<sup>22</sup> Ова одредба је данас изгубила значај.



У трећем ставу члана 87. дате су одређене врсте државне помоћи које од стране Комисије могу бити проглашене компатибилним са заједничким тржиштем.<sup>23</sup> Употребљени израз „могу“ показује да Комисија има овлашћење да испита конкретну меру и процени њене позитивне и негативне ефекте по интересе Заједнице,<sup>24</sup> па их неки називају и „дискреционим изузецима“ од забране државне помоћи.<sup>25</sup> Због тога државе имају обавезу да Комисији унапред пријављују помоћ коју намеравају дати својим предузећима како би овај орган проценио да ли потпадају под изузетке из овог става. У чл. 87(3) су наведени следећи облици државне помоћи: (а) помоћ за унапређење економског развоја региона у којима је животни стандард изузетно низак или у којим постоји знатна незапосленост;<sup>26</sup> (б) помоћ за спровођење важних пројеката од заједничког европског интереса<sup>27</sup> или за отклањање озбиљног поремећаја у економији државе чланице;<sup>28</sup> (ц) помоћ за унапређење развоја одређених привредних активности или подручја, ако таква помоћ

<sup>23</sup> Ове форме државне помоћи имају далеко већи практичан значај од облика наведених у ставу 2 истог члана, и то нарочито помоћ наведена под „а“ и „ц“.

<sup>24</sup> У циљу обезбеђења транспарентности, предвидљивости и правне сигурности Комисија је учинила јавним критеријуме које користи код процена да ли нека државна помоћ потпада под допуштене изузетке. Критеријуми су садржани у различитим уредбама и тзв. меком праву (*communications, notices, frameworks, guidelines*).

<sup>25</sup> **Arnulf A.M. and others: European Union Law, London, 2000**, p. 680.

<sup>26</sup> Да би се овај изузетак могао применити поменути социо-економски разлози морају бити изражени у односу на ЕУ као целину, а не само унутар државе чланице; *Germany v Commission, Case 248/84, § 19. ECR, [1987], p. 4013.*

<sup>27</sup> Комисија је заузела став, а Суд правде ЕЗ потврдио да код неког пројекта постоји заједнички интерес Заједнице уколико он „представља део транснационалног европског програма који заједнички подржавају више влада држава чланица, или он произилази из усклађене акције више држава чланица ради супротстављања општој претњи као што је еколошко загађење“; *Exécutif régional wallon and SA Glaverbel v - Commission, Joined cases 62/87 and 72/87, § 22-23, ECR [1987], p.1573.*

<sup>28</sup> Да би се могла дати државна помоћ по овом основу мора постојати озбиљан поремећај у целокупној националној економији, а не само у неком региону или делу територије; *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachsen GmbH v Commission, Joined cases T-132/96 and T-143/96, §167, ECR [1987], p. II-3663.* Уколико постоји поремећај у неком региону државе чланице или њеном делу територије онда се могу применити тачке „а“ или „ц“ чл. 87(3); *Germany v Commission, Case C-301/96, §105-107, ECR [2003], p. 9919.*

не утиче на услове пословања у мери у којој је то противно заједничком интересу;<sup>29</sup> (д) помоћ намењена унапређењу културе и очувању баштине, ако таква помоћ не утиче на услове пословања у мери у којој је то противно заједничком интересу;<sup>30</sup> и (е) остале врсте субвенција које, на предлог Комисије, квалификованом већином утврђује Савет.<sup>31</sup>

Од свих напред наведених изузетака од забране државне помоћи најзначајнији је онај регулисан у чл. 87(3), тач. „ц“ који је у пракси најчешће коришћен. Он омогућава давање државне помоћи у случају потребе неке привредне делатности или сектора која се изражава на националном нивоу, чиме се чланици даје могућност да захтева одобрење државне помоћи за регион који је неразвијен по националним критеријумима.<sup>32</sup> Користећи се овим изузетком, Комисија је одобравала помоћ неким индустријским секторима,<sup>33</sup> „хоризонталну“ помоћ ради отклањања заједничких проблема који се јављају у свим економским секторима,<sup>34</sup> и помоћ одређеним регионима у државма чланицима.

### 3. Контрола државне помоћи

Сама забрана државне помоћи не би била од велике користи без установљења ефикасног механизма надзора. Имајући то у виду, чл. 88 Уговора о ЕЗ овлашћује Комисију да врши контролу државне помоћи, а неколико секундарних аката ближе уређује процедуру те контроле.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Ово је најзначајнији изузетак од опште забране државне помоћи и он је у пракси најчешће коришћен.

<sup>30</sup> Ради се о изузетку новијег датума који је уведен Уговором о Европској унији из 1992. године.

<sup>31</sup> То омогућава увођење неких нових изузетака који у Уговору нису дати. По овом основу усвојен је већи број директива о државној помоћи у области бродоградње.

<sup>32</sup> То је различито у односу на изузетак из тачке „а“ овог члана где се неразвијеност региона цени у односу на ЕУ као целину.

<sup>33</sup> Текстилна индустрија, бродоградња, производња моторних возила, производња угља и челика, пољопривреда, рибарство, транспорт, енергетика.

<sup>34</sup> До сада је Комисија ради остварења хоризонталних циљева донела посебне смернице и упутства о државној помоћи у следећим областима: мала и средња предузећа, истраживање, развој и иновације, заштита животне средине, запошљавање, обука, с-анација и реструктурирање.

<sup>35</sup> Уредба Савета бр. 659/1999 којом се установљавају детаљна правила за примену члана 93 Уговора о ЕЗ (ОЈ, Л 83, 27. 3. 1999, р. 1); Уредба Комисије бр. 794/2004 о

Контрола државне помоћи у ЕУ претежно је базирана на систему претходног одобрења од стране Комисије (*ex ante* контрола). Државе чланице имају обавезу да обавесте Комисију и добију од ње одобрење за давање државне помоћи, осим уколико се не ради о помоћи која је уредбом Комисије изузета од те процедуре.<sup>36</sup> С обзиром на значај који има за коначну одлуку о државној помоћи, потребно је описати процедуру *ex ante* контроле.

Ова контрола започиње обавештењем о намераваној државној помоћи, које Комисији увек шаље држава чланица, без обзира да ли помоћ дају централни, регионални или локални органи власти. Како би се убрзала процедура, Комисија је сачинила стандардне обрасце за нотификовање различитих облика државне помоћи и направила одговарајуће компјутерске програме који су доступни државама чланицама.<sup>37</sup> Када добије обавештење Комисија најпре испитује да ли садржи све потребне податке, и ако оно није потпуно држави ће бити остављен накнадни рок да то отклони. Када добије потребне информације Комисија најпре испитује да ли се заиста ради о државној помоћи у смислу чл. 87(1) Уговора о ЕЗ, и ако је посреди таква помоћ надаље испитује да ли она потпада под изузетке из чл. 87, ст. 2 или 3, или се пак ради о државној помоћи која је неспојива са заједничким тржиштем. Уколико Комисија нема дилеме око компатибилности државне помоћи са зајед-

---

имплементацији Уредбе Савета бр. 659/1999 којом се установљавају детаљна правила за примену члана 93 Уговора о ЕЗ (*OJ, L 140, 30. 04. 2004, p. 1*); више уредби Комисије којима је мењана Уредба бр. 794/2004 (Уредба бр. 1627/2006 – *OJ, L 302, 1. 11. 2006, p. 10*, Уредба бр. 1935/2006 – *OJ, L 407, 30. 12. 2006, p. 1*, Уредба бр. 271/2008, *OJ, L 82, 25. 3. 2008, p. 1*, Уредба бр. 1147/2008, *OJ, L 313, 22. 11. 2008, p. 1*, Уредба бр. 257/2009, *OJ, L 81, 27. 3. 2009, p. 15*). Поред ових обавезних аката Комисија је усвојила и неколико аката из домена тзв. „меког“ права (Саопштење Комисије – остваривање ефикасне - имплементације одлука Комисије о налогу за повраћај незаконите и инкомпатибилне - државне помоћи – *OJ, C 272, 15. 11. 2007, p. 4*; Саопштење о сарадњи између националних судова и Комисије на плану државне помоћи – *OJ, C 312, 23. 11. 1995, p. 8*; Саопштење Комисије о одређивању примењивих правила код процене незаконите државне помоћи – *OJ, C 119, 22. 05. 2002, p. 22*).

<sup>36</sup> Уредбе о групи изузетака („*block exemption regulations*“), као и Уредба о *de minimis* помоћи.

<sup>37</sup> Чл. 2 и 3 Уредбе Комисије бр. 794/2004 и Анекс I.

ничким тржиштем она доноси одлуку којом такву помоћ одобрава (прелиминарно испитивање),<sup>38</sup> или, пак, ако таква сумња постоји, отвара процедуру формалне истраге.<sup>39</sup> У одлуци о покретању формалне истраге даје се кратак преглед чињеничног и правног стања и наводе дилеме које Комисија има у погледу опредељења да ли постоји државна помоћ, односна да ли је она компатибилна са заједничким тржиштем. Држава и други заинтересовани субјекти могу упутити своје коментаре на ту одлуку. Након тога, Комисија доноси коначну одлуку која може садржати једно од следећих решења: да се уопште не ради о државној помоћи, да је у питању државна помоћ која је забрањена, или, да је посредни помоћ која је компатибилна са Уговором о ЕЗ. Овлашћени субјекти који су незадовољни одлуком Комисије могу покренути поступак пред Судом правде ЕЗ.

Државе чланице не смеју заобићи описану процедуру и доделити државну помоћ без одобрења Комисије. Свака помоћ која није нотификована или је дата без одобрења Комисије представља незакониту помоћ. У тој ситуацији Комисија је обавезна да донесе одлуку којом од државе захтева да предузме све потребне мере како би добила натраг помоћ коју је дала бенефицијару, осим ако би таква одлука била противна општим начелима комунитарног права.<sup>40</sup>

Пре неколико година Комисија је отпочела процес осавремењавања и поједностављења процедуре везане за контролу државне помоћи. У склопу те реформе, на основу овлашћења Савета,<sup>41</sup> Комисија је усвојила више уредби о изузецима у односу на неке категорије државне помоћи<sup>42</sup> (*“block exemption regulations”*). Тим уредбама су, уз испуњење

---

<sup>38</sup> Чл. 88(3) Уговора о ЕЗ.

<sup>39</sup> Једну од ове две одлуке Комисија мора донети у року од два месеца од момента добијања потребних података, у противном, сматраће се да је државна помоћ одобрена. Поступак формалне истраге предвиђен је чланом 88(2) Уговора о ЕЗ, а детаљно уређен чл. 6 и 7 Уредбе бр. 659/1999.

<sup>40</sup> Чл. 14 Уредбе бр. 659/1999.

<sup>41</sup> Уредба Савета бр. 994/98 о примени чланова 92 и 93 Уговора о ЕЗ на одређене категорије хоризонталне државне помоћи (*OJ, L 142, 14. 5. 1998, p. 1*).

<sup>42</sup> У питању је била државна помоћ намењена: средњим и малим предузећима, истраживању и развоју, запошљавању, обуци, регионалном развоју.

предвиђених услова, неке категорије државне помоћи проглашене компатибилним са заједничким тржиштем и тиме изузете од обавезе претходног нотификовања и чекања одобрења Комисије. Прошле године тих пет уредби су замењене општом уредбом о пакету изузетака којом су обједињени дотадашњи изузеци, уз уношење и још неких нових.<sup>43</sup> Такође и *de minimis* помоћ потпада под ову поједностављену процедуру. Као последица ових изузетака, државе чланице могу дати помоћ која испуњава услове из уредбе без обавезе да претходно обавесте Комисију и добију њену сагласност. Државе имају право да одмах дају помоћ, уз обавезу да о томе накнадно обавесте Комисију.<sup>44</sup>

## II. Правни режим државне помоћи (субвенција) у праву Светске трговинске организације

Општи споразум о царинама и трговини, који је претходио настанку Светске трговинске организације (ГАТТ 1947) није јасно и на општи начин регулисао питање субвенција, мада је један од његових чланова (XVI) носио управо такав наслов („Субвенције“; е. „*Subsidies*“). Наведени члан предвиђа обавезу држава уговорница ГАТТ-а да другим државама доставе обавештење о субвенцијама које директно или индиректно делују на повећање извоза или смањење увоза на њиховој територији. Друга држава уговорница има право да тражи консултације са државом која ове субвенције уводи, при чему се од те државе може тражити њихово ограничење уколико субвенције проузрокују или прете да проузрокују озбиљно угрожавање интереса државе која је консултације тражила (видети чл. XVI, ст. 1. ГАТТ-а) 1947). Од значаја за режим

---

<sup>43</sup> Уредба Комисије о проглашењу неких категорија помоћи компатибилним са заједничким тржиштем поводом примене чланова 87 и 88 Уговора („*general block exemption regulation*“), *OJ, L 214, 9. 8. 2008, p. 3.*

<sup>44</sup> У тим ситуацијама се од држава једино захтева да Комисији поднесу кратак опис дате помоћи у року од 20 радних дана након што је отпочето са давањем помоћи. Када је, пак, у питању државна помоћ испод одређеног износа (*de minimis*) не постоји чак ни обавеза подношења таквих сумарних информација. Међутим, државе су обавезне да ту помоћ надзиру у складу са правилима Уредбе о минималној помоћи.

субвенција јесте и члан VI ГАТТ-а („Антидампиншке и компензаторне мере“; е. „*Antidumping and Countervailing Duties*“), који је предвиђао могућност предузимања компензаторних мера за субвенције дате увезеној роби од стране државе извоза. Како овај члан, једнако као и члан XVI, нису били систематично структурирани и суштински јасни, током Токијске рунде преговора о ГАТТ-у (1973-79) закључен је Споразум о интерпретацији и примени чланова VI, XVI и XXIII ГАТТ-а. Споразум је по карактеру био „плурилатералан“; нису га потписале све, већ само 25 држава уговорница ГАТТ-а, укључујући ЕЕЗ и САД. Овај Споразум није пуно допринео разјашњењу питања субвенција које је, чињеницом да је било разлог великог броја спорова у тзв. „ГАТТ ери“, установљено као један од примарних задатака преговарача током Уругвајске рунде преговора. Овакав приступ резултирао је усвајањем Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама (СЦМ споразум).

#### 1. Правни режим субвенција у СЦМ споразуму

Правни режим субвенција у систему СЦМ споразума предвиђа *ex post* контролу мера држава чланица, које потпадају под режим недозвољених субвенција (забрањених или оспорљивих)<sup>45</sup>. Нема, дакле, механизма нити процедуре који државе обавезује да приликом рада на сопственим правним правилима испитују усклађеност својих прописа о државној помоћи са правилима СТО којима се уређује питање субвенција (*ex ante* контрола усклађености националних прописа, што је карактеристика права ЕУ о државној помоћи као коресподентних правила нормама СЦМ споразума)<sup>46</sup>. Претпоставка права СТО, у односу на правни режим субвенција, јесте „самодисциплина“ држава уговорница. Како такво поуздање не може бити апсолутно, а у одсуству процедуре претходне (*ex ante*) контроле, СЦМ споразум предвиђа два „колосека“ за спречавање мера које су супротне нормама Споразума. Колосек I претпоставља право држава чланица да компензаторним мерама отклоне штетне ефекте недозвољене субвенције које је увела друга

---

<sup>45</sup> Видети више *infra* у тач. 1. 2. дела II овог рада.

<sup>46</sup> Видети излагање супра у тач. 3. дела I овог рада.

држава чланица. Колосек II јесте могућност да мере којима је држава прекршила одредбе СЦМ споразума буду предмет поступка решавања спорова пред панелима и апелационим телима СТО.<sup>47</sup>

### 1.1. Дефиниција „субвенције“

СЦМ споразум садржи прву дефиницију субвенције у историји ГАТТ-а и СТО.

Субвенција се дефинише као финансијски допринос од стране владе или неког државног органа на територији државе чланице, који за резултат има корист (е. „benefit“) на страни примаоца.<sup>48</sup>

Из ове дефиниције могу се извести следећи елементи појма субвенције:

- а) финансијски допринос владе или државног тела;
- б) корист за примаоца субвенције.

Наведеним конститутивним елементима појма субвенције у систему СТО требало би придодати и тзв. „услов специфичности“: субвенција која испуњава услове наведене под а) и б) биће сматрана недозвољеном (забрањеном, оспорљивом)<sup>49</sup> субвенцијом уколико је „специфична“ у смислу члана 2. СЦМ споразума.<sup>50</sup>

#### 1.1.1. Финансијски допринос владе или државног тела као елемент појма субвенције

СЦМ споразум<sup>51</sup> предвиђа да се субвенцијом сматра финансијски допринос државе или владиног тела, то јест:

---

<sup>47</sup> Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације, установљен је документом под називом „*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*“ (у даљем тексту ДСУ). Решавање спорова у оквиру WTO реализује се кроз три институције: а) орган за решавање спорова (е. „*Dispute Settlement Body*“ - ДСБ); б) панеле (даље и: „СТО панели“; ц) апелациона тела (даље и: „СТО апелациона тела“). Више о поступку решавања спорова у оквиру СТО видети у: **Цветковић П: Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације**, Право и привреда бр. 5-8/2006, стр. 713-727

<sup>48</sup> Видети: чл. 1. став. 1. тач. а-б СЦМ споразума.

<sup>49</sup> Видети излагање *infra* у тач. 1. 2. 1. и 1. 2. 2. дела II овог рада.

<sup>50</sup> Видети излагање *infra* у тач. 1. 1. 3. дела II овог рада.

<sup>51</sup> Видети: члан 1. ст. 1. тач. 1. под а) алинеје 1-4. СЦМ споразума.

пракса владе да врши директне трансфере средстава (нпр. дотације, зајмове, унос акцијског капитала), потенцијалне директне трансфере средстава или покривање обавеза (нпр. издавање гаранција код замова; члан 1. ст. 1. тач. а1 алинеја „i“ СЦМ споразума);

одрицање унапред владе од неког прихода или прикупљања одређеног прихода (нпр. фискални подстицаји као порески кредити; члан 1. ст. 1. тач. а1 алинеја „ii“ СЦМ споразума)

обезбеђивање или прибављање од стране владе робе<sup>52</sup> или пружање услуга, осим општих инфраструктурних услуга (; члан 1. ст. 1. тач. а1 алинеја „iii“ СЦМ споразума);

владине уплате у одређене фондове или поверавање односно налагање приватним телима да изврше једну или више делатности наведених у горе наведеним тачкама, а које би у нормалним околностима биле у надлежности владе (; члан 1. ст. 1. тач. а1 алинеја „iv“ СЦМ споразума).

Коришћење лимитативне еnumerације у преамбули члана 1. ст. 1. а (1) СЦМ индицира да горе наведена кватрипартитна листа има искључиви карактер. Само ова четири типа владиних мера конституишу финансијски допринос у смислу СЦМ споразума.

Посебну пажњу захтева критеријум наведен у горе наведеној алинеји „iv“ (постојање финансијске користи у случају владиних уплата у одређене фондове или поверавања односно налагања приватним телима да изврше једну или више делатности наведених у алинејама „i-iii“, а које би у нормалним околностима биле у надлежности владе). Наиме, увођење овог критеријума спречава државе да индиректним активностима спроводе циљеве чије им је остваривање забрањено директним акцијама. С обзиром на значај овог питања, не изненађује

---

<sup>52</sup> Дефиниција „робе“ у смислу наведеног става интерпретирана је као „широки спектар добара које држава може обезбедити-материјалних или покретних ствари, са изузетком новца“. Видети: *Report of the Panel, United States – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS236/R, 27 September 2002, (‘US – Lumber III’), §7.23- 7.24.* У овом случају, панел је субвенцијом сматрао понашање државе која је дрвним материјалом снабдавала компаније које се баве сезонском сечом дрвне грађе. <http://www.sice.oas.org/dispute/wto/ds236/ds236r1e.asp>.



да је оно било предмет испитивања пред СТО панелима. Тако је панел који је поступао у спору „*US-Export Restraints*“;<sup>53</sup> дефинисао пет различитих услова за испуњење критеријума постојања „индиректног“ пружања „финансијског доприноса“ владе (дакле, не непосредно, већ преко фондова или приватних тела) у смислу СЦМ споразума. Реч је о следећим елементима:

- владино поверавање делатности приватноправном телу или усмеравање деловања тог тела;
- обављање једне или више функција илустрованих у алинејама „i-iii“ ; члана 1. ст. 1. тач.а1) СЦМ споразума
- поверавање делатности приватноправним телима коју би у нормалним околностима требало да обавља влада;
- да се пракса коју спроводе приватна тела којима је поверена одређена делатност суштински не разликује од праксе коју у уобичајеним околностима спороводи влада.

Каснији панели прихватили су овакво резонување панела у спору „*US-Export Restraints*“, уз наглашавање да разлика између ситуација наведених у алинејама „i-iii“ и алинеје „iv“ члана 1. ст. 1. тач.а1) СЦМ споразума јесте само у идентитету актера, а не у природи акције. Стога, просто охрабрење од стране владиних тела не испуњава критеријум за постојање „индиректног“ одобравања финансијске користи, нити је тај критеријум испуњен када је поверавање обављања активности из алинеје „i-iii“ само „секундарни резултат“ спровођења владних мера.<sup>54</sup>

Из горе наведеног, а у светлу компарације права СТО и права ЕУ о субвенцијама (државној помоћи), закључује се да је право СТО шире у погледу финансијских доприноса који испуњавају услове за постојање недозвољених субвенција у смислу СЦМ споразума. Наиме, за разлику од права ЕУ, право СТО не захтева као услов постојања субвенције (односно државне помоћи у систему ЕУ) да она пада на „терет јавних средстава“, односно буџета.

<sup>53</sup> Видети: *Report of the Panel, United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies, WT/DS194/R, 29 June 2001, ('US – Export Restraints'), § 8.24-8. 25.* [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/us-exportrestraints\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/us-exportrestraints(panel).pdf).

<sup>54</sup> Видети: *Report of the Panel, European Communities – Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea, WT/DS299/R, ('EC – DRAMs'), § 114.*

Признање да у субвенције у СЦМ споразуму спадају финансијски доприноси које гарантује влада која поверава или налаже приватном телу да додели допринос према члану 1. 1. a1) i-iii), сугерише да дефиниција субвенције према СЦМ споразуму јесте шира од појма „државне помоћи“ у праву ЕУ. Право ЕУ захтева да мера која конституише државну помоћ мора да кореспондира са владиним трошковима, то јест трошковима за које гарантује влада. Ово је дефинисано као захтев да државна помоћ буде „на терет јавних средстава“.<sup>55</sup>

Из горе наведеног закључује се да одређени тип мера може конституисати недозвољену субвенцију у смислу СЦМ споразума, али не и државну помоћ у смислу права ЕУ (с обзиром на услов да мера мора ићи на терет „јавних средстава“). Наведена дискрепанција резултат је компромиса земаља чланица ЕУ и САД приликом усвајања текста СЦМ споразума.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Прецедентни случај у овом смислу представља одлука у спору „*Sloma Neptun*“ (*Joined Cases C-72/91 and C-73/91 – Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG v. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun*, [1993] ECR I-887, § 18). У овом спору, Суд правде ЕЗ заузео је став да се државном помоћи у смислу члана 87 (тада 92) ЕЗ споразума не може сматрати мера којом је Влада Немачке предвидела да бродарска предузећа чија пловила путују под немачком заставом могу својим радницима који немају држављанство земаља чланица ЕУ прописати неповољније услове плаћања и рада - него што је то случај са радницима који имају такво држављанство: оваква мера не представља „финансирање на терет јавних средстава“. Идентично закључивање приступно је и у другим случајевима. Тако је у спору „*PreussenElektra*“ (*AG v. Schleswig-AG*, [2001] Case C-379/98 ECR I-2099), Суд сматрао да легислатива која захтева од приватних регионалних снабдевача енергијом да прибављају електричну енергију из обновљивих извора енергије у својој области по фиксираним (вишим од тржишних) минималним ценама не представља државну помоћ. Ипак, оштрина примене наведеног услова за квалификовање државне помоћи као забрањене (да иде на терет јавних средстава) коригована је могућношћу да се таквим, *contra legem* мерама државне помоћи имају сматрати и оне којима се пружа подршка путем приватних ресурса, под условом да су ти ресурси под директном или индиректном контролом државе. Тада се такве мере уподобљавају онима које предузима држава непосредно. Видети, *inter alia*, одлуку Суда у спору „*France v. Ladbroke Racing and Commission*“, [2000] ECR I-3271, Case C83/98 P, § 50

<sup>56</sup> Видети: Извештај СТО панела у спору „*US –Export Restraints*“, *op. cit.*, напомена 155.

### 1.1.2. Финансијска корист као елемент појма субвенције

Испуњавање критеријума постојања финансијског доприноса, није довољан да би се сматрало да постоји недозвољена субвенција у смислу СЦМ споразума. Поред овог елемента, неопходно је да финансијски допринос значи и истовремено финансијску корист за примаоца субвенције. Покушаји „релативизације” концепта постојања како финансијског доприноса, тако и финансијске користи, као неопходних за постојање недозвољене субвенције у смислу СЦМ споразума (укључивањем претпоставке да је увек када постоји финансијски допринос испуњен и елемент финансијске користи), нису наишли на одобравање апелационих тела WTO.<sup>57</sup>

Концепт „финансијске користи“ додатно је ограничен ставом апелационих тела да све владине мере које имају за резултат „финансијску корист“ нису неопходно и мере које испуњавају услове за њихову супсумцију под појам недозвољене субвенције у смислу СЦМ споразума. Сврха СЦМ споразума јесте да се ојача и унапреди поштовање правила о забрани недозвољених субвенција, при чему се признаје право државама да под одређеним условима могу увести мере са таквом природом (које, међутим, нису недозвољене субвенције у смислу СЦМ споразума). Наведени баланс апстрахован је и потврђен у пракси СТО панела и апелационих тела. Тако је апелационо тело у спору „Canada-

---

<sup>57</sup> Апелационо тело у спору „Brazil Aircraft“ санкционисало је одлуку панела који је, својом одлуком у истом спору, релативизовао разлику између „финансијског доприноса“ и „финансијске користи“: „у интерпретацији члана 1. 1. a1) алинеја „i“ СЦМ споразума, Панел је у појам финансијског доприноса унео претпоставку истовременог постојања финансијске користи. Такво резонување нема основ у СЦМ споразуму. Питања постојања финансијског доприноса и финансијске користи два су одвојена правна елемента члана 1. 1. СЦМ споразума, који дефинише кумулативне услове постојања субвенције...“*Report of the Appellate Body, Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, WT/DS46/AB/R, 2 August 1999, (‘Brazil – Aircraft’), § 157.* - <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/46abr.doc>. Сличан став присутан је и у извештају панела у спору „Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft”, WT/DS222/R, 28 January 2002, (‘Canada -Aircraft II’), § 7.396: „термин “к-ористи” односи се на ефект финансијског доприноса; стога, у циљу доказивања постојања користи, страна која тражи заштиту мора доказати више од простог постојања финансијског доприноса”.

Aircraft“, сматрало да услов постојања финансијске користи захтева установљавање да је финансијски допринос у питању побољшао положај примаоца на „релевантном“ тржишту. Дефинисање „бољег положаја“ као претпоставке постојања „финансијске користи“, укључује процену да ли је прималац финансијског доприноса тај допринос добио под условима повољнијим него што је то случај са другим корисницима таквог доприноса на тржишту које се сматра „релевантним“.<sup>58</sup>

У контексту поређења правила СТО и ЕУ о субвенцијама (државној помоћи), констатује се да у делу услова “финансијске користи” као конститутивног елемента појма недозвољене субвенције нема битне разлике. Као и СЦМ споразум, право ЕУ за постојање недозвољене државне помоћи захтева да се њоме фаворизују одређена предузећа или одређена производња, односно, у крајњем, да се њоме ствара корист за примаоца. Тест установљавања користи је да ли би таква помоћ могла бити примљена под истим условима и према редовној динамици пословања. Уколико то није случај, корист за примаоца постоји.<sup>59</sup>

### 1.1.3. „Специфичност” мере као услов постојања субвенције

СЦМ споразум предвиђа да ће субвенција које испуњава услове из члана 1. 1. Споразума (финансијски допринос и финансијска корист) бити недозвољена у смислу Споразума само уколико задовољава услов “специфичности”, односно уколико је усмерена на ограничени број субјеката на тржишту.

---

<sup>58</sup> Видети: § 157. Извештаја апелационог тела; <http://www.sice.oas.org/dispute/wto/ds70/ds70r1e.asp>. Панел у спору “EC-DRAMs” такође је закључио да “уколико је јавни финансијски допринос који је предмет мере био расположив под истим условима који важе за приватне учеснике на тржишту, онда нема основа да се сматра да постоји недозвољена субвенција у смислу СЦИ (јер нема финансијске користи, примедба аутора) чак и када ју је обезбедила влада”. У поменутом спору Панел је, међутим, сматрао да постоји корист (а самим тим и субвенција), јер је “влада гаранцију у конкретном случају наплаћивала мање него што је тржишна вредност таквих гаранција у светлу специфичних околности случаја, чиме је прималац остварио корист”. Видети: Извештај панела у спору “European Communities-Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea, “EC – DRAMs”, WT/DS299/R, § 7.189; - [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/ec-dramscvd\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/ec-dramscvd(panel).pdf).

<sup>59</sup> Видети: *Tiercé Ladbroke v. Commission, Case C-353/95P, [1997] ECR I-7007*; - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0353:EN:HTML>.

Специфичност као услов за постојање недозвољене субвенције испуњена је уколико надлежни орган који издаје меру или одговарајуће законодавство које такву меру прописује, експлицитно лимитирају приступ субвенцији само на одређена предузећа (*de iure* специфичност).<sup>60</sup>

Наведена дефиниција специфичности мере, као услова да би се сматрала недозвољеном субвенцијом, трпи корекцију. Наиме, уколико надлежни орган који даје субвенцију или одговарајуће законодавство утврде објективне критеријуме и услове којима се утврђује подобност за примање или висину субвенције, при чему је приступ субвенцијама аутоматски у првом случају, односно уколико се стриктно поштују прописани критеријуми и услови у другом случају, тада **није испуњен услов “специфичности” у смислу СЦМ споразума. Последица ове чињенице је да је мера са карактером субвенције дозвољена у смислу Споразума.** Описано ограничење дејства услова специфичности има ефекат под претпоставком да су критеријуми и услови и за примену мере јасно дефинисани законом или другим прописима, чиме је омогућена њихова верификација у пракси (провера да ли су у конкретном случају испуњени прописани услови за добијање субвенције).<sup>61</sup>

Описана корекција захтева за постојањем услова специфичности, која предвиђа критеријуме чијим испуњењем мера губи карактер „специфичне” те се не може сматрати недозвољеном субвенцијом у смислу СЦМ споразума (већ легитимном мером), и сама је условљеног дејства. Наиме, чак и када су испуњени услови за „неспецифичност”, мера која је предмет разматрања сматраће се субвенцијом уколико постоје индикатори да је она стварно (фактички) специфична.<sup>62</sup> Ови индикатори су:

коришћење програма субвенција од стране ограниченог броја неких предузећа;

---

<sup>60</sup> Видети: чл 2. 1. а) СЦМ споразума.

<sup>61</sup> Објективни критеријуми су они који не фаворизују поједина предузећа, - економског су карактера и примењују се хоризонтално (нпр. по броју запослених и величини предузећа); видети напомену 2. уз члан 2. 2. СЦМ споразума.

<sup>62</sup> Видети: чл. 2.1. ст. 3. СЦМ.

одобравање диспропорционалне суме субвенције одређеном предузећу;

начин одлучивања органа који одобравају субвенцију о томе ко ће и под којим условима субвенцију добити;<sup>63</sup>

диверзификација економских активности под јурисдикцијом органа који даје субвенцију и дужина времена у којем се спроводи програм субвенционирања.

Пракса СТО панела и апелационих тела указује на то да четири горе наведена критеријума не морају бити испуњена кумулативно, већ да је, у зависности од околности конкретног случаја, за постојање фактичке специфичности и, консеквентно томе, недозвољене субвенције, довољно испуњење најмање два од горе наведених критеријума.<sup>64</sup>

Посебну пажњу СЦМ споразум посвећује условима за постојање специфичности регионалних субвенција. Наиме, специфичном ће се сматрати (а самим тим и имати карактер недозвољене субвенције) мера чија је примена ограничена на поједина предузећа лоцирана у одређеном географском региону под јурисдикцијом органа који субвенцију даје.<sup>65</sup> *A contrario*, субвенција која се гарантује свим предузећима у одређеном региону није специфична и дозвољена је према СЦМ споразуму.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Постојање овог индикатора установљаваће се на основу односа одобрених и одбијених захтева за добијање субвенције, начин и садржина образложења таквих одлука и слично. Видети напомену 3. уз члан 2. 1. ц) СЦМ споразума.

<sup>64</sup> Видети извештај панела који је поступао у спору „US-Lumber IV” (*United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*; WT/DS257/R, 29. August 2003, § 7. 123. Извештај је доступан на сајту [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>65</sup> Видети: чл. 2. 2. СЦМ споразума.

<sup>66</sup> Панел који је поступао у спору „EC-DRAMs”, разматрао је питање постојања услова „специфичности” мере као услова за постојање недозвољене субвенције у смислу СЦМ споразума. Предмет анализе била је компензаторна мера коју је ЕУ наметнула Јужној Кореји као одговор на програм субвенција тамошње владе. ЕУ је тврдила да је субвенција која је предмет анализе *de facto* (дакле, према одредби члана 2. 1. ст. 3. СЦМ споразума) специфична: користило ју је само 6 од укупно 200 подобних компанија; 41% средстава из програма користили произвођачи РАМ меморија (е. ДРАМС). Унија је прихватила да не постоји *de iure* специфичност у смислу члана 2. 1. а) СЦМ, али да су у конкретној ситуацији испуњени услови за *de facto* спе-

Док право СТО примењује концепт „специфичности“, право ЕУ усваја термин „селективност“. Осим номиналног разликовања, реч је о суштински сличним концепцијама.

ЕЦЈ широко тумачи концепт селективности. Селективне су све мере које немају карактер генералне примене. Овакав, селективни карактер мере, не искључује ни постојање великог броја предузећа подобних за добијање субвенције, нити величина привредног сектора коме она припадају: ни тада се не може сматрати да одређена мера има карактер активности спровођења опште економске политике.<sup>67</sup> Селективним се сматрају и мере које фаворизују мала и средња, али искључују велика предузећа.<sup>68</sup> Дакле, за разлику од права СТО, помоћ малим и средњим предузећима сматрала би се селективном и потпадала би под удар права ЕУ којим се санкционише недозвољена државна помоћ (док би у режиму СЦМ споразума ова помоћ била дозвољена субвенција).<sup>69</sup> Такође, у режиму права ЕУ, помоћ која има карактер мере генералне примене може се конвертовати у селективну уколико је процедура ње-

---

цифичност предвиђену чланом 2. 1. ц) СЦМ: коришћење програма субвенција од стране лимитираног броја компанија, претежно коришћење програма од стране неких предузећа и одобравање диспропорционално великих сума субвенција неким компанијама. Кореја је одбила тврдње Уније о постојању *de facto* специфичности аргументом да такве специфичности нема уколико је критеријум за коришћење програма широко дефинисан, а одлука о учешћу у програму је у дискрецији тих подобних предузећа, а не владе која програм спроводи. Панел није прихватио овакву аргументацију и дао је за право Унији, односно усвојио је став да су њене компензаторне мере у складу са СЦМ споразумом. Видети: *Report of the Panel, European Communities – Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea, WT/DS-299/R, (EC – DRAMs)*, § 7. 223.

<sup>67</sup> Видети: *„Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v. Finanzlandesdirektion für Kärnten, [2001] ECR I-8365, Case C-143/99, § 35-41* - (право само одређених предузећа, оних која се баве производњом робе, на повраћај енергетских такси, сматрано је селективном мером и недозвољеном државном помоћи).

<sup>68</sup> Видети: *„Spain v. Commission“, [2002] C-351/98, ECR I-8031, § 43.*

<sup>69</sup> Таква мера не сматра се специфичном у режиму СТО јер СЦМ споразум предвиђа да се таквим не сматрају субвенције дате на основу објективних критеријума, попут броја запослених или величине предузећа. Видети *supra* напомену 61.

ног спровођења таква да органу који администрира одређену меру даје широку дискрецију у избору примаоца и додели помоћи.<sup>70</sup>

## 1.2. Врсте субвенција у СЦМ споразуму

СЦМ споразум не искључује могућност давања субвенција у апсолутном смислу, већ предвиђа услове за њихову пуноважност, а у циљу остваривања „универзалног интереса“ чијем остваривању теже државе чланице Светске трговинске организације.<sup>71</sup> Дакле, први ниво поделе субвенција у режиму СТО јесте на дозвољене и недозвољене. Дозвољене субвенције су оне које нису супротне условима предвиђеним нормама права СТО, пре свега СЦМ споразума. Недозвољене субвенције обухватају владине „финансијске доприносе“ који, према одредбама Споразума, својим карактеристикама потпадају под један од два основна типа недозвољених субвенција: забрањених (тзв. црвене субвенције; е. „*red light subsidies*“) и оспорљивих (тзв. жуте субвенције; е. „*yellow light subsidies*“).<sup>72</sup>

### 1.2.1. Забрањене субвенције

Забрањене субвенције често су биле предмет и повод за покретање спорова пред панелима и апелационим телима СТО. Деле се на: извозне субвенције (е. *export subsidies*);

---

<sup>70</sup> Видети: „*French Republic v. Commission of the European Communities*“, [1996] *Case C-241/94, Case C-241/94 ECR I-4551, § 23-24*. У овом је случају Суд сматрао да давање широке дискреције националним телима у спровођењу „шеме помоћи“ (нпр. овлашћење да се износ финансијске помоћи уподоби карактеристикама корисника) може имати за последицу селективност мере, што такву меру карактерише као недозвољену државну помоћ.

<sup>71</sup> Видети *supra* излагање у уводним напоменама овог рада.

<sup>72</sup> До 1999. године постојао је и трећи тип субвенција, тзв. неоспорљиве (зелене; е. „*green light subsidies*“) субвенције. Члан 31. СЦМ споразума предвиђао је да се ове субвенције примењују у року од пет година од дана ступања на снагу WTO споразума, осим уколико тај рок не продуже државе чланице. Како се то није десило, ове субвенције престале су да буду део система СЦМ споразума 2000. године. Иначе, дозвољене субвенције обухватале су државну помоћ за истраживање и развој, регионалну помоћ и помоћ усмерену ка заштити животне средине.



субвенције за супституцију увоза (е. *import substitution subsidies*).<sup>73</sup>

А/ Извозне субвенције, које се сматрају забрањеним у режиму СЦМ, обухватају субвенције које правно или фактички, уз неке друге услове или без њих, зависе од извозног успеха предузећа, укључујући и мере из Анекса I СЦМ споразума.<sup>74</sup>

Критеријум постојања извозних субвенција, дакле, утврђује се на основу правне (*de iure*) или фактичке повезаности давања субвенције и извозног резултата примаоца субвенције. Тиме се значајно проширује поље субвенција које се сматрају забрањеним у смислу СЦМ споразума. Ипак, неће се сматрати да постоји извозна субвенција само на основу прости чињенице да се субвенција даје предузећу чија је претежна делатност извоз робе или услуга.

У пракси панела и апелационих тела СТО разматрани су однос и карактеристике услова правне и фактичке повезаности субвенције и извозног успеха њеног примаоца. Из ових одлука може се закључити да нема разлике у природи правне, са једне, и фактичке (са друге стране), „повезаности“ (условљености; е. „*contingent*“) субвенције и извозног успеха њеног примаоца. Разлика, међутим, постоји када се ради о типу доказа који се користе за утврђивање постојања извозне субвенције. *De iure* повезаност (као претпоставка за постојање извозне субвенције) доказује се анализом прописа којим је субвенција установљена. О постојању *de facto* повезаности, пак, мора се закључивати анализом „укупне конфигурације чињеница на којима је заснован или у којима се спроводи поступак давања субвенције, при чему нити једна од тих чињеница није сама по себи одлучујућа за извођење закључка о постојању *de facto* повезаности, односно забрањене субвенције“.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Видети: чл. 3. 1. а) СЦМ споразума.

<sup>74</sup> Одредбу члана 3. 1. ст. а) прати и илустративна листа са 12 мера које се сматрају извозним субвенцијама. Видети: Анекс II СЦМ споразума.

<sup>75</sup> Видети: „*Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*“, *Appellate Body Report, WT/DS/70, AB/R, 2. August 1999*, § 167; [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/4064d.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/4064d.doc). Сама чињеница да је антиципирано да ће субвенција помоћи примаоцу да повећа извоз, сама по себи није довољна (без постојања додатних аргумената) да се установи да се ради о забрањеној субвенцији у смислу члана 3. 1. а) СЦМ споразума.

Б/ Субвенције за супституцију увоза други су тип „црвених” (забрањених) субвенција у режиму СЦМ споразума. Реч је, дакле, о субвенцијама чије добијање искључиво или уз неке друге услове, зависи од нивоа коришћења домаћих материјала (сировина, полупроизвода) или услуга у процесу економске активности (услов коришћења „локалних“ компоненти; услов „домаћег учешћа“). Субвенције се додељују привредним субјектима који више користе такве домаће компоненте.<sup>76</sup> Као и код извозних субвенција, повезаност мере којом се додељује субвенција са коришћењем локалних компоненти може бити фактичка и правна. У пракси панела и апелационих тела СТО има примера покушаја да се у овом делу направи дистинкција између извозних субвенција и субвенција за супституцију увоза, тиме што ће се код ових других повезаност ограничити само на постојање *de iure* повезаности: такав став значио би да нема забрањене субвенције (за супституцију увоза), односно да је таква субвенција дозвољена, уколико се повезаност не може детектовати у тексту прописа којим је субвенција установљена (*de iure* повезаност), чак и када је фактички додељивање субвенције везано управо за испуњавање услова везаних за коришћење домаћих компоненти. Такве тенденције су, међутим, одбачене у одлукама апелационих тела СТО.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Видети: чл. 3. 1. б) СЦМ споразума.

<sup>77</sup> Такав став о дистинкцији извозних субвенција и субвенција за супституцију увоза, у смислу да се ове друге могу сматрати забрањеним само уколико постоји *de iure* повезаност помоћи и нивоа коришћења локалних компоненти, заступао је Панел у спору „Canada-Autos“ („Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry“, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11. februar 2000; § 10.220-10.222; [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/canada-autos\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/canada-autos(panel).pdf)). Апелационо тело које је поступало у истом спору је одбило овакав став Панела, с образложењем да би се тиме државама чланицама омогућило да фактичким мерама установе повезаност субвенције и нивоа коришћења локалних компоненти (а да при томе нема *de iure* повезаности). У крајњем, овакво тумачење отворило би простор за евазију примене одредби СЦМ споразума којим се дефинишу услови забране субвенција за супституисање увоза, као посебног типа „црвених“ субвенција. Видети: Извештај Апелационог тела у спору „Canada-Autos“, WT/DS139/ABR, WT/DS142/ABR, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/canada-autos\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/canada-autos(ab).pdf).

### 1.2.2. Оспорљиве субвенције

За разлику од забрањених субвенција, које се дефинишу њиховом природом, постојање оспорљивих субвенција се установљава на основу критеријума ефекта: оне су недозвољене онда када производе штетан ефекат на интересе других држава чланица. Сам поступак установљавања постојања оваквог штетног ефекта коренспондира са процедурама које национални органи и тела спроводе у ситуацијама када испитују да ли мера друге државе чланице испуњава услове да буде амортизована коришћењем компензаторних мера; у крајњем, реч је о поступку утврђивања да ли испитивана мера наноси штету домаћој индустрији. У случају спора, одговор на питање да ли је постојао штетни ефекат (као предуслов постојања оспорљиве субвенције) дају панели и апелациона тела СТО.

Штетни ефекат, према одредбама СЦМ споразума,<sup>78</sup> постоји када субвенција:

- а) проурукују штету индустрији друге државе чланице;
- б) поништава или умањује користи других држава чланица, које директно или индиректно проистичу из ГАТТ-а 1994 и концесија добијених и датих на основу члана II ГАТТ-а;
- ц) проузрокује озбиљну штету интересима друге чланице.

А/ Први критеријум за утврђивање штетног ефекта (наношење штете домаћој индустрији) утврђује се у поступку идентичном оном који се спроводи приликом утврђивања да ли постоје услови за наметање компензаторних мера државе чланице СТО према другој држави чланици која је увела недозвољене субвенције.<sup>79</sup> Елементи за утврђивање штетног ефекта укључују процену материјалне штете нанете националној индустрији државе чланице, потенцијалну претњу наношења такве штете, као и процену да ли таква мера успорава установљавање одређене националне индустрије државе чланице. Водич за просуђивање степена штетног утицаја садржан је и у напоменама уз СЦМ споразум. Такво просуђивање укључује испитивање утицаја конкретне мере

---

<sup>78</sup> Видети: чл. 5. ст. 1. СЦМ споразума.

<sup>79</sup> Видети: чл. 15. СЦМ споразума.

на цене домаћих или сличних производа и на положај домаћих произвођача.<sup>80</sup>

Б/ Други критеријум за установљавање постојања штетног ефекта укључује просуђивање дејства конкретне мере на користи које држава чланица има на основу ГАТТ-а 1994. За анализу овог дејства од кључног је значаја члан XXIII ГАТТ-а, који предвиђа два модалитета елиминисања користи које држава чланица има од ГАТТ-а 1994:

први је када држава чланица крши обавезе преузете СТО споразумом, и тиме наноси штету другој држави чланици (тиме што не остварује користи које су засноване на „интересу очекивања” да ће друге државе чланице поштовати преузете обавезе);

други модалитет је када не постоји кршење обавеза из СТО споразума, али се користи државе чланице умањују тиме што друга држава чланица својим радњама и мерама спречава остваривање користи које друге државе чланице могу имати од Споразума (нпр, када држава чланица повећа или креира нове субвенције да би компензовала већ договорено смањење царина.<sup>81</sup>

Ц/ Озбиљна штета као потребан услов да би се субвенција сматрала “оспорљивом”, постоји, према изричито дикцији СЦМ споразума,<sup>82</sup> постоји када је ефекат субвенције:

ометање или прерасподела увоза сличног производа друге чланице на тржиште чланице која даје субвенцију;

ометање или потискивање извоза сличног производа друге чланице са тржишта треће земље;

знатно смањење цене у односу на цену сличног производа друге чланице на истом тржишту или спречавање повећања цена, депресијација цена или губитак продаје на том тржишту;

повећање удела на светском тржишту државе чланице која субвенцију даје, нарочито у погледу примарних производа или сировина; релевантан предмет поређења за утврђивање повећања

---

<sup>80</sup> Видети: напомену 11 уз члан 5а) СЦМ.

<sup>81</sup> Видети више у: **Bossche P. D:** *op. cit.*, стр. 583.

<sup>82</sup> Видети: чл. 6.ст. 3. у вези са чланом 5. 1. СЦМ споразума.

удела јесте просечни удео привредних субјеката државе чланице на тржишту у последње три године.

*Opus probandi* постојања оваквих, квалификованих последица субвенције, лежи на држави која је покренула поступак оспоравања мере којом је субвенција уведена. У одсуству експлицитног опредељења СЦМ споразума за лимитативни или егземпфикативни карактер листе услова чије постојање штету квалификује као “озбиљну” (у контексту опредељивања „оспорљивог“ карактера субвенције), ово питање биће решено у процесу примене одредби СЦМ споразума.<sup>83</sup> Креатори СЦМ споразума узели су у обзир значај методологије прикупљања информација на бази којих се утврђује да ли је штета “озбиљна” или не. Наиме, у Анексу V СЦМ споразума дефинисана је посебна процедура прикупљања информација, при чему је утврђено право СТО панела и апелационих тела да се ослоне на “најпоузданију расположиву информацију”, док се недостатак кооперативности страна у спору има тумачити на њихову штету.<sup>84</sup>

### Закључна разматрања

Питање значаја владиних финансијских доприноса националним предузећима препознато је као једно од чворишних тачака изградње ефикасног, предвидљивог, на правним принципима заснованог и економски рационалног наднационалног трговинског система, било да је тај систем димензиониран као глобалан (што је случај са СТО), било да је смештен у регионалне оквире (пример ЕУ).

Између ова два система третмана државне помоћи (терминологија ЕУ) и субвенција (терминологија СТО) постоје значајне сличности, али и не сасвим занемарљиве разлике.

Дефиниције појма субвенције/државне помоћи права СТО и ЕУ суштински конвергирају једна другој. Изузетак у овом смислу јесте што

---

<sup>83</sup> У доступним извештајима панела и апелационих тела нема става који би имао карактер прецедента у односу на ово питање. Видети: **Bossche P. D:** *op. cit.*, стр. 583, напомена 353.

<sup>84</sup> Видети: Анекс V § 6. и 7. СЦМ споразума).

ЕУ, условом да државна помоћ, да би била квалификована као *contra legem*, мора бити дата „на терет јавних средстава“, суштински проширује спектар мера које се могу сматрати дозвољеним облицима државне помоћи. У поређењу са оваквим приступом, право СТП, манифестовано пре свега кроз норме СЦМ споразума, оштрије је: хипотетички, мера која је дозвољена према праву ЕУ (с обзиром да није спроведена на „терет јавних средстава“), може бити предмет оспоравања пред панелима и апелационим телима СТО, односно разлог за увођење компензаторних мера других држава чланица Светске трговинске организације. Овакав резултат је унеколико парадоксалан, с обзиром да би се очекивало да ЕУ, као „ужа интеграција“, има стриктнија правила него СТО, која би, као глобална организација, требало да плати вишу „цену компромиса“ приликом изналажења прихватљивог баланса у постуку усаглашавања правних концепција.

Још значајнија разлика између права СТО и ЕУ постоји у поступку контроле субвенција (државне помоћи), односно утврђивања да ли се ради о допуштеним мерама или мерама које су противне важећим правилима једне или друге организације.

Према праву СТО, све мере које се могу подвести под појам субвенције су, ако нису забрањене, начелно оспорљиве, те могу бити разлог за увођење компензаторних дажбина од стране других држава уговорница, или основ за покретање поступка оспоравања мере пред панелима и апелационим телима СТО (од 1999. године искључена је могућност постојања „неоспорљивих субвенција“). О томе да ли је мера у питању „забрањена субвенција“, односно да ли производи „штетан ефекат“ (у случају „оспорљивих“ субвенција), процена се врши *ex post facto*: ту процену врше панели и апелациона тела, у случају да се покрене спор, односно држава чланица која разматра да ли мера одређене државе чланице излази из оквира правила СТО о дозвољеним субвенцијама, с циљем да донесе (у складу са правом СТО) валидну одлуку о увођењу компензаторних мера. Овакав приступ резултира вишим нивоом правне несигурности, односно непредиктабилношћу исхода: одлука о томе да ли је субвенција у питању, односно компензаторна мера којом се на (претпостављену) противправност субвенције одговара, у

крајњем је суштински остављена панелима и апелационим телима (ово важи и за случај увођења компензаторних мера: у случају оспоравања њихове оправданости, терет одлучивања пребациће се на СТО панеле и апелациона тела).

Насупрот *ex post facto* приступа СТО, у ЕУ се претежно користи претходна (*ex ante*) процена мере којом се пружа државна помоћ. Ову процену врши Комисија. Та је процена екстензивна и претходи имплементацији мере која се разматра. Тиме се спречавају штетни ефекти мере државне помоћи која није у складу са правилима ЕУ. Један од модалитета „финог подешавања“ приликом интерпретације правила ЕУ и правила WTO о државној помоћи/субвенцијама, могла би бити обавеза Комисије да приликом процене мере у питању узме у обзир не само њену компатибилност са циљевима заједничког тржишта ЕУ, већ и евентуалне штетне ефекте на међународну трговину. Наведена, дуално структурирана методологија процене, свакако је могућа и водила би минимизирању конфликта режима државне помоћи на заједничком тржишту ЕУ и правног оквира субвенција у WTO систему.

**Doc. Predrag Cvetković, LL.D.**

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

**Doc. Nebojša Raičević, LL.D.**

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

## LEGAL REGIME OF STATE AID IN THE EU AND WTO

### *Summary*

*EU State aid control is an essential component of competition policy and a necessary safeguard for effective competition and free trade. The article 87(1) of the Treaty establishing the European Community (hereinafter the “EC Treaty”) provides that State aid is, in principle, incompatible with the common market. EC Treaty and secondary legislation do not precisely define state aid, but in the article 87(1) there are certain broad criteria for state aid determination. However, the principle of state aid incompatibility permit some exceptions (articles 87(2) and (3) of the EC Treaty) when state aid could be considered acceptable. Furthermore, small amounts of aid (de minimis aid) falls outside the meaning of state aid. EC Treaty (articles 88 and 89) regulates Community control of state aid. This supervision is based on a system of ex ante authorisation, under which Member States are required to inform the Commission of any plan to grant state aid and they are not allowed to put such aid into effect before it has been authorised by the Commission. Any aid, which is granted without Commission approval, is automatically classified as “unlawful aid”. Under the present procedural rules, the Commission is under the obligation to order the recovery from the beneficiaries of any unlawful aid that is found to be incompatible with the common market. The state aid in the structure of the WTO law is regulated in the framework of Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (hereinafter: SCM Agreement). SCM agreement is the compromise between different perspectives of the state aid (subsidies), utilizing categories and concepts. It is the reflection and the result of difficult political and not always coherent bargain. WTO does not prohibit the subsidies. It merely condemned if it causes injury. SCM Agreement deals with*



two forms of the subsidies: the prohibited subsidies ("red light subsidies") and actionable subsidies ("yellow light" subsidies). From the outset of the WTO, the non-actionable ("green light subsidies") existed (the Research & Development subsidies, regional assistance and environmental subsidies). The SCM rules which defined non-actionable subsidies were provisional and ceased in 1999, after five years of the application. There are two types of the prohibited subsidies: export subsidies and import-substitution subsidies. These subsidies are prohibited because they aim at affecting trade and are most likely to cause adverse effects to other member countries. Other subsidies are not prohibited but are "actionable", i. e. they are subject to challenge in the event that they cause adverse effects to the interest of another Member country. To the effect that these subsidies do not cause adverse effects, or the adverse effects are removed, they cannot be challenged. WTO law provides two forms of relief against the breach of the duties defined in the SCM Agreement: unilateral (WTO Member can impose countervailing duties against subsidized imports) and multilateral (WTO member can request the establishment of a panel to adjudicate on whether a particular subsidy or program is WTO consistent or not). So, the measures against the inappropriate and contra legem imposition of the subsidies in the WTO system are of ex post nature. There is no ex ante control of this measures, which are more or less under the political discretion of the WTO member countries.

**Key words:** state aid, subsidies, European Union, World Trade Organization, SCM Agreement, unlawful aid, actionable and non-actionable subsidies.



*Др Видоје Спасић, доцент*  
*Правни факултет Универзитета у Нишу*

## **ПРИЛАГОЂАВАЊЕ АУТОРСКОГ И СРОДНОГ ПРАВА ИНФОРМАТИЧКОМ ОКРУЖЕЊУ**

### **Апстракт:**

*Развој дигиталне (информатичке) технологије, а посебно интернета довео је до суштинских – структуралних промена у различитим сферама друштвеног живота. Сагласно томе, и област интелектуалног стваралаштва нашла се на удару оваквих промена. Стога, у информатичком окружењу, ауторско и сродна права, не само што доживљавају снажну трансформацију, већ су изложени многобројним потресима и искушењима.*

*Утицај савремене информатичке технологије на област ауторског и сродног права нарочито се очитује у промени карактера – структуре ауторских дела и начина њиховог искоришћавања. Ауторска дела у дигиталној форми, поред уобичајених карактеристика, које су својствене и делима у класичној – аналогној форми, имају и одређене специфичне црте, које су последице нових технологија (променљивост – пластичност форме, аутоматска производња дела, идентичност дигиталних копија са оригиналом итд.). Такође, нове технологије доводе до револуције у искоришћавању ауторских дела и предмета сродног права, што резултира стављањем ауторског и сродног права пред велике опасности и искушења. Тиме се, чак, појављује проблем опстанка и будућности интелектуалног стваралаштва, уопште.*

*Због свега изнетог, да би ауторско и сродно право опстало и надживело технологије које га угрожавају, мора да се прилагоди новонасталим околностима. Прилагођавање мора да буде суштинско, трајно и мора да буде законски уоквирено. Основни задатак, који треба одмах*

*извршити, јесте довести информационе технологије у функцију заштите и развоја ауторског и сродног права. Нове технологије никако не смеју бити господари интелектуалног стваралаштва, јер би то било погубно за све.*

**Кључне речи:**

*ауторско право, сродна права, дигитално окружење*

## 1. Ауторско право и ауторска дела у дигиталном окружењу

Ауторско право свој успон и процват везује за развој технологије. У том смислу, хронолошки прво место заузима појава штампарије, а затим долазе остала средства тзв. аналогне или класичне технологије.<sup>1</sup> Након тога, на сцену ступа информатичка технологија, која је, у другој половини 20. века доживела своју револуцију у лику дигиталне технологије.

Синтагма "информатичко друштво" представља синоним за нове информатичке и комуникационе технологије (Information and communication technologies – ICT). Универзална употреба електронске размене информација, усмеравање ка дигиталним технологијама, експоненцијални раст интернета и отварање телекомуникационих тржишта – знакови су тих промена. Нове информатичке технологије доводе до структуралних промена у друштву. Промене се манифестују у многим областима свакодневног живота човека, почев од области образовања (даљинско учење, услуге повезане са електронским учењем), затим преко организације рада и мобилизације вештина (телерад, виртуелна предузећа), па све до практичног живота (услуге електронског здравства) и разоноде. Међутим, развој информационе технологије, осим предности и задовољстава носи и одређене проблеме и и опасности. Масовна употреба интернета и мреже његових сервиса неминовно доводи до нужности предузимања корака против новог облика крими-

<sup>1</sup> Ту треба споменути офсет штампу, сито штампу, фотокопир апарате, као и појаву медија (радија, телевизије), магнетофона и телесних носача за регистровање и искоришћавање ауторских дела и предмета сродног права.

налног понашања, тзв сајбер криминала, кршења ауторских права, питања заштите личних података, односно приватности и интелектуалне својине. Поред тога, информатичко друштво може да допринесе потискивању одређених делова друштва увећавајући друштвене неједнакости, и ионако великог јаза између богатих и сиромашних. У светлу тих потенцијалних користи и претњи, Европска унија је ставила информатичко друштво у само средиште своје стратегије за 21. век.<sup>2</sup>

Интелектуално стваралаштво, такође, морало је осетити утицај информатичке технологије и информатичког друштва. Ако су у тзв. аналогној технологији важила одређена правила за искоришћавање и заштиту ауторског и сродног права, са дигиталном технологијом наступа нова ера за интелектуално стваралаштво, уопште. Стога, нема никакве дилеме да ауторско право мора у дигиталном окружењу доживети суштинску трансформацију и револуционарне промене. Ово се нарочито односи на сегменте искоришћавања и заштите ауторског и сродних права, јер дигитална технологија ствара неслућене могућности за искоришћавање, а самим тиме и за повреду ауторског и сродних права.

У складу с напред изнетим констатацијама, постоје веома различити погледи на будућност ауторског права у новом свету дигиталног мрежног окружења. Већина теоретичара сматра да ће ауторско право савладати све опасности и искушења дигиталне технологије и наставити да живи, на срећу не само интелектуалних стваралаца већ и зарад општег добра свих. Ипак, постоје и другачија, скептичнија па чак и песимистичка виђења. Међу онима који предвиђају сумрак и крај ауторског права јесу и: John P. Barlow и Nicholas Negroponte. Међутим, гледиште, да дигитална технологија, суштински, не представља никакву озбиљнију претњу ауторском праву, добило је једнодушну потврду на симпозијуму "Утицај дигиталне технологије на ауторско право".<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> *Између осталог, она је покренула низ акција подршке и промоције (план деловања eEurope) и усвојила мере које имају за циљ контролу и ограничавање ризика повезаних с развојем информатичког друштва, као што је план за промоцију сигурне употребе интернета и сузбијање незаконитих и штетних порука.*

<sup>3</sup> *Симпозијум организован од Светске организације за интелектуалну својину, на харвардском Правном факултету, у марту 1993. године.*

Том приликом разматрани су бројни актуелни проблеми ауторског права и постављена су бројна питања, међу којима је једно од значајнијих, да ли има било какве потребе за ревизијом установљене филозофије и основних принципа ауторског и сродних права? На постављено питање сви су одлучно одговорили "не". Неподељено мишљење било је да ће ауторско право наставити да буде исто тако значајно, као што је и данас, и да неће бити битније промењено новом технологијом. Известан број учесника понудио је сјајну визију, у погледу радикално нових дела, која ће бити створена новом технологијом. Та дела биће створена и дистрибуирана на радикално нове начине и у оквиру нових тржишних могућности за произвођаче и издаваче информационих производа. Једина ствар која ће остати непромењена у том обиљу радикалних промена, јесте ауторско право.

Ако би се учинио покушај да се промене у ауторскоправним односима фигуративно прикажу, онда би се могла употребити метафора Barlow-а. "Законски напори да одржи стари курс пловљења (ауторско право) обухватају три форме: бег са палубе због преуређивања места, строга упозорења путницима ако силазе доле, они ће сви изгледати оштро кривично кажњени, и јасно, стакленим погледом одбијени."<sup>4</sup>

Међутим, без обзира на изнете различите претпоставке о будућности ауторског права, можемо изнети неке закључке. Као прво, можемо изрећи констатацију, да ће ауторско право надживети нове технологије. Ауторско право се и у прошлости развијало упоредо са свим новим технологијама. Фотографисање, звучна (аудио) и визуелна-снимања, радиодифузија, репрографија, били су итекакав изазов, како за ауторско право, тако и за бројне теоретичаре. Па ипак, ауторско право их је, са више или мање тешкоћа, уз одређена прилагођавања и модификације, превладавало и тако опстајало.

Следећи закључак који се намеће, јесте да су у дигиталној средини ауторска дела знатно уједначенија (еквивалентнија). Дигитал је специфична средина која може пореметити садржај система класификације, који су ауторска права развила у третирању посебних типова де-

---

<sup>4</sup> Barlow, *op. cit.*, *supra* note 1, at 85.

ла.<sup>5</sup> Ауторскоправне класификације имале су, историјски посматрано, специфичну средину и значајне импликације за обим заштите, који је закон обезбеђивао. Тако, нпр, неколико ексклузивних права односи се на извесне врсте ауторских дела, али не и на неке друге врсте дела. Такође, извесна ограничења обима појединих ексклузивних права, прописана су само за одређене групе дела. Ако узмемо за пример регистрацију звука, видећемо да је ту ауторско право слабашно, па се повредом сматра само постојање апсолутне подударности дела, док ауторско право код неких других врста дела може бити повређено и незнатним умножавањем. У дигиталној средини, сва ауторским правом заштићена дела – слике, звуци, текстови музика или филмови – састоје се од низа повезаних делића (битова). Ова околност веома је значајна, не само с техничког аспекта, већ и са ауторскоправног, јер таква структуралност дела може водити општем уједначавању дела, изван класификационе схеме ауторског права, и елиминисању правила о специфичности средине, која ће се применити на посебне категорије дела. Потенцијално шире дестабилизирајуће последице дигитализације дела могу проистећи из чињенице, да дело у дигиталној форми може представљати више од једне врсте дела. Битови су само комадићи – они ништа "не знају" и "све им је једно" да ли представљају књижевно, музичко дело или слику – графику. У зависности од тога како су битови повезани, одредиће се која врста ауторског дела ће настати, односно о ком делу је реч. У том смислу, ток битова (делића), који је примарно наоко створен као аудио-визуелно дело, може, нпр, бити прераспоређен да створи музичко дело.

Да би илустровао структуралност ауторских дела у дигиталној форми, канадски уметник-извођач, Дејвид Рокеби, поставио је видео-камеру с намером да сними покрете лица која се крећу унутар одређеног простора, ка коме је усмерен поглед камере. Рокебијев "врло осетљив систем" ("very nervous system") производи музичке звукове који одговарају покретима. Међутим, нити Рокеби, нити особе које компонују музику из покрета, нису свесни да ће тако бити створено једно

---

<sup>5</sup> *Види, такође: Geller, P.: The Universal Electronic Archive: Issues in International Copyright, WIPO Proceedings, supra note 4, at 213/215.*

аудио-визуелно дело. То што они примећују, само је музика. Научна програмска визуелизација допушта истраживачима да пренесу визуелне симболе у различите врсте нумеричких (дигиталних) података, услед чега конвертовањем може бити виђено "књижевно дело", унутар "уметничког дела." Из изнетог примера, може се закључити да битови могу бити спојени тако, да посматрачи, перципирајући их, опажају, више од једне врсте дела у исто време.

Деведесетих година прошлог века извршена је демонстрација средства за помоћ у тумачењу дигиталних података. Помоћу њега, графичке информације могле су, нпр, бити спојене на такав начин, да производе звукове.<sup>6</sup> Демонстрација, која је потом наступила, заснивала се на гледању карте (дијаграма), која је приказивала поделу мушкараца и жена (сачињену према одређеним критеријумима), приказаних различитим графичким симболима.

Помоћу овог средства, неки посматрачи могли су приметити различите звукове, у односу на различите графичке симболе (нпр. дубина основног звука, за мушки симбол, а висина ниског звука, за женски симбол). Након програмирања средства у овом смислу, могло се затим прелазити курсором преко различитих делова дијаграма, и на тај начин "чути", подједнако као и видети, јача концентрација мушкараца код категорије сениора, и у односу на висину плате. Изненада, дијаграм је постао врста музичког дела.

Изнети пример веома је интересантан, из више разлога, али он поставља и одређена ауторскоправна питања. Пре свега, ако аутор дијаграма није дозволио коришћење наведеног техничког средства, да ли ту постоји повреда ауторског права? Исто тако, да ли је у конкретном случају створено једно деривативно дело – музичко дело, из дијаграма? На основу пажљивог промишљања, чини се да је сасвим разумно употребу овог средства не сматрати повредом ауторског права аутора дијаграма.

---

<sup>6</sup> Види: *Smith, S. Bergeron, R. D. & Grinstein, G. G.: Stereophonic and Surface Sound Generation For Exploratory Data Analysis, Proceedings of ACM Conference on Computer/Human Interaction, at 125 (1990).*



### 1.1. Пластичност (променљивост) форме дела у дигиталној средини

Једна од основних карактеристика ауторских дела у дигиталној форми, јесте њихова променљивост. У том смислу, "певање дијаграма" јасно илуструје опште карактеристике дела у дигиталној форми: њихову пластичност. За разлику од њих, ауторска дела у класичној – штампарској – средини, везана су за опипљиве – реалне – средине и имају тенденцију да такве и остану. Као што "певање дијаграма" показује, дела у дигиталној форми лако се трансформишу из једне у другу форму. Њих је, такође, лако модификовати, без мењања карактера дела. С правим средством лако је дигитално умножити фотографије, текстове, или шта слично, и учинити то на начин који никако не може бити лако откривен.

На основу изнетог, јасно произлази да промене у дигиталној средини доносе најмање две групе последица, односно ауторскоправних проблема. На једној страни то су могућности за злоупотребе у искоришћавању дела и, услед тога, за повреде ауторских права. С друге стране, дигитална средина озбиљно доводи у питање успостављени баланс интереса и моћи између двеју "антагонистичких" страна: аутора и корисника дела, на једној, и уживалаца ауторских дела, на другој страни. Овоме треба додати и околност да уживаоци ауторских дела нису више само пасивни примаоци информација (које могу само гледати или читати, и евентуално умножавати, односно "скидати"). Опремљени одговарајућим дигиталним средствима, уживаоци дела сада су способни да узму активну улогу у интеракцији са коришћеним делом (а преко њега и с аутором), повећавајући, на тај начин, могућности за његово искоришћавање. Последица тога, биће у првом реду, потребе за рестрикцијом неких пластичних употреба дела у дигиталној форми, односно за њиховим изузимањем из категорије дозвољених употреба, и сврставањем у повреде ауторских права.

### 1.2. Аутоматска производња дела у дигиталној форми

Једна од значајних карактеристика дигиталне средине јесте да у њој могу бити створена нова дела чијег аутора је тешко одредити. Ти-

пичан пример за то била је "музика" Дејвида Рокебија. Такође, слични примери могу бити засновани на компјутерском програму, који може бити створен с јединим циљем, да омогући уживаоцима стварање музике, слика, или обичних текстова. Производ оваквог програма нису дела која програмер директно ствара, штавише то су дела која, једноставно, програмеру допуштају могућност стварања. Једна област примене аутоматско-генеративне технологије, вероватно ће бити веома значајна, и имати комерцијалну вредност. Реч је о аутоматском превођењу текстова на интернету.<sup>7</sup>

Друга врста аутоматско-генеративне технологије, значајна у савременом свету електронског пословања, јесте аутоматско стварање база података. Будући да базе података, у већини законодавстава о ауторском праву, представљају врсту заштићених ауторских дела, то је, више него јасно, да ће се и у овом случају јавити проблеми у вези са ауторством, и услед тога, са допуштеношћу или недопуштеношћу употребе и модификације.

Компјутерски програм, као што смо видели, може аутоматски производити одређене врсте ауторских дела<sup>8</sup>, стварајући, на тај начин, одређене проблеме у области ауторског права. Ово првенствено из разлога, што се у ауторском праву претпоставља да ауторска дела имају човека аутора, који је одговоран за сваку реч, односно, елемент који чини дело. Код аутоматских дела, с обзиром на "неухватљивост" аутора, постављено питање добија другачију димензију. Проблем може бити и много већи, ако се има у виду чињеница да аутоматски створена дела углавном имају комерцијалну вредност. У неким земљама, нарочито англосаксонског правног подручја (Велика Британија, на пример),

---

<sup>7</sup> Види: Nagao, M.: *The Machine Translation System and Its Possible Intellectual Property Implications*, Proceedings of SOFTIC's Third International Symposium on Legal Protection of Computer Software 277 (1991). Један од таквих система превођења, конвертовања, сајтова, или текстова са најпознатијих светских језика, већ увелико функционише под називом Babelfish преводилачки сервис, присутан на сајту Altaviste – најпознатијег претраживача на Internetu.

<sup>8</sup> Свакако не све врсте дела, јер ма како програм био моћан, он ипак, никада неће моћи да замени човека — ствараоца — јер, у крајњој линији, компјутер је машина — која нема ни дух, ни емоције, ни машту, ни смисао за ирационално.

аутоматски створена дела уживају правну заштиту, као *sui generis* дела. Упркос чињеници да овим делима недостаје креативност, теоретичари са тог подручја уверени су да је и за стварање оваквих дела потребан "зној са чела". Ипак, у земљама континенталне Европе овој врсти дела не пружа се ауторскоправна заштита, услед недостатка оригиналности, као услова правне заштите, али се, упркос томе, настали проблеми не потцењују. Међутим, било да ова дела уживају правну заштиту или не, свакако се не може негирати потреба за њиховим искоришћавањем (дозвољеним или недозвољеним) и, услед тога, за њиховим ограничавањем, у одређеним случајевима. У том смислу, и Директива Европске уније<sup>9</sup>, у чл. 6, непосредно даје, уживаоцима неоригиналних база података, право да врше фер изводе из садржаја база података.

### 1.3. Идентичност дигиталних копија са оригиналом

Следећа веома битна карактеристика дигиталних дела огледа се у околности, да су дигиталне копије идентичне оригиналним примерцима дигиталних дела. Тако, нпр, када се пресними неко књижевно дело са CD-ROM-а, или са хард диска на дискету, или се пресними ("нареже") музичко дело са CD-а или MP3-а на CD, онда нема никакве разлике између таквих умножених примерака. Међутим, разлика између оригиналних и умножених примерака дела постоји код аналогне технологије.<sup>10</sup> Ова околност није од значаја само са техничког и комерцијалног аспекта, већ има одређене ауторскоправне последице. Ако су копија и оригинал идентични поставља се питање шта је у том случају копија, а шта оригинал, односно постоји ли реална могућност замењивања копије и оригинала. То даље може створити забуну и изазвати негативне конотације, у погледу дозвољених и недозвољених облика искоришћавања, односно умножавања ауторских дела.

---

<sup>9</sup> *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données* (Journal officiel n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 – 0028).

<sup>10</sup> Тако, нпр, када се неко музичко дело пресними са грамофонске плоче или са оригиналне касете на другу касету, умножени примерак никада, по свом квалитету, не може бити идентична са оригиналом.

#### 1.4. Лакоћа приступа и искоришћавања дела

Ова карактеристика ауторских дела и предмета сродних права је директна последица претходних особености. Нема никакве дилеме да савремена информациона технологија омогућава брз, лак и јефтин приступ примерцима ауторског дела и предмета сродног права (који су у дигиталном формату), чак и са најудаљенијих места у свету, у време и место које само заинтересовано лице изабере. Такође, након приступа делу, кориснику стоје на располагању бројне могућности за умножавање, па дакле и искоришћавање дела. Из те палете треба нарочито поминути, даунлодовање, фрејмовање, скенирање, и сл., па потом трансмитовање садржаја (мејлом или на неки други начин). Све ове могућности отварају широк простор за многобројне могућности искоришћавања ауторских дела и предмета сродних права. Свакако, нарочиту опасност по интелектуалне ствараоце представља могућност неовлашћеног искоришћавања ауторскоправно заштићеног садржаја. У том смислу, круцијални значај имају технолошка средства заштите приступа или умножавања одређеног садржаја, која се технички називају криптографским средствима заштите. Реч је о различитим техникама за шифровање и дешифрирање података. Уз то, велики значај за заштиту ауторских дела и предмета сродних права од неовлашћеног коришћења има и нови систем коришћења ауторских права тзв. Дигитално управљање вршења ауторских права (Digital Right Management – DRM), који је све више у употреби.

#### **2. Технолошка и уговорна средства за савлађивање дигиталне одговорности**

Имајући у виду изнете карактеристике ауторских дела у дигиталној форми, можемо изнети следеће опсервације. Веома видљив и значајан проблем, који дигитална технологија поставља пред ауторско право, произилази из велике лакоће и ниске цене умножавања и дистрибуирања ауторских дела у дигиталној форми. Више је него јасно да су неке копије дигиталних дела способне да послуже као реална фабри-

ка за производњу многих савршених копија, које ће бити скоро подударне са оригиналним примерцима дела. Немогућност контроле копирања и дистрибуције дела, у дигиталној мрежној средини, помаже у објашњавању зашто се тако мали број издавача одлучује за комерцијално издавање дела на мрежи. Главно очекивање и нада издавача уперени су ка развоју технолошких средстава за заштиту ауторских дела у дигиталној форми, о чему ће бити више речи на одговарајућем месту.

Друга значајна област истраживања и примене биће усмерена на могућности повећане употребе тзв. "уговора у заглављу" ("header contracts"), у дигиталним мрежним срединама. Већина комерцијалних провајдера све више се ослања на овакве уговоре и контролу приступа и употребе дигиталних информација, као на пут заштите против штетног тржишног умножавања. У будућности, паметан заступник (агент), који делује било за провајдера, било за клијента, моћи ће претраживати различита складишта на мрежи, да би одредио која информација му је потребна, и под којим условима. Он ће затим проследити до клијента различите "каталоге", које су му послали провајдери информација. Када би клијент одговорио на понуду као средство за наручивање информација, он би се тиме везао за услове употребе, који су одређени у каталогу. Израђивачима компјутерских програма допада се идеја оваквог склапања уговора с клијентима, јер се чини да је то начин да се превазиђу проблеми који отежавају њихове напоре да ограниче употребу путем "малих упакованих дозвола", које често иду са упакованим софтверима, који се продају на ширем тржишту.

Ако ауторско право доживи свој крај у дигиталном окружењу, биће то, вероватно, последица употребе технолошких средстава за заштиту дигиталних дела у мрежном окружењу, и употребе уговора на бази каталога. Ако се дела штите од недозвољеног умножавања путем технологије и уговорних прописа, може доћи до тога, да ауторско право нема никакве улоге, осим што ће можда послужити као "deus ex machina", оправдавајући употребу технологије и уговора за заштиту дела у дигиталној форми. Чак и ако ауторско право настави да игра, барем церемонијалну, улогу у заштити текстуалних и других дела у дигиталном окружењу, уговори на бази каталога и технолошка заштита дигиталних

дела у том окружењу, могу довести до краја и фер употребе, и других облика ограничења. На крају, каталог би информисао уживаоца о томе како може користити одређено дело, а овај последњи обавезао би се уговором да то дело неће користити другачије. Шифровање дела може, такође, онемогућити позајмљивање било ког фрагмента нечијег дела, без сагласности, односно плаћања накнаде. Било би иронично помислити да ће главна улога ауторског права у дигиталном окружењу компјутерских мрежа бити да штити шифрована дела од дешифровања (тј, да осигура да се дела заштићена ауторским правом неће користити у друге сврхе, осим за ширење знања, што и јесте њихова традиционална улога). Сваки напор да се дешифрује дигитално дело нужно би захтевао посредно умножавање шифроване верзије. Такво умножавање би, сасвим аргументовано, било изван привилегије дате за дешифровање, установљене у случају "Sega с. Accolade"<sup>11</sup>, и сасвим сигурно изван привилегије за декомпилацију установљене у оквиру Европске Директиве за заштиту компјутерских програма.<sup>12</sup>

### **3. Усклађивање са Директивама иницијативе друге генерације хармонизовања – Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву**

Под окриљем ЕУ донето је више директива, с циљем да се материја интелектуалне својине уподоби новонасталом дигиталном окружењу. Свакако, највећи значај има Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву (даље: Директива о информатичком друштву), представља одговор ЕУ-а на изазове које је дигитална технологија поставила ауторском

---

<sup>11</sup> *Sega Entreprises, Ltd. v. Accolade, Inc*, 977 F. 2d 1510 (9th Cir. 1992). Непосредно прављење умножених примерака компјутерског кода јесте фер употреба, јер корисник има легитимну потребу за добијање приступа информацији до које се може доћи само на тај начин.

<sup>12</sup> Чл. 6, Директиве 91/250 о законској заштити компјутерских програма, 1991 О. Ј. (L. 122) 42.

праву. Израда те Директиве трајала је прилично дуго, јер осим потребе за постављањем правила унутар ЕУ-а на подручју ауторског права у дигиталном окружењу, иста потреба постоји и на глобалном нивоу. Тако се унутар Светске организације за интелектуалну својину (WIPO), такође радило на успостављању новог минималног нивоа за заштиту ауторског права, па се с радом на Директиви чекало док не буде завршена дипломатска конференција на којој је требало прихватити та нова правила. Дипломатска конференција о неким питањима ауторског и сродних – суседних права одржана је у децембру 1996. године, а завршена је усвајањем WIPO уговора о ауторском праву (WCT) и WIPO уговора о извођачима и фонограмима (WPPT). Све државе чланице ЕУ-а, као и Комисија, потписнице су оба наведена WIPO уговора. То значи, да су државе дужне ускладити своје законодавство с тим међународним уговорима, а Директивом о информатичком друштву постиже се хармонизација имплементације правила и механизма из WCT-а и WPPT-а.

Основна поставка Директиве о ауторском праву у информатичком друштву је да хармонизација прописа о ауторском праву доприноси успостављању заједничког тржишта и омогућава његово функционисање. Сматра се да је висок ниво заштите битан за интелектуално стварање, те да је строг и систематичан и ефикасан систем заштите ауторског права и сродних права један од битних путева за осигурање европске културне креативности као и начин да се омогући довољно средстава за независност и дигнитет аутора и уметника извођача. Доношењем Директиве водило се рачуна да се кроз појачане могућности заштите ауторског и сродних права узме у обзир интерес јавности (теорија социјалне адекватности). У том смислу, постављена су ограничења тих права, од којих су нека обавезна, док друга представљају затворену листу из које поједине чланице изабирају она ограничења која сматрају примеренима себи.

Ова Директива је уредила две групе проблема: њоме су зајамчена права која свака чланица мора уредити тако да буду прилагођена дигиталном окружењу као и обавезна и могућа ограничења зајамчених права; постављена су правила за проблеме везане уз техничку заштиту

од неовлашћеног коришћења ауторских дела и предмета сродних права, као и уз електронске податке у вези с ауторским делом и предметима сродних права.

Директивом су зајамчена следећа права: право умножавања (*reproduction right*), право саопштавања јавности ауторских дела (*right of communication to the public of works*) и право чињења доступним јавности предмета сродних права (*right of making available to the public*) и право стављања у промет (*distribution right*). Право умножавања (репродуковања) зајамчено је: ауторима за њихова дела, уметницима извођачима за њихова фиксирана извођења, произвођачима фонограма за њихове фонограме, произвођачима филмова за оригинале и умножене примерке њихових филмова, организацијама за радиодифузију за њихова фиксирана емитовања, као искључиво право (право апсолутног деловања), које овлашћује свог носиоца да одобри или забрани умножавање непосредно или посредно, трајно или привремено, у целости или делимично, без обзира на облик и средства умножавања. Наведеним одређивањем изричито се хтело нагласити да је дигитализација, односно дигитално умножавање, у правном смислу изједначена, *mutatis mutandis*, с аналогним умножавањем. Право умножавања у нашем праву већ је регулисано на одговарајући начин, тако да усклађивање с том Директивом неће имати посебне ефекте, односно последице. Ипак, одступање постоји с обзиром на то да у нашем праву није, уопште, одређен садржај права произвођача филмова (произвођача видеограма), па тако ни право умножавања. За усклађивање је потребно признати право произвођача филмова, као сродно право с одговарајућим садржајем.

Право саопштавања јавности традиционално се састоји у овлашћењу употребе ауторског дела, односно предмета сродног права у нематеријалном облику (нпр. на било ком јавном месту, као што је пуштање музике у угоститељском објекту, аутобуској станици итд.). Премда су радиодифузија и непосредно извођење у јавности, такође нематеријални облици коришћења, оне се у ауторском праву сматрају посебним овлашћењима, тако да овлашћење на саопштавање јавности ауторских дела, односно предмета сродног права, не подразумева и коришћење на тај начин. С обзиром на могућности коришћења аутор-



ских дела и предмета сродног права настале масовном употребом рачунара и информационе технологије, поставило се питање да ли у овлашћења која произлазе из права саопштавања јавности спада и тзв. *онлајн* коришћење. У Директиви је преузето решење из WCT-а и WPPT-а, које је ионако у те међународне уговоре ушло на предлог Европске Комисије, те овлашћења *онлајн* коришћења произлазе из, заправо, ново-креираног права – права чињења доступним јавности (*right of making available*). Право саопштавања јавности зајамчено је Директивом о информатичком друштву ауторима за њихова дела, док је њоме право чињења доступним зајамчено: ауторима за њихова дела, уметницима извођачима за њихова извођења, произвођачима фонограма за њихове фонограме објављене у комерцијалне сврхе, произвођачима филмова за оригинале и умножене примерке њихових филмова, организацијама за радиодифузију за њихова фиксирана емитовања. Оба су зајамчена као искључива права, односно права са апсолутним деловањем. У нашем ауторскоправном систему право саопштавања јавности схваћено је врло широко па су њиме обухваћена и овлашћења предвиђена правом чињења доступним јавности, па, стога, и не би требало правити неке веће измене у циљу прилагођавања *acquis*-у.

Право стављања у промет (право дистрибуције) је Директивом о информатичком друштву зајамчено само ауторима јер је: уметницима извођачима за њихова фиксирана извођења, произвођачима фонограма за њихове фонограме, произвођачима филмова за оригинале и умножене примерке њихових филмова и организацијама за радиодифузију за њихова фиксирана емитовања, већ зајамчено Директивом о праву најма и праву послуге и о одређеним правима сродним ауторском праву у области интелектуалне својине. Оно је ауторима зајамчено као искључиво право стављања у промет материјалних примерака ауторског дела (нпр. књига, CD-а). Осим тога, уређено је и питање исцрпљења права стављања у промет.

Уметницима извођачима за њихова фиксирана извођења, произвођачима фонограма за њихове фонограме објављене у комерцијалне сврхе и организацијама за радиодифузију за њихова емитовања, ако је саопштавање на месту доступном јавности уз плаћање улазница, право саопштавања јавности је већ зајамчено Директивом о праву најма и

праву на послугу и о одређеним правима сродним ауторском праву у области интелектуалне својине. Треба напоменути, да је у односу на WPPТ проширен круг носиоца сродних права којима је зајамчено право чињења доступним, па је оно признато и произвођачима филмова и организацијама за радиодифузију.

Директивом о информатичком друштву, желео се задржати постигнути баланс између интереса великог круга корисника ауторских дела и предмета сродних права и интереса носиоца тих права. Стога, она велику пажњу поклања питању ограничења ауторског права и сродних права. У том смислу, код права умножавања обавезно је, у складу са Директивом, дозволити ограничења у виду привременог умножавања (репродуковања) које је пролазно или случајно, а саставни је и битан део техничког процеса којему је једини циљ пренос ауторског дела, односно предмета сродних права, кроз мрежу између трећих лица ради овлашћеног коришћења, и који нема самостално привредно-тржишно значење. Осим тог, обавезног ограничења, постоји и листа могућих – факултативних ограничења права умножавања, права саопштавања јавности и права чињења доступним из које чланице могу бирати ограничења, али се нипошто не би смела узети сва предвиђена ограничења. Наведено обавезно ограничење, као и могућа ограничења треба уредити домаћим законодавством о ауторском и сродним правима, тако да буду усклађена с Директивом.

Осим наведених питања, Директивом о информатичком друштву наложено је пружање одговарајуће правне заштите техничким мерама које служе као препрека неовлашћеном коришћењу ауторских дела и предмета сродних права тј. одговарајућој правној заштити против заобилажења (изигравања) таквих мера. Осим самог заобилажења техничких мера, одговарајућа се правна заштита треба пружити и у односу на средства која служе заобилажењу техничких мера. Тим се средствима подразумевају она која су промовисана, оглашавана или стављана на тржиште у сврху заобилажења наведених техничких мера или имају малу комерцијалну вредност или могућности коришћења, осим оне у сврху заобилажења тих техничких мера, или су пак првенствено створена за онемогућавање техничких мера или олакшавање њиховог заобилажења.

Одговарајућу правну заштиту треба пружити: против производње таквих средстава, различитих облика њиховог стављања у промет и поседовања из комерцијалних разлога. Одредбе Директиве о технолошким мерама само одређују објект који у правном поретку држава чланица мора бити заштићен, али не дају никакву назнаку која би то средства правне заштите требала, или барем могла, бити. У чланицама Уније проблем средстава правне заштите техничких мера сматра се изузетно тешким и сложеним и још траје трагање за одговарајућим оптималним решењем.

Правна заштита према Директиви о информатичком друштву мора се пружити и у односу на информације о управљању правима. Тим се информацијама подразумевају информације које је сачинио носилац односног права о легитимним носиоцима права, идентификацији ауторског дела, односно објекта заштите сродних права, односно тзв. *sui generis* права или пак о условима њиховог коришћења. Правна заштита мора се пружити против њиховог уклањања или мењања као и против стављања у промет ауторских дела и објекта заштите сродних права, односно тзв. *sui generis* права било у материјалном или нематеријалном облику. Такође, у вези са заштитом техничких мера у нашем ауторскоправном поретку још нема никаквих одредаба и потребно их је донети.

#### 4. Закључак

Нема никакве дилеме да интелектуално стваралаштво има велики значај за живот савременог човека. Такође, оно представља значајну привредну делатност, како у националним тако и у међународним оквирима. Међутим, стоји чињеница да је интелектуално стваралаштво недовољно заштићено и у класичном, односно аналогном окружењу. Шта тек онда рећи за дигитално окружење које интелектуално стваралаштво стварају пред велика искушења. Ауторска и сродна права (као интегрални део интелектуалне својине), морају да доживе трансформације како би преживели све опасности и изазове. У том смислу, пре свега, нужно је променити одређене сегменте законодавства из ове области и прилагодити их новонасталим околностима. Осим тога, ну-

жно је повећано ангажовање свих релевантних субјеката, у првом реду државних органа, у циљу заштите ауторских и сродних права од неконтролисаног и неовлашћеног искоришћавања. Наравно, значајно место треба да заузме едукација надлежних органа у циљу оспособљавања за спречавање и сузбијање неовлашћене употребе ауторских и сродних права. Уз то потребна је општа едукација и стварање свести да је интелектуална крађа противзаконита као и свака друга. Такође, повреда ауторских и сродних права није само кршење закона, већ све више ствар пристојности и културе.

Слободно тржиште и заштита од нелојалне конкуренције захтева уређен и ефикасан систем заштите интелектуалне својине. У савременом друштву, нарочито у друштву чија је економија заснована на знању, економски развој више зависи од технолошких промена него од капиталних инвестиција. Техничко-технолошке информације су главни носилац развоја, а знатна већина тих информација налази се у патентним пријавама. Уколико постоји могућност да се оне користе на правни начин, могу се остварити значајне економске и финансијске уштеде у истраживању и комерцијализацији нових знања. Додатно, да би биле успешне на данашњем тржишту, компаније морају уводити нове производе и услуге у све краћим временским интервалима. Менаџмент знањем омогућава компанијама да управљају кључним ресурсима знања као што су патенти, жигови, истраживачки резултати и налази, повратне информације од купаца, креативност и искуства радника и да на тај начин даље подрже иновације и раст. У том контексту, значај правног уређивања и нарочито ефикасне заштите интелектуалне својине мултипликује се у друштву знања и економији заснованој на знању. Значај заштите ових права у развијеним економијама толико је велики да се у многим земљама и сама спорост у решавању пријава сматра за повреду људских и имовинских права привредних субјеката.

Ефикасна заштита права интелектуалне својине директно је повезана са пријемом Србије у Светску трговинску организацију и процесом придруживања ЕУ. Такође, она представља изузетно битно развојно питање, које је повезано и са питањима преноса технологије, инвестицијама и коначно са заштитом домаћег знања на светском тржишту.

**Doc. Vidoje Spasić, LL.D.**

*Assistant Professor*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **ADAPTING THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TO THE NEW DIGITAL ENVIRONMENT**

### **Summary**

*The development of the digital (information) technology, and the Internet in particular, has caused substantial structural changes in different areas of social life. Thus, the intellectual creative work has also been under the attack of these changes. In the IT environment, the copyright and other related rights are not only subject to major transformation but they are also exposed to various turbulences and challenges.*

*The significant impact of the modern information technology in the field of copyright and related rights is predominantly reflected in the changed character and structure of the works of authorship and the methods of their subsequent use. Apart from the standard features which characterize the copyrighted works in the traditional analogue form, the copyrighted works in digital form have a number of specific characteristics, all stemming from the use of new information technologies (e.g.: flexibility and plasticity of form, automatic fabrication of work, the identical form of digital copies and the original, etc). The new information technologies have also led to the revolution in the use of the copyrighted works or objects of other related rights. This has imposed serious threats and challenges to the copyright and other related rights and, ultimately, raises the problem of the future subsistence of intellectual work in general.*

*For these reasons, in order to subsist and survive the threats and perils of new information technologies, the copyright and related rights must be adapted to the newly created circumstances. The adjustment must be fundamental, substantial and permanent, and it has to be supported by a relevant legal framework. The primary task is to provide for the protection and development of the copyright and other related rights within the field of information technologies. It would be highly detrimental to allow the new information technologies to be the ultimate masters of the intellectual creative work.*

**Key words:** *copyright law, related rights, digital environment*



**Michael Wietzorek, LL.B.**  
Friedrich-Alexander University  
Erlangen, Nürnberg

**NUTZUNGSERSATZ FÜR DEN VERKÄUFER  
BEI NACHLIEFERUNG**  
(*Compensation for the use of defective goods  
in case of delivery of replacement goods*)

**Abstract:**

The subject of the present contribution is a case which was decided by the European Court of Justice (ECJ) on April 17, 2008 (Case C-404/06: *Quelle AG*). The ECJ ruled that Art. 3 of Directive 1999/44/EC is to be interpreted as precluding national legislation under which a seller who has sold consumer goods which are not in conformity may require the consumer to pay compensation for the use of those defective goods until their replacement with new goods. In addition to its consequences for the law of sales contracts within the EC, the decision touches important issues of the interpretation of national law in the light of EC Directives. The author makes two proposals: Whenever the ECJ finds that a certain regulation of national law is not in conformity with a certain EC Directive, the national legislator should be required to change the provision in question, for reasons of legal security. Non-EC countries that wish to approximate their national legislation to the *acquis communautaire* and therefore enact legislation based on EC Directives should be given the possibility to request a preliminary ruling from the European Court of Justice in the sense of Art. 234 of the Treaty establishing the European Community regarding the interpretation of the Directive at hand.

**Key Words:**

sales contract, compensation for the use of defective goods, legal security, preliminary ruling, interpretation of national law in the light of EC Directives

## I. Die Geschichte von Frau Brüning und ihrem Herd-Set

Es war im Sommer 2002. Frau Brüning hatte bei dem Versandhaus „Quelle AG“ ein Herd-Set zum Preis von 524,90 € bestellt. Dieses wurde im August 2002 geliefert. Im Januar 2004 fand Frau Brüning einen Fehler: Die Emailleschicht hatte sich abgelöst. Am 12. 1. 2004 stellte ein Mitarbeiter der Quelle AG fest, dass eine Nachbesserung nicht möglich sei. Die Parteien haben vereinbart, den fehlerhaften Herd gegen einen neuen auszutauschen. Für die Nutzung des defekten Herds bis zum Austausch verlangt Quelle von Frau Brüning eine Entschädigung in Höhe von 67,86 €. <sup>1</sup> An sich ein alltäglicher Fall, der aber mittlerweile über die Grenzen Deutschlands hinaus Beachtung findet. <sup>2</sup> Die Beurteilung dieses Sachverhalts nach deutschem Recht, wie es vor 2009 galt, ergab Folgendes: Die Parteien haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB <sup>3</sup> geschlossen, bei dem der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen hat, § 433 I 2 BGB. Wann eine Sache frei von Sachmängeln ist, wird in § 434 I BGB näher bestimmt: Eine Sache ist demnach frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit aufweist (§ 434 I 1 BGB) oder, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB), sonst, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der

---

<sup>1</sup> So der Sachverhalt bei LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 22. 4. 2005 – 7 O 10714/04, NJW 2005, 2558, 2558 (spätere Entscheidungen weichen unwesentlich hiervon ab – Quelle fordert nicht 67,86 Euro, sondern 69,97 Euro).

<sup>2</sup> So z.B. *Schneider/Antenbrink*, „Quelle“: The possibility, for the seller, to ask for a compensation for the use of goods in replacement of products not in conformity with the contract, *Revue européenne de droit de la consommation* 8/2007, 301 ff.; *Pardo Leal*, Derecho del vendedor a exigir al consumidor una indemnización por el uso de un bien en caso de sustitución de bienes que no son conformes, *Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación* 18/2008, 29 ff.; *Idot*, Obligation de conformité et droits du consommateur, *Europe* 2008 Juin comm. No. 205, 30; *Mok*, Nederlandse jurisprudentie, *Uitspraken in burgerlijke en strafzaken* 2008 No. 382; *Dupont*, Le consommateur n'est pas tenu d'indemniser le vendeur d'un bien de consommation défectueux pour l'usage qu'il en fait jusqu'à son remplacement, *Droit de la consommation* 2008, 77 ff.

<sup>3</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl. I 2002, 49 und 2909 sowie BGBl. I 2003, 738.



Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Welche Beschaffenheit erwartet werden kann, bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers.<sup>4</sup> Bei einem neuen Herd wird der Durchschnittskäufer erwarten können, dass sich eine vorhandene Emailleschicht nicht – jedenfalls nicht innerhalb der ersten 1,5 Jahre nach dem Kauf – vom Herd ablöst. Somit lag ein Sachmangel vor. Ist eine Kaufsache mangelhaft, so kann der Käufer gem. § 437 Nr. 1 BGB nach § 439 BGB Nacherfüllung verlangen, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind und soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Der Käufer kann gem. § 439 I BGB zur Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Hier war eine Beseitigung des Mangels nicht möglich. Frau Brüning und die Quelle AG haben daher die Lieferung einer mangelfreien Sache gem. § 439 I BGB vereinbart. Die Rechte der Quelle AG bestimmen sich nach § 439 IV BGB: *„Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.“* Hierbei stellt sich zunächst folgende Frage: Neben der Rückgewähr der mangelhaften Sache regelt § 346 I BGB auch die Herausgabe gezogener Nutzungen.<sup>5</sup> Nutzungen sind gem. § 100 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Bedeutet die Verweisung in § 439 IV BGB auf die §§ 346 ff. BGB auch eine Verweisung auf die Herausgabe der Nutzungen? Mit anderen Worten, muss der Käufer neben der Rückgabe der mangelhaften Sache dem Verkäufer einen Ersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache zahlen?

Beantwortet man diese Frage dahingehend, dass § 439 IV BGB durch die Verweisung auf § 346 I BGB einen Nutzungersatz für den Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung anordnet, so stellt sich eine weitere Frage: In dem hier besprochenen Fall handelte es sich um einen Verbrauchsgü-

---

<sup>4</sup> BT-Drucksache 14/6040, S. 214.

<sup>5</sup> „Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

terkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB.<sup>6</sup> Bei dem Herd handelt es sich um eine bewegliche Sache.<sup>7</sup> Frau Brüning ist Verbraucher im Sinne des § 13 BGB<sup>8</sup> und die Quelle AG ist Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB<sup>9</sup>. In Art. 3, Absatz (2) bis (4) der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter<sup>10</sup> („Rechte des Verbrauchers“) heißt es unter anderem: „(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 [...]. (3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder die unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. [...] (4) Der Begriff ‚unentgeltlich‘ in den Absätzen 2 und 3 umfaßt die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits-, und Materialkosten“. In den Erwägungsgründen heißt es zudem unter Nr. 15: „Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. Die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung können im innerstaatlichen Recht festgelegt werden.“ Steht ein etwa vom Käufer zu leistender Nutzungsersatz mit der Richtlinie in Einklang?

---

<sup>6</sup> „Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), [...]“

<sup>7</sup> § 90 BGB: „Sachen im Sinne dieses Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.“ Beweglich ist eine Sache, sobald sie tatsächlich fortbewegt werden kann.

<sup>8</sup> „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

<sup>9</sup> „Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.“

<sup>10</sup> Abl. EG Nr. L 171 vom 7. 7. 1999, S. 12 ff. (im Weiteren: Richtlinie oder Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

## II. Der Gesetzgeber und die Literatur

Bereits der „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts“,<sup>11</sup> auf dem das heutige BGB beruht, hat sich mit der hier diskutierten Problematik auseinandergesetzt. Dass der Käufer dem Verkäufer die Nutzungen – also auch die Gebrauchsvorteile – herauszugeben hat, rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhalte und nicht einzusehen sei, dass er die zurückgegebene Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können solle.<sup>12</sup> Diese Verpflichtung des Käufers sei mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar: Der vertragsgemäße Zustand werde durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt; hierfür habe der Käufer keine Kosten zu tragen. Zu den Kosten könne aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezählt werden; es gehe vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat, was auch gerade der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands diene. Ohne die Mangelhaftigkeit hätte der Käufer nämlich auch die gekaufte Sache nicht unentgeltlich nutzen können – Abnutzungen durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch wären vielmehr zu seinen Lasten gegangen. Im Übrigen werde die Mangelhaftigkeit der Sache bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile nicht unberücksichtigt bleiben können.<sup>13</sup> Der Erwägungsgrund Nr. 15 wurde dahingehend interpretiert, dass die Richtlinie eine Verpflichtung des Verbrauchers zum Nutzungsersatz ausdrücklich billige. Die Interessenlage sei bei der Rückgabe einer mangelhaften Sache im Zusammenhang mit einer Nachlieferung durch den Verkäufer nicht anders als bei der Minderung einer dem Verbraucher zu leistenden Erstattung; derartige Abwicklungsfragen regle die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eben nicht.<sup>14</sup>

Die „Nutzungsentschädigung im Falle der Ersatzlieferung“ war in der Literatur nicht unumstritten: *Gsell* beispielsweise wollte den vom

---

<sup>11</sup> BT-Drucksache 14/6040.

<sup>12</sup> *Ebd.*, S. 232 f.

<sup>13</sup> *Ebd.*, S. 233.

<sup>14</sup> *Ebd.*

Verbraucher zu leistenden Nutzungsersatz nicht als einen Nutzungsersatz für die Gebrauchsvorteile des Verbrauchers in der Vergangenheit verstehen, sondern als einen Ausgleich für die zukünftige längere Haltbarkeit und Lebensdauer der als Ersatz gelieferten, fabrikneuen Sache (sogenannte „neu für alt“-Problematik) – *Gsell* räumt gleichzeitig ein, dass viel dafür spreche, dass die Richtlinie eine Pflicht zur Nutzungsentschädigung bei Nacherfüllung verbiete.<sup>15</sup> Dem schloss sich *Ball* an, der die Frage der Richtlinienkonformität offen ließ und darauf hinwies, dass die gesetzliche Regelung nur unter der Voraussetzung zu „richtigen“ Ergebnissen führe, dass die ersatzweise gelieferte Sache den ursprünglich gezahlten Kaufpreis wert sei.<sup>16</sup> *Bruns* begründet ausführlich, dass die Verweisung in § 439 IV BGB nicht eindeutig sei und eine teleologische Auslegung sowie die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gegen eine Pflicht zur Nutzungsentschädigung sprächen; auch die von *Gsell* vorgeschlagene „neu für alt“-Ausgleichszahlung lehnte *Bruns* ab.<sup>17</sup> *Unberath* erachtete die (vollumfängliche) Verweisung in § 439 IV BGB auf § 346 BGB für richtlinienwidrig, hielt aber eine teleologische Reduktion auf die Fälle, in denen der Nutzungsersatz dem Käufer zumutbar sei, für zulässig.<sup>18</sup> Für eine teleologische Reduktion sprach sich auch *Woitkewitsch* aus, der auf eine Ungleichbehandlung von Käufern und Verkäufern durch § 439 IV BGB hinwies und den Vorteil durch die Ersatzlieferung dem Käufer als Kompensation für die „vielfältigen Ärgernisse“ belassen wollte.<sup>19</sup> *Muthorst* meinte, dass dem Verkäufer keine Nutzungen zustehen, da der Käufer dann so stünde, als habe er bis zur Nachlieferung überhaupt keine Leistung erhalten; einen Vorteilsausgleich lehnte er unter Hinweis auf die Verzögerung der mangelfreien Leistung ab.<sup>20</sup> Zwar für einen klaren Wortlaut und den Hinweis in den Gesetzge-

<sup>15</sup> *Gsell*, Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?, NJW 2003, 1969, 1971 f. und 1974.

<sup>16</sup> *Ball*, Die Nacherfüllung beim Autokauf, NZV 2004, 217, 222.

<sup>17</sup> *Bruns*, Kaufrechtliche Ersatzlieferung nur gegen Nutzungsentschädigung?, NZV 2006, 640, 644.

<sup>18</sup> *Unberath*, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 2005, 5, 42.

<sup>19</sup> *Woitkewitsch*, Nutzungsersatzanspruch bei Ersatzlieferung?, VuR 2005, 1, 5 f.

<sup>20</sup> *Muthorst*, Keine Nutzungsherausgabe bei Ersatzlieferung, ZGS 2006, 90, 95.

bungsmaterialien war *Schulte-Nölke*, der aber eine richtlinienkonforme Auslegung für zulässig erachtete, weil er für zweifelhaft hielt, dass der Gesetzgeber auch dann einen Nutzungsersatz wollte, wenn dies gegen die Richtlinie verstößt.<sup>21</sup> Für einen eindeutigen Verweis in § 439 IV BGB auf den Nutzungsersatz und gegen eine „richtlinienkonforme“ Auslegung der Norm waren *Grohmann/Gruschinske*, die dem Verkäufer einen Bereicherungsanspruch nach § 812 I 1 BGB für vertraglich nicht geschuldete Vorteile des Verkäufers zubilligen wollten.<sup>22</sup> Für einen Anspruch auf Nutzungsersatz sprach sich *T. Fest* unter Hinweis auf die uneingeschränkte Verweisung in § 439 IV BGB aus; ein sachlicher Grund für den Nutzungsersatz bestehe darin, den mit der Nutzung der mangelhaften Sache einhergehenden Verlust dem Käufer zuzuweisen.<sup>23</sup> Ähnlich sahen das auch *Tiedtke/Schmitt*, die sich dafür weitgehend auf den Regierungsentwurf beriefen.<sup>24</sup> Gegen einen Verstoß des § 439 IV BGB gegen die Richtlinie war auch *Gärtner*, die auf den Spielraum der nationalen Gesetzgeber hinwies.<sup>25</sup>

### III. Die Entscheidungen

Mittlerweile ist dieser Meinungsstreit beigelegt. Vorher haben sich mit Frau Brüning, ihrem Herd und der Quelle AG sowie mit den verschiedenen Möglichkeiten zur Interpretation des deutschen Rechts und der Richtlinie das LG Nürnberg-Fürth, das OLG Nürnberg, der BGH und der EuGH beschäftigt.

#### 1. LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 22. 4. 2005 – 7 O 10714/04

Dem LG Nürnberg-Fürth zufolge betreffe die Verweisung auf §§ 346 ff. BGB wegen der Rückgewähr der Sache nicht zwingend auch eine

---

<sup>21</sup> *Schulte-Nölke*, Alter Herd ist Geldes wert?, ZGS 2006, 321.

<sup>22</sup> *Grohmann/Gruschinske*, Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung?, VuR 2007, 12, 16.

<sup>23</sup> *T. Fest*, Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz bei Nachlieferung?, NJW 2005, 2959 ff.

<sup>24</sup> *Tiedtke/Schmitt*, Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs, DStR 2004, 2060, 2060.

<sup>25</sup> *Gärtner*, Keine Freude mit dem Herd, ZGS 2006, 368, 369.

Verweisung auf die Pflicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen.<sup>26</sup> Nach der Gesetzessystematik stehen gem. § 446 BGB die Nutzungen von der Übergabe der Kaufsache an dem Käufer zu. Es bedürfe daher einer ausdrücklichen Regelung des Gesetzgebers, wenn dies bei vertragswidriger Leistung des Verkäufers anders sein sollte.<sup>27</sup> Würde man die Vorschriften über den Nutzungsersatz auf den Fall anwenden, dass nur die mangelhafte Sache zurückgegeben werden soll, so würde dies zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zu Lasten des Käufers führen. Die vertragsuntreue Partei – also der Verkäufer – würde den vollen Kaufpreis und die Nutzungen erhalten, und der vertragstreue Partner – also der Käufer – würde zwar eine vertragsgemäße Sache erhalten, müsste aber die Nutzungen, die ihm eigentlich versprochen waren, wieder herausgeben.<sup>28</sup> Die Gewährleistungsrechte mit ihrem Nacherfüllungsanspruch dienen dazu, den Verkäufer zu einer vertragsgerechten Leistung anzuhalten. Diesem Zweck widerspreche es, den Verkäufer für die Lieferung einer mangelhaften Sache mit einem Nutzungsherausgabeanspruch zu belohnen, denn schließlich könne der Verkäufer auch anderweitig mit einem mangelhaften Gegenstand keine Nutzungen erwirtschaften.<sup>29</sup> Somit entschied das LG Nürnberg-Fürth, § 439 IV BGB so auszulegen, dass der Verkäufer für den Fall der Lieferung einer mangelfreien Sache keinen Nutzungsersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache erhält. Konsequenterweise konnte es für das Landgericht auch dahinstehen, ob § 439 IV BGB in der anderen, möglichen Auslegung im Widerspruch zur Richtlinie 1999/44/EG steht.<sup>30</sup> Zu dieser Frage wies das LG darauf hin, dass in der Richtlinie keine Regelung über die Nutzungsent-schädigung bei einer Ersatzlieferung enthalten sei.<sup>31</sup>

## 2. OLG Nürnberg, Urteil vom 23. 8. 2005 – 3 U 991/05

Gegen das Urteil des LG Nürnberg-Fürth legte die Quelle AG Berufung beim OLG Nürnberg ein. Das OLG führte in seiner Begründung aus,

---

<sup>26</sup> LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 22. 4. 2005 – 7 O 10714/04, NJW 2005, 2558, 2560.

<sup>27</sup> *Ebd.*

<sup>28</sup> *Ebd.*

<sup>29</sup> *Ebd.*

<sup>30</sup> *Ebd.*, 2560 f.

<sup>31</sup> *Ebd.*, 2561.

dass es nicht darauf ankommen könne, die Lieferung einer mangelfreien Sache mit der Lieferung einer mangelhaften Sache zu vergleichen und dass ein solcher Vergleich lediglich die Interessen des Käufers berücksichtige.<sup>32</sup> Man müsse für eine wertende Betrachtung die Lieferung einer mangelhaften Sache zu Grunde legen; dann müsse man die Folgen der Ersatzlieferung gem. § 437 Nr. 1 BGB und des Rücktritts gem. § 437 Nr. 2 BGB miteinander vergleichen: Im Falle der Ersatzlieferung erhält der Käufer eine neue Sache, der Verkäufer erhält eine mangelhafte (und dadurch meist unverkäufliche) Sache, darf allerdings den vollen Kaufpreis behalten. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Verkäufer seine Pflicht aus dem Vertrag, nämlich die Lieferung einer mangelfreien Sache, nicht erfüllt hat und für den Käufer die Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche oft mit Unannehmlichkeiten verbunden ist.<sup>33</sup> Ist der Käufer vom Vertrag zurückgetreten, so sei die Situation für den Verkäufer deutlich ungünstiger: hier erhält der Verkäufer die mangelhafte Ware und muss zusätzlich dem Käufer den vollen Kaufpreis zurückzahlen.<sup>34</sup> Hinzu kommt, dass die Beziehung zum Kunden im Falle der Nacherfüllung eher erhalten bleibt als im Falle des Rücktritts, in dem sich der Verkäufer aus Sicht des Kunden oftmals als unzuverlässig erwiesen hat. Ein Nutzungersatz sei damit im Falle des Rücktritts interessenrecht, im Falle der Ersatzlieferung hingegen nicht. Im Ergebnis ist also auch das OLG Nürnberg der Meinung, dass kein Anspruch auf Nutzungersatz besteht.<sup>35</sup>

### 3. BGH, Vorlagebeschluß vom 16. 8. 2006 – VIII ZR 200/05

Gegen das Urteil des OLG Nürnberg wurde Revision beim BGH eingelegt. Der BGH entschied, dass der Verkäufer im Falle einer Ersatzlieferung einen Anspruch aus § 439 IV i.V.m. § 346 I, II Nr. 1 BGB auf Wertersatz für die Vorteile hat, die der Käufer aus dem Gebrauch der mangelhaften Sache bis zu deren Austausch gezogen hat; dies gelte auch, wenn der Käufer Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist.<sup>36</sup> Die Verweisung in § 439

---

<sup>32</sup> OLG Nürnberg, Urt. v. 23. 8. 2005 – 3 U 991/05, NJW 2005, 3000, 3000 f.

<sup>33</sup> *Ebd.*, 3001.

<sup>34</sup> *Ebd.*

<sup>35</sup> *Ebd.*

<sup>36</sup> BGH, Vorlagebeschluß vom 16. 8. 2006 - VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200, 3200.

IV BGB schließe dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers nach auch den in § 346 I BGB geregelten Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen ein. Allerdings führt der BGH aus, dass diese Frage nicht unumstritten sei. Er teilt die erhobenen Bedenken gegen die einseitige Belastung des Käufers mit einer Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen der mangelhaften Kaufsache, sieht jedoch keine Möglichkeit, die unangemessene gesetzliche Regelung im Wege der Auslegung zu korrigieren.<sup>37</sup> Eine solche Auslegung wäre unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz aus Art. 20 III Grundgesetz nicht zulässig. Allerdings hatte der BGH Zweifel, ob die Vorschrift des § 439 IV BGB in ihrer den BGH bindenden Auslegung mit Art. 3 II bis IV der Richtlinie 1999/44/EG in Einklang steht.<sup>38</sup> Diese Frage ist gem. Art. 234 EG<sup>39</sup> dem EuGH vorbehalten. Der BGH hat daher den Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt.<sup>40</sup>

4. EuGH (1. Kammer), Urteil vom 17. 4. 2008 – C-404/06  
(Quelle AG)

Konkret fragte der BGH den EuGH, ob Art. 3 der Richtlinie dahin auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung entgegenstehe, die dem Unternehmer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung dieses Gutes bis zu seinem Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.<sup>41</sup> Dazu nahmen der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, die spanische und die österreichische Regierung sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften Stellung. Nach deren Auffas-

<sup>37</sup> *Ebd.*, 3201.

<sup>38</sup> *Ebd.*, 3201.

<sup>39</sup> Art. 234 I EG: „Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung (a) über die Auslegung dieses Vertrags, (b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft [...].“

Art. 234 III EG: „Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angegriffen werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.“

<sup>40</sup> BGH, Vorlagebeschluss vom 16. 8. 2006 - VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200, 3202.

<sup>41</sup> EuGH 1. Kammer, Urteil vom 17. 4. 2008 - C-404/06, NJW 2008, 1433, 1433.



sung sei das Erfordernis der Unentgeltlichkeit ein untrennbares Ganzes, das den Käufer vor drohenden finanziellen Belastungen schützen solle, die ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnten.<sup>42</sup> Demgegenüber führte die deutsche Regierung aus, dass der Wortlaut der Richtlinie nicht die Frage regle, ob der Verkäufer im Fall des Austauschs eines vertragswidrigen Verbrauchsguts eine Entschädigung für dessen Nutzung verlangen könne.<sup>43</sup> Der EuGH erklärte, dass die dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands unentgeltlich zu bewirken, den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen soll. Solche Belastungen könnten Verbraucher davon abhalten, ihre Ansprüche geltend zu machen. Diese Garantie der Unentgeltlichkeit bedeute, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsguts, auf das sich der Vertrag bezieht, ausgeschlossen ist.<sup>44</sup> Wenn der Verkäufer ein vertragswidriges Verbrauchsgut liefere, erfülle er die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß und müsse daher die Folgen dieser Schlechterfüllung tragen. Der Verbraucher, der seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hat, werde durch ein neues Verbrauchsgut als Ersatz für das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ungerechtfertigt bereichert. Er erhalte lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut.<sup>45</sup> Der EuGH schloss mit den Worten: *„Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 3 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.“*

---

<sup>42</sup> *Ebd.*, 1434.

<sup>43</sup> *Ebd.*

<sup>44</sup> *Ebd.*

<sup>45</sup> *Ebd.*, 1435.

#### IV. Nach der Quelle-Entscheidung des EuGH

Der EuGH hatte also dem Nutzungsersatz im Falle der Ersatzlieferung eine klare Absage erteilt. Spannend war nun die Frage, was der BGH hieraus machen würde. Vorher könnte man daran denken, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine horizontale unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten könnte; das hätte dann eine (partielle) Nichtanwendbarkeit des § 439 IV BGB zur Folge. Der EuGH hat zwar in mehreren Entscheidungen herausgearbeitet, dass sogar eine „klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt [...] werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich nur Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden kann.“<sup>46</sup> Gleichwohl hat der EuGH in der Entscheidung *Mangold* eine unmittelbare Wirkung der Antidiskriminierungsrichtlinie<sup>47</sup> zwischen Privaten angenommen, was zur Folge hatte, dass der EuGH die Unanwendbarkeit der richtlinienwidrigen Vorschrift des deutschen Rechts anordnete.<sup>48</sup> Dies begründete der EuGH aber damit, dass die deutsche Vorschrift gegen den allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters – und somit gegen *primäres* Gemeinschaftsrecht – verstieß.<sup>49</sup> Dass ein Verbot des Nutzungsersatzes im Falle der Ersatzlieferung ebenso ein „allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ sei, wurde vom EuGH nicht einmal erwähnt, geschweige denn erwogen.<sup>50</sup> Damit scheidet diese Möglichkeit aus.

---

<sup>46</sup> EuGH, Urteil vom 5. 10. 2004 (Pfeiffer u. a.), C-401/01, Slg. 2004, I-8835, 8916 (Rn. 109). Vgl. hierzu auch EuGH, Urteil vom 26. 2. 1986 (Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority), Rs. 152/86, Slg. 1986, 723 ff. sowie EuGH, Urteil vom 14. 7. 1994 (Faccini Dori), C-91/92, Slg. 1994, I-3325 ff.

<sup>47</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Abl. EG L-303/16.

<sup>48</sup> EuGH, Urteil vom 22. 11. 2005 (Mangold), C-144/04, AuR 2006, 167, 169 (Rn. 77).

<sup>49</sup> *Ebd.* (Rn. 74 f.).

<sup>50</sup> So auch *Fischinger*, Anmerkung (zum Urteil des EuGH), EuZW 2008, 312, 313 m. w. N.

## 1. Möglichkeiten zur Reaktion auf die Entscheidung des EuGH

Zurück zum BGH: Dieser war 2006 zu dem Ergebnis gekommen, dass die Verweisung in § 439 IV BGB dem Wortlaut nach eindeutig und der gesetzgeberische Wille insofern unmissverständlich war. Das nationale Gericht muss das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und Zwecks der Richtlinie auslegen, welche durch die Vorschrift des nationalen Rechts umgesetzt wird, um den Zweck der Richtlinie zu erreichen.<sup>51</sup> Wir erinnern uns: Für den BGH gab es „keine Möglichkeit, die unangemessene gesetzliche Regelung im Wege der Auslegung zu korrigieren.“ Damit hätte der BGH eigentlich der Quelle AG den Nutzungsersatz zusprechen müssen.<sup>52</sup> Daraufhin hätte sich der Gesetzgeber eingestehen können, bei der Umsetzung der Richtlinie einen Fehler gemacht zu haben. Dann hätte der Gesetzgeber „nachbessern“ können, indem er den Nutzungsersatz jedenfalls auf die Verträge beschränkt hätte, die nicht Verbraucherverträge im Sinne des § 474 BGB sind. Durch eine Gesetzesänderung wäre wiederum eine Konsequenz hervorgerufen worden, die für die Bundesrepublik Deutschland unschön gewesen wäre. Die Rede ist von der Staatshaftung: Für den Fall, dass das von einer Richtlinie vorgeschriebene Ziel nicht im Wege der Auslegung erreicht werden kann, sind die Mitgliedstaaten zum Ersatz der den Bürgern durch die Nichtumsetzung verursachten Schäden verpflichtet.<sup>53</sup> Durch eine richtlinienkonforme Auslegung könnte man diese Konsequenz vermeiden. Nur hätte der BGH, wenn er doch noch im Wege der Auslegung zu einem richtlinienkonformen Ergebnis kommen wollte, „rechtspolitisch motivierte Verrenkungen“<sup>54</sup> machen müssen, um sich letzt-

---

<sup>51</sup> EuGH, Urteil vom 5. 10. 2004 (Pfeiffer u. a.), C-401/01, Slg. 2004, I-8835, 8917 f. m. w. N. (Rn. 113).

<sup>52</sup> So bereits Lorenz, NJW 2006, 3202, 3203 (direkt im Anschluss an die Entscheidung des BGH).

<sup>53</sup> EuGH, Urteil vom 14. 7. 1994 (Faccini Dori), C-91/92, Slg. 1994, I-3325, I-3357. Diese Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht wurde vom EuGH in den Entscheidungen *Francovich* (EuGH, Urteil vom 19. 11. 1991, C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357), *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029) und *British Telecommunications* (EuGH, Urteil vom 26. 3. 1996, C-392/93, Slg. 1996, I-1631) entwickelt.

<sup>54</sup> *Fischinger*, Anmerkung (zum Urteil des EuGH), EuZW 2008, 312, 313.

lich selbst zu widersprechen.<sup>55</sup> Kaufverträge und Nachlieferungen finden alltäglich statt, womit es eine Vielzahl von betroffenen Käufern gibt. Das Risiko der Staatshaftung, insbesondere die zu erwartende Klageflut, wären damit sehr hoch gewesen.<sup>56</sup> Hier stellte sich die Frage, inwieweit der BGH dazu berufen ist, diese drohenden Staatshaftungsansprüche zu vermeiden.<sup>57</sup>

## 2. Die Reaktion des BGH von 2008

Tatsächlich hat der BGH eine Möglichkeit gefunden, die Verweisung in § 439 IV BGB nunmehr doch richtlinienkonform „auszulegen“: Der BGH hält weiterhin an seiner zuvor geäußerten Meinung fest, dass § 439 IV BGB uneingeschränkt auf §§ 346 ff. BGB Bezug nimmt und dass deswegen eine Gesetzesauslegung „im engeren Sinne“, also eine Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts, deren Grenze durch den möglichen Wortsinn gebildet wird, nicht möglich sei.<sup>58</sup> Auf Grund des Umsetzungsgebotes gem. Art. 249 III EG<sup>59</sup> und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gem. Art. 10 EG<sup>60</sup> sind die Gerichte der Mitgliedstaaten verpflichtet,<sup>61</sup> das nationale Recht unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszulegen, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu errei-

---

<sup>55</sup> Anderer Ansicht *Möllers/Möhring*, Recht und Pflicht der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, JZ 2008, 919, 924, die eine richtlinienkonforme Auslegung – trotz der Aussagen des BGH von 2006 – für möglich halten.

<sup>56</sup> So auch *Herrler/Tomasic*, Keine Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neulieferung, BB 2008, 1245, 1248 sowie *Fischinger*, Anmerkung (zum Urteil des EuGH), EuZW 2008, 312, 313.

<sup>57</sup> *Herrler/Tomasic*, Keine Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neulieferung, BB 2008, 1245, 1248.

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, (OLG Nürnberg), NJW 2009, 427, 428.

<sup>59</sup> „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

<sup>60</sup> „Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich [...] aus den Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben [...]“

<sup>61</sup> *Herresthal*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung im Kaufrecht, WM 2007, 1354, 1354.

chen.<sup>62</sup> Wenn der EuGH also von „Auslegung“ spreche, gehe der EuGH nicht von der im deutschen Recht üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinn) einerseits und Rechtsfortbildung andererseits aus. Der Grundsatz der „richtlinienkonformen Auslegung“ fordere auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.<sup>63</sup> *Herresthal* hatte bereits darauf hingewiesen, dass Auslegung (im engeren Sinn) und Rechtsfortbildung nicht wesensverschieden sind, sondern ein einheitliches Verfahren graduell abstufen – die Verwendung des Begriffs „Auslegung“ in diesem weiten Sinne durch den EuGH erkläre sich nicht zuletzt daraus, dass die Richter in den verschiedenen, von der Europäischen Gemeinschaft umschlossenen Rechtsordnungen (insbesondere des *Common Law* und des *Civil Law*) eine unterschiedliche Reichweite an Kompetenzen haben.<sup>64</sup> *Herresthal* zufolge bilde auch der historische Wille des nationalen Gesetzgebers keine Grenze der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung – unter anderem, weil es neben dem nationalen Normgeber auch den gemeinschaftsrechtlichen Normgeber gibt.<sup>65</sup> Im vorliegenden Fall hat der BGH letzten Endes – wie auch bereits 1980 der Bundesfinanzhof<sup>66</sup> in ähnlicher Weise – eine teleologische Reduktion vorgenommen:<sup>67</sup> Voraussetzung hierfür ist eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Es war einerseits die Absicht des Gesetzgebers, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte – auch in Hinblick auf den Nutzungsersatz – eine Regelung geschaffen werden, die mit der Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie vereinbar ist. Die Auffassung des Gesetzgebers, beide Ziele erreicht zu haben, wurde durch die Entscheidung des EuGH bindend als

---

<sup>62</sup> BGH, Urteil vom 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, (OLG Nürnberg), NJW 2009, 427, 428 mwN.

<sup>63</sup> *Ebd.*, 428 f.

<sup>64</sup> *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, München 2006, S. 317 ff.

<sup>65</sup> *Ebd.*, S. 319 f.

<sup>66</sup> BFH, Urteil vom 12. 11. 1980 – II R 1/76, WM 1981, 444, 445.

<sup>67</sup> BGH, Urteil vom 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, (OLG Nürnberg), NJW 2009, 427, 429.

fehlerhaft widerlegt.<sup>68</sup> Es sei auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 439 IV BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht in Einklang mit der Richtlinie steht. Damit bestehe eine verdeckte Regelungslücke und die Vorschrift des § 439 IV BGB sei in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs dahingehend einschränkend auszulegen, dass nur die Vorschriften über die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst anzuwenden seien. Hingegen besteht kein Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache.<sup>69</sup>

### 3. Die Reaktion des Gesetzgebers

Der BGH hatte eigentlich den Fehler des Gesetzgebers bereits korrigiert. Die drohenden Staatshaftungsansprüche waren abgewehrt. Dogmatisch fraglich, aber trotzdem bindend, hatte der BGH das nationale Recht auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH fortgebildet. Dennoch wurde das BGB unmittelbar im Anschluss an die Entscheidung von 2008 geändert. Mittlerweile bedarf es der teleologischen Reduktion der Verweisung in § 439 IV BGB nicht mehr. Mit Art. 5 des Gesetzes [...] zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 10. Dezember 2008<sup>70</sup> wurde § 474 II BGB erweitert. Dort heißt es jetzt: „Auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge ist § 439 Abs. 4 mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.“ Beim Verbrauchsgüterkauf muss der Verbraucher also keinen Nutzungsersatz mehr leisten.<sup>71</sup> Fraglich blieb, was in allen anderen Fällen im deutschen Recht gilt, also bei b2b-, c2c-, und c2b-Kaufverträgen. Hierzu hat der BGH 2008 Stellung genommen:<sup>72</sup> Liegt kein Verbrauchsgüterkauf vor, so hat der Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen. Da solche Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs

---

<sup>68</sup> *Ebd.*, 429.

<sup>69</sup> *Ebd.*, 429.

<sup>70</sup> BGBl. 2008 Teil I Nr. 57, S. 2399, 2400.

<sup>71</sup> *Pfeiffer*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes, NJW 2009, 412, 413.

<sup>72</sup> BGH, Urteil vom 26. 11. 2008 - VIII ZR 200/05 (OLG Nürnberg), NJW 2009, 427, 429.

der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie liegen, ergibt sich insoweit aus der fehlenden Richtlinienkonformität keine planwidrige Regelungslücke.<sup>73</sup> Anders als von *Witt* vorgeschlagen hat der Gesetzgeber § 439 IV BGB nicht mit Geltung für alle Kaufverträge geändert.<sup>74</sup>

Warum es dieser Gesetzesänderung bedurfte, wenn doch bereits durch die Entscheidung des BGH eigentlich alles geklärt war, ist ungewiss. Eine mögliche Erklärung könnte sich aus der Rechtssicherheit ergeben, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitet. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt:<sup>75</sup> „Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips gehört die Rechtssicherheit. Der Staatsbürger soll die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können; er muß darauf vertrauen können, daß sein dem geltenden Recht entsprechendes Handeln von der Rechtsordnung mit allen ursprünglich damit verbundenen Rechtsfolgen anerkannt bleibt. [...] Für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz.“ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es für die Umsetzung einer Richtlinie unerlässlich, dass die „[...] Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.“<sup>76</sup> Zum Vertrauensschutz hat der BGH ausgeführt, dass die teleologische Reduktion des § 439 IV BGB sich „im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung hält“ und dass eine uneingeschränkte Anwendung der Vorschrift nicht als gesichert angesehen werden konnte, weil die Vorschrift von Anfang an in hohem Maße umstritten war und auch die Richtlinienkonformität von zahlreichen Stimmen im Schrifttum verneint wurde.<sup>77</sup> Ein Eingriff in rechtlich geschützte Positionen liege allerdings nur vor, wenn die betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen

---

<sup>73</sup> *Ebd.*

<sup>74</sup> *Witt*, Nutzungsersatz bei Nachlieferung – BGH-Vorlage an den EuGH, NJW 2006, 3322, 3325.

<sup>75</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. 12. 1961 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. 11. 1961, 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261, Rn. 31.

<sup>76</sup> EuGH, Urteil vom 10. 5. 2001, C-144/99 (Kommission v. Königreich der Niederlande), Rn. 17.

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 26. 11. 2008 - VIII ZR 200/05 (OLG Nürnberg), NJW 2009, 427, 430.

durfte und dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug findet.<sup>78</sup> Einer ähnlichen Argumentation hatte sich bereits das Bundesarbeitsgericht (BAG) in der Folgeentscheidung zur Entscheidung des EuGH in der Sache *Mangold* bedient.<sup>79</sup>

#### 4. „Nacherfüllungspflicht“ des Gesetzgebers?

Oft hat der deutsche Gesetzgeber im Anschluss an Entscheidungen des EuGH Gesetze geändert.<sup>80</sup> Gegenbeispiele gibt es aber ebenfalls.<sup>81</sup> In der Sache *Junk/Kühnel*<sup>82</sup> ging es um Fragen der Massenentlassung bzw. Massenkündigung, insbesondere um die Auslegung des Begriffs der „Entlassung“ in §§ 17 f. Kündigungsschutzgesetz (KSchG)<sup>83</sup> sowie der deutschen Fassung der Richtlinie 98/59.<sup>84</sup> In der deutschen Rechtsprechung versteht man unter „Kündigung“ die auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerichtete einseitige Willenserklärung einer der Arbeitsvertragsparteien und unter „Entlassung“ die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund arbeitgeberseitiger Kündigung.<sup>85</sup> Der EuGH hat entschieden, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis ist, das als Entlassung gilt<sup>86</sup> und sich damit gegen die gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>87</sup> gewandt. Anders als in der Folge der Quelle-Entscheidung hat der deutsche Gesetzgeber §§ 17 f. KSchG – immerhin seit Januar 2005 – nicht geändert, so dass dort, wo im Gesetz eindeutig von „Entlassung“ die

<sup>78</sup> *Ebd.*

<sup>79</sup> BAG, Urteil vom 26. 4. 2006 - 7 AZR 500/04, AuR 2006, 166.

<sup>80</sup> Eine Zusammenstellung hierzu gibt es bei *Möllers/Möhring*, Recht und Pflicht der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, JZ 2008, 919, 921 (dort Fn. 37).

<sup>81</sup> Vgl. auch das Beispiel bei *Ebd.* (dort Fn. 38 f.).

<sup>82</sup> EuGH, Urteil vom 27. 1. 2005 - C-188/03 (Irmtraut Junk/Wolfgang Kühnel), NZA 2005, 213 ff.

<sup>83</sup> BGBl. I S. 1317, zuletzt geändert durch BGBl. I S. 444 v. 26. 3. 2008.

<sup>84</sup> Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. 7. 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, Abl. EG Nr. L 225, S. 16.

<sup>85</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 27. 1. 2005 - C-188/03 (Irmtraut Junk/Wolfgang Kühnel), NZA 2005, 213.

<sup>86</sup> *Ebd.*

<sup>87</sup> Dazu LAG Berlin, Urteil vom 27. 4. 2005 - 17 Sa 2646/04, NZA-RR 2005, 412, 413 m.w.N.



Rede ist, nunmehr das gemeint ist, was man die „arbeitgeberseitige Kündigung“ nennt. Wie viel mehr als die Abweichung von einem durch die Rechtsprechung relativ klar definierten Gesetzeswortlaut kann man verlangen, damit die Rechtssicherheit beeinträchtigt ist? Zur Voraussehbarkeit gehört auch, dass Normen sprachlich richtig und möglichst für jedermann verständlich gefasst sein müssen.<sup>88</sup> Nicht einmal Juristen vermögen es, alle Entscheidungen des EuGH – selbst zu einem abgegrenzten Rechtsgebiet – zu kennen. Das wäre aber abstrakt betrachtet erforderlich, um §§ 17 f. KSchG zu verstehen. Eine solche Situation ist vermeidbar, wenn nationale Gesetzgeber zur „Nacherfüllung“ verpflichtet sind: Immer wenn der Gesetzgeber richtlinienkonformes Recht schaffen wollte<sup>89</sup> und der EuGH feststellt, dass dies nicht gelungen ist, müsste die betreffende Norm des nationalen Rechts geändert werden.<sup>90</sup> Damit würde jedenfalls nach einer Entscheidung des EuGH zur Richtlinienkonformität einer bestimmten Vorschrift des nationalen Rechts die Rechtssicherheit (wieder-)hergestellt. Nach Ansicht des Autors ergibt sich diese Verpflichtung bereits aus einer Aussage des EuGH,<sup>91</sup> dass *„eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinn auslegt, der als den Anforderungen einer Richtlinie entsprechend angesehen wird, nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen.“*

## V. Konsequenzen für das serbische Recht

Das serbische Recht<sup>92</sup> gibt dem Käufer, der den Verkäufer rechtzeitig und ordentlich über den Mangel informiert hat, in Art. 488 I S. ZOO das Recht, vom Verkäufer die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer

---

<sup>88</sup> § 42 V 1 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien in der Fassung vom 1. Juni 2009.

<sup>89</sup> Diese Voraussetzung dürfte bei Gesetzen in den Mitgliedstaaten der EG stets gegeben sein.

<sup>90</sup> Vgl. Möllers/Möhring, Recht und Pflicht der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, JZ 2008, 919, 921.

<sup>91</sup> EuGH, Urteil vom 10. 5. 2001, C-144/99 (Kommission v. Königreich der Niederlande), Rn. 21.

<sup>92</sup> Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ 29/78, zuletzt Sl. list SRJ 31/93 (im Weiteren: ZOO).

mangelfreien Sache zu fordern.<sup>93</sup> Die Interessenlage ist in Serbien ähnlich: durch eine Ersatzlieferung hat der Käufer zunächst zwei Sachen – eine mangelfreie und eine mangelhafte. Außerdem konnte er die mangelhafte Sache in der Zeit bis zur Ersatzlieferung kostenlos nutzen. Eine Verweisung auf die Rechtsfolgen des Rücktritts<sup>94</sup> wie im deutschen Recht scheint es nicht zu geben. *Bikić* zufolge<sup>95</sup> erklärt der Käufer durch die Forderung der Lieferung einer mangelfreien Sache, dass er kein Interesse mehr an der zuerst gelieferten Sache habe.<sup>96</sup> Es muss also jedenfalls eine Anspruchsgrundlage geben, auf Grund derer der Käufer vom Verkäufer die Rückgabe der mangelhaften Sache, gegebenenfalls auch die Herausgabe von Nutzungen, fordern kann.

Ein solcher Nutzungsersatz wäre in Verbraucherverträgen gemeinschaftsrechtswidrig. Das interessiert Serbien zunächst einmal nicht, da Serbien derzeit nicht der EG angehört. Serbien<sup>97</sup> ist aber ebenso wie andere Rechtsordnungen<sup>98</sup> bestrebt, das nationale Rechtssystem an das Gemein-

---

<sup>93</sup> „Kupac koji je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku može zahtevati od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora)“. Auch das neue kroatische Recht (Zakon o obveznim odnosima, Narodne Novine 35/2005, NN 41/2008, im Weiteren: hrZOO) gibt dem Käufer in Art. 410 I hrZOO im Wesentlichen dieselben Rechte wie in Art. 488 I ZOO („Kupac koji je pravodobno i uredno obavijestio prodavatelja o nedostatku može po svom izboru zahtijevati od prodavatelja da nedostatak ukloni, zahtijevati od prodavatelja da mu preda drugu stvar bez nedostatka [...]“). Allerdings hat der kroatische Gesetzgeber in Art. 410 III hrZOO klargestellt, dass die Kosten der Mangelbeseitigung und der Lieferung einer mangelfreien Sache vom Verkäufer zu tragen sind („Troškove otklanjanja nedostatka i predaje druge stvari bez nedostatka snosi prodavatelj.“).

<sup>94</sup> Für den Fall, dass der Käufer vom Vertrag zurücktritt, ergibt sich aus Art. 497 II ZOO, dass der Käufer dem Verkäufer Ersatz für die Nutzungen der Sache auch für den Fall schuldet, dass es dem Käufer unmöglich ist, dem Verkäufer die mangelhafte Sache zurückzugeben und der Käufer dennoch vom Vertrag zurücktritt.

<sup>95</sup> In Bezug auf den gleichlautenden Art. 488 des bosnisch-herzegowinischen ZOO.

<sup>96</sup> *Bikić*, Obligaciono pravo - Posebni dio, Sarajevo 2003, S. 33 („Postavljanjem zahtjeva za isporuku druge stvari kupac se izjašnjava da ne želi zadržati predatu stvar, [...]“).

<sup>97</sup> Der Vorsitzende der Narodna Skupština Srbije, *Oliver Dulić*, hat beispielsweise gesagt, die Harmonisierung der serbischen Gesetzgebung mit der europäischen sei die Priorität des Parlaments, zitiert nach Kandidatura za članstvo u EU moguća do kraja 2008. godine, [www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id=71601](http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id=71601).

<sup>98</sup> Beispielsweise gibt es bei der Regierung der Republika Srpska eine „Abteilung für die Harmonisierung des Rechtssystems mit den Gesetzen der EU“ (Одјељење за

schaftsrecht anzupassen.<sup>99</sup> Dann hat der serbische Gesetzgeber nicht nur die Verordnungen und Richtlinien der Gemeinschaft zu beachten. Vielmehr müssen auch die bisher zur Richtlinienkonformität nationaler Regelungen ergangenen Entscheidungen des EuGH bei der Schaffung neuer, auf den jeweiligen Richtlinien basierender Gesetze berücksichtigt werden. Die so geschaffenen Gesetze, ebenso wie die bestehenden serbischen Gesetze, müssen konstant anhand der Rechtsprechung des EuGH auf ihre Richtlinienkonformität überprüft werden. Ebenso müssten die Richter in Serbien die Gesetze richtlinienkonform auslegen.

Einmal angenommen, die Richter des *Vrhovni sud Srbije* hätten Zweifel daran, ob eine nationale serbische Vorschrift, die auf einer Richtlinie beruht, mit dieser Richtlinie in Einklang steht. Eine Anrufung des EuGH durch den *Vrhovni sud Srbije* gem. Art 234 EG wäre nicht möglich, da dieses Verfahren nur den Gerichten der Mitgliedstaaten offen steht. Möchten die Richter in Belgrad die Frage der Richtlinienkonformität der nationalen serbischen Vorschrift nicht ignorieren, so hätten sie drei Möglichkeiten: sie sehen in der Rechtsprechung des EuGH nach, ob die für ihren Fall relevante Frage bereits entschieden wurde (1), sie sehen in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten der EG nach, ob diese sich zu der relevanten Frage geäußert haben (2) oder sie ermitteln selbst, ob das serbische Recht im Einklang mit der betreffenden Richtlinie oder dem EG-Vertrag steht (3). Nur bei der ersten Möglichkeit ist das – vom EuGH gefundene – Ergebnis auch mit Gewissheit „richtlinienkonform“.

Dem Autor stellt sich die Frage, warum eigentlich nur Gerichten der Mitgliedstaaten die Vorlage zur Vorabentscheidung möglich ist. In den en-

---

хармонизацију правног система са законима ЕУ), [www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/org/resori/regulatorna/Pages/harmonizacij%D0%B0.aspx](http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/org/resori/regulatorna/Pages/harmonizacij%D0%B0.aspx).

<sup>99</sup> Das zeigt sich z.B. dadurch, dass Richtlinien auch in Nicht-EG-Rechtsordnungen umgesetzt werden, vgl. z.B. *Atamer*, Die autonome Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in der Türkei, ZEuP 2005, 566 ff., oder *Akdag-Güney*, Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien in der Türkei am Beispiel der missbräuchlichen Klauseln, ZEuP 2009, 109 ff.; siehe auch *Harpaz/Herman*, Approximation of Laws by Non-EU Countries to the EU Acquis: Setting the Scene, European Journal of Law Reform, Vol. IX, no. 3, 357 ff.

gen Grenzen des Art. 23 IV der Satzung des EuGH<sup>100</sup> ist es Drittstaaten bereits heute möglich, durch das Einreichen von Schriftsätzen oder Abgeben schriftlicher Erklärungen an Vorabentscheidungsverfahren teilzunehmen. Die EG verlangt von beitrittswilligen Staaten, den *acquis communautaire* „en bloc“ zu übernehmen.<sup>101</sup> Den Staaten, die ihr nationales Recht an das der Europäischen Gemeinschaften angleichen wollen, oder jedenfalls den Staaten, die wie Serbien einen Beitritt zur EG anstreben, sollte man es auch ermöglichen, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten. Dann könnten beispielsweise serbische Gesetze direkt auf ihre Richtlinienkonformität überprüft werden. Man müsste prüfen, ob es erforderlich ist, von solchen Drittstaaten im Gegenzug zu verlangen, dass sie die Entscheidungen des EuGH generell oder jedenfalls im Falle einer eigenen Vorlage für verbindlich erklären. Damit würde man dem Umstand Rechnung tragen, dass das Gemeinschaftsrecht weit über die Grenzen der Mitgliedstaaten der EG hinaus Bedeutung erlangt hat.<sup>102</sup> Dies könnte dazu beitragen, auch die Staaten, die eine Mitgliedschaft anstreben, an einem sich bildenden gesamteuropäischen Bewusstsein<sup>103</sup> schon vor ihrem eventuellen Beitritt teilhaben zu lassen. Das Gemeinschaftsrecht selbst würde dadurch profitieren, dass Gerichte aus weiteren Staaten dem EuGH Fragen über die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft stellen könnten. Dadurch würden aktuelle Probleme des „europäischen“ Rechts vielleicht eher geklärt werden.

---

<sup>100</sup> Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs vom 26. 2. 2001, Abl. EG C-80 v. 10. 3. 2001.

<sup>101</sup> So *Harpaz/Herman*, Approximation of Laws by Non-EU Countries to the EU Acquis: Setting the Scene, *European Journal of Law Reform*, Vol. IX, no. 3, 357.

<sup>102</sup> Dazu bereits ausführlich m. w. N. *Wietzorek*, Die europäische Entwicklung eines einheitlichen Vertragsrechts, *StudZR* 2006, 91, 119 f.

<sup>103</sup> Dazu *Jayme*, Ein Internationales Privatrecht für Europa, in: *Reden zur Verleihung des Landesforschungspreises Baden-Württemberg* 1989, 1991, S. 5, 10.

**Michael Wietzorek**

Фридрих-Александар Универзитет

Ерланген, Нирнберг

**НАДОКНАДА ЗА КОРИШЋЕЊЕ НЕСАОБРАЗНЕ РОБЕ  
У СЛУЧАЈУ ЗАХТЕВА ЗА ЗАМЕНУ ИСТЕ РОБОМ КОЈА ЈЕ  
САОБРАЗНА СТАНДАРДИМА**

**Резиме**

Предмет овог рада је случај који је Европски суд правде пресудио 17. априла 2008 (С-404/06: *Quelle AG*). Августа 2002. године, г-ђа *Brüning* (купац) купила је електрични шпорет од продавца (*Quelle AG*) у износу од 524,90 евра. Почетком 2004. године, г-ђа *Brüning* је приметила да се слој емајла на рерни уређаја љушти и, с обзиром да је поправка била немогућа, упутила је захтев продавцу да јој испоручи нови шпорет. Међутим, *Quelle* је тражио повраћај електричног уређаја и надокнаду у износу од 69,97 евра за његову претходну употребу.

У складу са § 437 бр. 1 немачког Грађанског законика (*BGB*) а у вези са § 439 *BGB* да, у случају испоруке несаобразне робе, купац може тражити или поправку производа који није у складу са продајним уговором или замену за производ који је саобразан уговору. У случају да купац тражи замену робе и испоруку робе која је саобразна стандардима, параграф § 439 став 4 *BGB* предвиђа да купац може тражити повраћај несаобразне робе, сходно условима из параграфа § 346-348 *BGB*. Одредба из параграфа § 346 став 1 *BGB* прописује да, у случају по-влачења купца из уговора, продавац може тражити надокнаду за ко-рист стечену претходном употребом несаобразне робе.

Прво питање којим се немачки савезни суд *Bundesgerichtshof* бавио у овом случају је да ли одредба из § 439 став 4 *BGB* укључује одредбу која се односи на право продавца да тражи надокнаду. Следеће питање је да ли би таква надокнада била у сагласности са Директивом 1999/44/ЕС од 25. маја 1999 о појединим аспектима продаје робе и релевантним продајним гаранцијама. У члану 3 бр. 2, Директива предвиђа да у случају несао-образности робе, потрошач има право да захтева да се роба усклади са стандардима, без плаћања икакве

надокнаде, било поправком или заме-ном исте. Европски суд правде је одлучио да члан 3 Директиве 1999/44 /ЕС треба тумачити у смислу да искључује примену домаћег права по којем продавац који је продао несаобразну робу може тражити да потрошач (купац) плати надокнаду за корист стечену употребом производа са недостатком до тренутка замене истог, тј. испоруке новог производа.

Након одлуке немачког суда и измене немачког Грађанског законика BGD у новембру и децембру 2008, ово питање је разрешено. Наиме, у случају продаје потрошачке робе, продавац не може тражити надокнаду за корист коју је купац стекао употребом несаобразне робе уколико купац захтева да се роба са недостатком замени робом који је у складу са стандарима продаје; међутим, у свим другим случајевима (b2b, c2c, c2b), купац може тражити такву надокнаду. Поред директног утицаја који овај случај има на немачко право продаје, постоји још једна последица која овај предмет чини још важнијим. У одлуци немачког савезног суда BGB из новембра 2008, суд је донео одлуку да основни принцип по коме национална законодавства треба тумачити у складу са Директивама Европске заједнице такође налаже националним судовима да усагласе национално право са овим Директивама. То се може применити у случају када је национални законодавац имао намеру да донесе законе у складу са одређеном Директивом Европске заједнице, али при том има погрешну претпоставку да је домаће законодавство у сагласности са том Директивом.

Полазећи од одлуке Европског суда правде, аутор би током Конференције желео да стекне увид у то да ли је српско законодавство у области права продаје у сагласности са наведеном Директивом, и како би домаћи судови тумачили овакву одлуку немачког савезног суда у погледу домаће легислативе засноване на Директивама Европске заједнице.

**Кључне речи:** продајни уговор, надокнада за коришћење несаобразне робе, правна сигурност, пресуда Европског суда правде, тумчење домаће легислативе у светлу Директива ЕЗ.